

**GERARDO GARCÍA-ÁLVAREZ (Dir.)**



**Zaragoza, 2018**



**GERARDO GARCÍA-ÁLVAREZ (Dir.)**

**MECANISMOS ECONÓMICOS  
Y DE MERCADO  
PARA LA PROTECCIÓN AMBIENTAL**

**Zaragoza, 2018**



## REGLAS SOBRE EL ENVÍO DE ORIGINALES

1. Enviar los originales impresos y en documento de Word por correo electrónico (flopez@unizar.es).
2. Los epígrafes que subdividan la exposición responderán a la siguiente secuencia: **I. SUBDIVISIONES PRINCIPALES: 1. Subdivisiones intermedias: A) Subdivisiones finales.** Sólo excepcionalmente se empleará una mayor variedad de subdivisiones.
3. El trabajo irá encabezado por un **SUMARIO** que recogerá seguidas todas las subdivisiones. A continuación del sumario, figurará un **RESUMEN** y la identificación de unas *Palabras clave*, ambos en español y en inglés.
4. Los trabajos han de incorporar la **BIBLIOGRAFÍA** citada al final de los mismos, ordenada alfabéticamente conforme a los siguientes modelos (libro, artículo de revista, colaboración en libro colectivo):  
GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 325 pp.  
MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1973): «Problemas jurídicos de la tutela del paisaje», en *Revista de Administración Pública*, núm. 71, pp. 423-442.  
PRIEUR, Michel (2001): «La tutela comunitaria degli habitat naturali», en Domenico AMIRANTE (ed.), *La conservazione Della natura in Europa*, Milano, Franco Angelli, pp. 13-29.
5. Las citas en el texto y a pie de página se realizarán conforme al modelo: GARCÍA DE ENTERRÍA (2006: p. 25). En caso de citarse varias obras de un autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por una letra añadida tras el año: 2006a, 2006b...
6. Los originales se someten a evaluación anónima por parte de especialistas externos antes de su aceptación por el Consejo Asesor y el Consejo de Redacción. La evaluación se refiere a los aspectos formales, metodológicos, de contenido y grado de originalidad de los trabajos. Si la evaluación es favorable, el estudio se publica tras su aceptación por el Consejo Asesor (compuesto por miembros externos al editor) y el Consejo de Redacción (integrado por miembros vinculados al editor). Si la evaluación es negativa, el estudio no se publica, aunque si las razones dadas por el evaluador no resultan plenamente convincentes al director de la revista, el trabajo es sometido a nueva evaluación. Si la evaluación es con reparos, se hacen llegar estos al autor, que puede volver a remitir su estudio con las correcciones pertinentes para someterlo a evaluación complementaria, salvo que se trate de cuestiones de escasa relevancia. En ningún caso se facilita el nombre de los especialistas responsables de una evaluación, aunque periódicamente se publica en la revista una lista de dichos evaluadores.
7. El original de los trabajos irá precedido de una página en la que se indique el nombre del autor o autores, NIF, número de cuenta corriente (20 dígitos), dirección postal, número de teléfono y dirección de correo electrónico.
8. La aceptación de la publicación de un trabajo en la *Revista Aragonesa de Administración Pública* conllevará la cesión de los derechos de autor a los exclusivos efectos de la inclusión de dicho trabajo en la Biblioteca Virtual de Derecho Público Aragonés ([www.derechoaragones.es](http://www.derechoaragones.es)) si por la temática fuese susceptible de incluirse en ella.

LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NO SE IDENTIFICA NECESARIAMENTE CON LAS OPINIONES DE SUS AUTORES  
La correspondencia con la Revista debe dirigirse a la Secretaría de la misma: Seminario de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria, Pza. San Francisco, s/n, 50009 Zaragoza. Teléfonos 976 761 396 y 676 900 324

**Suscripciones:** Revista Aragonesa de Administración Pública, Instituto Aragonés de Administración Pública, Comunidad Autónoma de Aragón, Paseo María Agustín, 26 B, local, 50004 Zaragoza

Precio de la suscripción anual: 21,04 € + IVA

Número suelto: 12,02 € + IVA

PERIODICIDAD SEMESTRAL

Edita: Gobierno de Aragón

Departamento de Hacienda y Administración Pública

I.S.S.N.: 1133-4797

Depósito Legal: Z 730-1993

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S.A.

## ÍNDICE

	Páginas
<i>Lista de colaboradores</i> .....	7
Gerardo GARCÍA-ÁLVAREZ: <i>El papel de los mecanismos de mercado en la protección ambiental</i> .....	9
Fernando LÓPEZ RAMÓN: <i>La trayectoria española de los bancos de conservación</i> .....	57
Saúl DOMÍNGUEZ ALBERO: <i>Compensación ambiental y sites naturels de compensation en Francia: ¿un modelo de referencia para el desarrollo de los bancos de conservación de la naturaleza en España?</i> .....	75
Daniel SERNA BARDAVÍO: <i>Mecanismos para la protección del medio ambiente en la nueva Ley de Contratos del Sector Público</i> .....	117
M <sup>o</sup> del Carmen DE GUERRERO MANSO: <i>La inclusión de condiciones especiales de ejecución como medida efectiva para la defensa del medio ambiente a través de la contratación pública</i> .....	141
José Luis BERMEJO LATRE: <i>Técnicas regulatorias y de mercado para la protección y valorización del demanio natural</i> .....	179
Víctor Escartín ESCUDÉ: <i>Mercados del agua: cuotas de contaminación y asignación del recurso</i> .....	215
Gerardo GARCÍA-ÁLVAREZ: <i>Mercado único y protección ambiental</i> .....	239
Nicolás Alejandro GUILLÉN NAVARRO: <i>Unidad del mercado interior, normalización industrial, etiquetas ecológicas y sistemas de gestión y auditoría medioambientales</i> .....	271
José Miguel GARCÍA ASENSIO: <i>Aproximación jurídica a los instrumentos económicos de mercado en el sector forestal</i> .....	329
Fernando LÓPEZ PÉREZ: <i>El impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales y el Derecho Comunitario: Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de abril de 2018</i> .....	379
María del Mar VILLAGRASA ROZAS: <i>Algunas consideraciones sobre la compatibilidad de los laudos arbitrales en materia de energías renovables y el Derecho de la Unión Europea</i> .....	415
Elisa MOREU CARBONELL: <i>Integración de nudges en las políticas ambientales</i> .....	451
Javier ESTEBAN RÍOS: <i>Entidades de crédito y medio ambiente: introducción y fomento de criterios de sostenibilidad ambiental en el sector financiero</i> .....	487



## LISTA DE COLABORADORES

BERMEJO LATRE, José Luis

Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

DE GUERRERO MANSO, M<sup>a</sup> del Carmen

Profesor Titular (acr.) de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

DOMÍNGUEZ ALBERO, Saúl

Investigador predoctoral contratado (FPI). Universidad de Zaragoza

ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor

Profesor Titular de Derecho Administrativo Universidad de Zaragoza

ESTEBAN RÍOS, Javier

Investigador predoctoral contratado (FPU). Universidad de Zaragoza

GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, Gerardo

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

GARCÍA ASENSIO, José Miguel

Abogado. Doctor en Derecho

GUILLÉN NAVARRO, Nicolás Alejandro

Profesor de Derecho Administrativo, Director de la Escuela de Turismo,  
Universidad de Zaragoza

LÓPEZ PÉREZ, Fernando

Doctor en Derecho. Profesor del Centro Universitario de la  
Defensa de Zaragoza

LÓPEZ RAMÓN, Fernando

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

MOREU CARBONELL, Elisa

Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

SERNA BARDAVÍO, Daniel

Abogado, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la  
Universidad San Jorge

VILLAGRASA ROZAS, María del Mar

Profesora de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza





# EL PAPEL DE LOS MECANISMOS DE MERCADO EN LA PROTECCIÓN AMBIENTAL

GERARDO GARCÍA-ÁLVAREZ

**SUMARIO:** I. PERSPECTIVA Y OBJETIVOS DEL ESTUDIO DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL.– II. LA NECESARIA REGULACIÓN DE LOS BANCOS DE CONSERVACIÓN: 1. Los bancos de conservación en España: un desarrollo en suspenso. 2. El modelo francés de compensaciones ex situ.– III. LA INCORPORACIÓN DE OBJETIVOS AMBIENTALES A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: SOLVENCIA, CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN Y CONDICIONES DE EJECUCIÓN.– IV. RENTABILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO Y TÉCNICAS DE MERCADO PARA MEJORAR LA CALIDAD DE LAS AGUAS.– V. POLÍTICAS COMUNITARIAS, MERCADO INTERIOR Y PROTECCIÓN AMBIENTAL: 1. Virtualidad y límites de la protección ambiental como razón imperiosa de interés general. 2. Normalización y etiquetas ambientales: perspectiva general y forestal. 3. La «internalización» de externalidades ambientales negativas a través de la tributación verde. 4. Límites a las políticas nacionales de fomento de las energías renovables: libertad de circulación de mercancías, protección de las inversiones extranjeras y arbitrajes y ayudas de Estado incompatibles con el Derecho comunitario.– VI. ORIENTACIONES NO COMPULSIVAS: NUDGES AMBIENTALES. VII. ¿SUPERVISIÓN BANCARIA «VERDE»?– VIII. BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** El esquema fundamental de la utilización de mecanismos económicos o de mercado para la protección ambiental es la utilización del mercado para la internalización de externalidades ambientales negativas o para el fomento de actividades beneficiosas desde un punto de vista ambiental. En el primer caso, se hace recaer el coste ambiental sobre quienes se benefician directamente de la actividad, sean empresas o consumidores. En el segundo, se consigue mediante mecanismos automáticos dirigir la actividad de los operadores económicos hacia medios o fines considerados beneficiosos por el poder público, como pueden ser las energías renovables. La utilización de estos instrumentos permite la obtención de resultados positivos con menores costes para los fondos públicos y restando menos competitividad a los operadores económicos que los clásicos mecanismos de policía administrativa.

**Palabras clave:** mecanismos económicos o de mercado para la protección ambiental; bancos de conservación; valorización del dominio público; mercados de contaminación de las aguas; normas técnicas de protección ambiental; etiquetas ambientales; fomento de las energías renovables; arbitraje de protección de inversiones extranjeras; «nudges» ambientales; criterios de sostenibilidad financiera en la regulación del sector financiero.

*ABSTRACT: Economic or market-based instruments in environmental policies may consist of negative or positive actions. With the negative actions, the price of environmental pollution is charged on who generates it, discouraging the activity. With the positive actions it is possible to boost valuable activities through automatic mechanisms financed by the final recipients of the goods or services. In this way, valuable results are obtained with little loss of competitiveness for companies and with reduced costs for public budgets.*

*Key words: environmental protection; market-based mechanisms; environmental policy instruments; biodiversity banking; technical standards of environmental protection; valorisation of public domain; market-based instruments for water pollution control; environmental labels; green electricity; protection of foreign investments; environmental «nudges»; environmental sustainability criteria in the financial sector.*

## **I. PERSPECTIVA Y OBJETIVOS DEL ESTUDIO DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL**

El presente monográfico es la plasmación de las conclusiones de la investigación conducida por un grupo de administrativistas de la Universidad de Zaragoza sobre mecanismos de protección ambiental alternativos al ejercicio de las tradicionales potestades de policía por las Administraciones Públicas, fundamentalmente mecanismos económicos y de mercado (1).

Desde 1993, la Unión Europea ha venido fomentando el uso de instrumentos de mercado para la protección ambiental, entendido como una forma de compartir la responsabilidad con la sociedad. (2) La OCDE define los instrumentos económicos como medidas que utilizan el sistema de precios y los mecanismos de mercado para obtener un objetivo determinado, en este caso ambiental. Se califican como económicos ya que influyen sobre los costes y beneficios de las diferentes posibilidades de acción entre las que pueden elegir los agentes económicos, incentivando que adecúen sus acciones en un sentido favorable a la protección ambiental (3).

La utilización del mercado como técnica de protección ambiental responde a una lógica bastante elemental: la contaminación es una externalidad negativa o fallo de mercado, que se traduce en daños o costes generados por las empresas que el mercado ordinario por sí solo ni puede valorar ni corregir; sin embargo, la corrección técnica del mercado puede llevar a una manera

---

(1) Proyecto de investigación DER 2015-67348-P, «La regulación y los mecanismos de mercado para la protección ambiental en Derecho Administrativo», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

(2) Resolución del Consejo de 1 de febrero de 1993 sobre un Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible.

(3) IBARRA SARLAT (2012, p. 178).

eficiente y rentable de corregir estas externalidades negativas. El recurso a estos instrumentos permite paliar la ineficiencia e hipertrofia de las regulaciones ambientales que incurren en defectos como la sectorización, al incidir de manera aislada en cada uno de los recursos sin analizar sus interacciones, burocratización y un excesivo intervencionismo. Una excesiva complejidad, sustantiva y procedimental, se traduce en ineficiencia (4). Los instrumentos de mercado o económicos de política ambiental permitirían lograr los objetivos de protección con un coste mínimo y promover el desarrollo tecnológico (5). Este enfoque ha sido asumido por la Comisión Europea en algunos documentos, que afirma que (6):

«el recurso a instrumentos basados en el mercado se justifica por su capacidad para corregir las deficiencias del mercado de una forma rentable. Por deficiencia del mercado se entiende una situación en la que los mercados no existen (por ejemplo, los activos medioambientales tienen naturaleza de bienes públicos) o bien no tienen suficientemente en cuenta el coste «verdadero» o social de la actividad económica. La intervención pública queda entonces justificada para corregir estas deficiencias y, a diferencia de los enfoques normativos y administrativos, estos instrumentos tienen la ventaja de utilizar las señales del mercado para resolver las mencionadas deficiencias».

No obstante, no han faltado voces críticas con este enfoque, como las que examina ESCARTÍN en el capítulo dedicado a un tema muy sensible, como puede ser el de los «mercados de contaminación de agua» implantados en Estados Unidos, que achacan a esta privatización del sistema un gran riesgo. La opción comporta riesgos derivados de mayores incertidumbres, en la cuantificación —especialmente respecto a contaminaciones difusas—, en cuanto al comportamiento de los agentes económicos e incluso sobre los métodos económicos para ajustar eficientemente oferta y demanda, además de la necesidad de una adecuada y precisa previsión normativa.

En consecuencia, no se está propugnando el abandono de los mecanismos tradicionales de protección, basados en la reglamentación, la autorización, la inspección, el restablecimiento de la legalidad y la sanción. Tales mecanismos siguen siendo perfectamente legítimos, útiles y en algunos casos inexcusables. La protección ambiental es un causa suficiente —razón imperiosa de interés general— para permitir el establecimiento de excepciones a las libertades comunitarias. No obstante, las medidas protectoras deberán

(4) SANZ RUBIALES (2014, pp. 11-12).

(5) MOLINA GIMÉNEZ (2013, p. 483).

(6) *Libro Verde sobre la utilización de instrumentos de mercado en la política de medio ambiente y otras políticas relacionadas*, Bruselas, 28 de marzo de 2007, COM (2007) 140 final, p. 3.

pasar un test ulterior de necesidad e idoneidad, conforme al principio de proporcionalidad, de tal manera que si los objetivos perseguidos con las medidas de protección fuesen alcanzables mediante mecanismos menos restrictivos de las libertades económicas, deberían ceder frente a éstos. Estos otros mecanismos serán en muchas ocasiones medidas económicas que, en la medida de lo posible, utilicen una lógica de mercado para influir en las conductas de los privados.

A esta razón jurídica esencial se unen otras dos, no de carácter imperativo, pero sí de conveniencia, dentro de una lógica de «better regulation» y de «better administration», propiciada tanto desde la Unión Europea como por la OCDE en los últimos años (7).

La primera, la necesidad de impulsar la competitividad de las economías europeas, lo que puede perseguirse por diversas vías, pero una de ellas es la reducción de cargas a los operadores económicos, siempre que ello sea compatible con la protección ambiental.

La segunda, la conveniencia de Administraciones públicas más eficientes, que asuman el logro de los objetivos dictados por el interés público con mayor economía de medios, para lo que la utilización de mecanismos de mercados y la asunción de funciones de orientación y fomento, o de control de segundo nivel —asumiendo el seguimiento cotidiano de las actividades potencialmente lesivas para el medio ambiente entidades privadas cuyos costes sean directamente asumidos por los titulares de las actividades y quienes se lucran directamente de ellas— es uno de los mecanismos.

En realidad, ambas razones podrían resumirse en un necesario incremento de la productividad, pública y privada, algo de lo que Europa en general y España en particular están muy necesitadas (8). Puede recordarse además que en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se consagra el derecho a una buena administración, que seguramente va más allá de los concretos enunciados del artículo, puntos básicos hace largo tiempo incorporados al Derecho español.

Los resultados de la investigación se han articulado por temas, cuando ha sido posible a través de trabajos sobre cuestiones específicas que van precedidos de otros más generales. En este sentido se abordan los bancos

---

(7) La doctrina más cualificada liga ambas cuestiones, considerando la evaluación del impacto normativo como el instrumento idóneo para lograr una simplificación administrativa que no incida negativamente en derechos y garantías de terceros, como se argumenta en CANALS (2010, pp. 297 y ss.). También GAMERO (2013, pp. 79 y ss.). Una visión crítica, orientada desde el punto de vista de las garantías, en BAÑO (2014, pp. 23 y ss.).

(8) Sobre la relación entre la modernización de la Administración ambiental y la mejora de la competitividad, *vid.* LETURIONDO, ESCALA, OLARREAGA y CAÑADAS (2014)

de conservación, atendiendo a su desarrollo normativo en España, por ahora truncado, que es analizado por Fernando LÓPEZ RAMÓN. Este trabajo va acompañado por otro de Saúl DOMÍNGUEZ ALBERO sobre el desarrollo reciente de esta figura —con la denominación de «sites naturels de compensation»— en uno de nuestros países vecinos, Francia.

La utilización ambiental de la contratación pública, una de las patas —junto con los aspectos sociales y la innovación— de su nuevo enfoque «estratégico» —junto con los aspectos sociales y la innovación— introducido entre nosotros por la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, no podía estar ausente, habiendo sido objeto de un primer trabajo de foco más amplio, aunque centrado en las cuestiones de solvencia y criterios de selección, elaborado por Daniel SERNA, y otro más específico, en el que una especialista como Carmen DE GUERRERO estudia las condiciones de ejecución como mecanismo más idóneo para la consecución efectiva de mejoras ambientales.

La rentabilización del dominio público y sus funciones ambientales son abordados por José Luis BERMEJO desde una perspectiva general y por Víctor ESCARTÍN desde la de los mercados de contaminación de las aguas, realizando ambos diversas propuestas.

La protección ambiental mediante diversas medidas económicas y sus límites en Derecho comunitario es abordada por mí mismo desde una perspectiva general, para después ser estudiada desde perspectivas específicas por Nicolás GUILLÉN, que examina la utilidad de las técnicas de normalización desde una perspectiva ambiental; por José Miguel GARCÍA ASENSIO aplicando las técnicas anteriores a las etiquetas en el ámbito forestal, además de explorar las perspectivas que ofrece para la rentabilización de los bosques la titulación de derechos de emisión de determinados gases de efecto invernadero; por Fernando LÓPEZ PÉREZ la posibilidad de usar la tributación ambiental para internalizar externalidades negativas como las generadas por las grandes superficies comerciales; y Mar VILLAGRASA estudia un aspecto concreto de los límites de la capacidad de decisión política en cuanto a las políticas energéticas, concretamente los arbitrajes generados por cambios normativos dentro de mecanismos de protección de inversiones extranjeras y sus límites en Derecho comunitario.

Finalmente, dos cuestiones de cierre: la utilización de mecanismos de orientación para la consecución de objetivos ambientales, estudiada por Elisa MOREU; y la posibilidad de incentivar la implicación de las entidades de crédito, a través de inversiones y de préstamos a operadores implicados en actividades ambientalmente beneficiosas, abordada por Javier ESTEBAN.

## II. LA NECESARIA REGULACIÓN DE LOS BANCOS DE CONSERVACIÓN

Desde su origen en Estados Unidos (9), los bancos de conservación o bancos de biodiversidad se están abriendo camino en otros ordenamientos jurídicos, incluidos los europeos. Más allá de su denominación, que varía de uno a otro ordenamiento, este instrumento se define por la función que desempeña (10). El elemento común es el de un instrumento de mercado, utilizado para la compensación de daños medioambientales, en virtud del cual una persona pública o privada realiza una actuación que incrementa el valor ecológico de un territorio, habitualmente acciones de creación, restauración, mejora y preservación de un territorio natural. Posteriormente, este valor creado se transforma en unidades transmisibles (como créditos o títulos ambientales, unidades de compensación o activos) que pueden ser adquiridas por los legalmente obligados a compensar los impactos residuales de un determinado proyecto, plan o programa en virtud del principio de *no pérdida neta* de biodiversidad (11).

El intento de introducir esta figura en el ordenamiento español, que ha sido analizado por Fernando LÓPEZ RAMÓN, ha fracasado debido a la falta de empeño de los sucesivos gobiernos y las respectivas mayorías parlamentarias que los apoyaban y a la oposición frontal de las organizaciones ecologistas. La combinación de mayorías políticas con otras prioridades y la oposición visceral de quienes debieran estar a favor de la introducción de nuevos instrumentos de protección, ha sido suficiente para evitar que en Derecho español exista una regulación operativa. Tras el estudio de la regulación francesa, en sus conclusiones Saúl ALBERO apunta la existencia de un doble debate: sobre la legitimidad y sobre la utilidad del instrumento. En el primer plano, el de la legitimidad, la acusación esgrimida es la de «mercanilización de la naturaleza». Las posiciones puramente ideológicas y viscerales son difíciles de alterar mediante el debate racional. Si la utilización de mecanismos de mercado para el refuerzo de la protección ambiental es por sí mismo intrínseca e irremediabilmente perverso, ni ésta ni otras figuras estudiadas en este volumen tienen

---

(9) CUYÁS PALAZÓN (2016, pp. 335-368). Esta autora expone la evolución en Estados Unidos de los *mitigation banks*, enfatizando las dificultades para conseguir que la iniciativa privada se implique en inversiones ambientales. Entre sus ventajas destaca la mejora de la biodiversidad antes de la ejecución del proyecto a compensar, ya que los créditos de compensación no son negociables hasta que no se ha realizado con éxito la mitigación.

(10) DE GUERRERO MANSO (2016: 86). En este sentido, la autora recopila algunas de las denominaciones habituales, que varían en función del país y de los objetivos específicos de protección: bancos de hábitat, bancos de mitigación, bancos de conservación de la biodiversidad, biobancos, bancos de compensación ambiental, fondos verdes, *biodiversity offsets*, etc.

(11) Sobre los modelos de bancos de conservación, DURÁ ALEMAÑ (2013: 386-540) y GARCÍA URETA (2015: 343 y ss.). Sobre su aplicabilidad en España, CONDE ANTEQUERA (2014) y DE GUERRERO MANSO (2016).

sentido alguno. Sin embargo, que el modelo de Estado regulador que se ha convertido en el dominante en Occidente en los últimos cuarenta años, ante las insuficiencias palpables del Estado burocrático de la posguerra y sus costes actualmente inasumibles, llegará también a la protección ambiental es claro. El desarrollo —sostenible, pero desarrollo— es un elemento irrenunciable para el mantenimiento, en la medida de lo posible, de la sociedad del bienestar, también del «bienestar ecológico». El debate de interés es otro, el de la utilidad del instrumento. O mejor, el de su mayor o menor utilidad en función de las soluciones normativas adoptadas.

La experiencia muestra que la compensación *in situ* del impacto produce en ocasiones hábitats aislados, degradados y difíciles de gestionar siendo más adecuada una compensación *ex situ* basada en una perspectiva funcional. En tales casos, las medidas compensatorias deberían seguir criterios de equivalencia ecológica y situarse donde sean mejores las posibilidades de éxito en función de la diversidad de los hábitats y su conectividad, las necesidades ecológicas de las distintas especies y el tipo de ocupación de los terrenos contiguos. Se trata de *crear espacios de valor ecológico que la venta de unidades de compensación ayuda a financiar*.

Sin embargo, es innegable que la compensación *ex situ* genera desequilibrios de difícil valoración, especialmente perceptibles los ciudadanos que residen en el entorno cercano. Y es que «si la promoción [de un proyecto] se lleva a cabo en Galicia y la compra de créditos naturales se concreta en Córdoba, puede lograrse el objetivo de no pérdida neta de biodiversidad, pero se producirá un desequilibrio medioambiental» (12). Este es el gran inconveniente de los bancos de diversidad, puesto que las medidas de compensación o mejora que posteriormente van a transmitirse se generan efectivamente antes del impacto. Por ello, en la experiencia francesa, estudiada por DOMÍNGUEZ ALBERO en el presente monográfico, el legislador ha intentado paliar este problema exigiendo un criterio de proximidad geográfica, con preferencia a criterios funcionales. Por otra parte, es cierto que en el momento actual de los conocimientos científicos y medios técnicos disponibles es insuficiente para predecir el rendimiento ecológico de una restauración, así como para calcular el tiempo necesario para la obtención de resultados perennes.

## **1. Los bancos de conservación en España: un desarrollo en suspenso**

Los bancos de conservación están pendientes de su implantación en nuestro sistema jurídico. Ciertamente, existen normas europeas que apuntan en tal

---

(12) DE GUERRERO MANSO (2016: 102)

dirección, pero son claramente insuficientes. En la Directiva 92/43/CEE de Hábitats, se habla simplemente de medidas compensatorias y en la Directiva 2004/35/CE de Responsabilidad Medioambiental, lo que se cita es la «*reparación compensatoria*», que se refiere a las acciones adoptadas *con carácter provisional* ante el daño ambiental. Desde esta perspectiva, *los bancos de conservación serían solo una modalidad de las medidas compensatorias para determinados supuestos de hábitats deteriorados o de daños ambientales*. En consecuencia, las referencias que se contienen en las Directivas de Hábitats y de Responsabilidad Medioambiental son implícitas y de alcance limitado.

En el *Plan Estratégico del Patrimonio Natural* aprobado en 2011, en las postrimerías de la presidencia de Rodríguez Zapatero, se preveía su puesta en funcionamiento por considerarlos «*una vía innovadora y flexible para evitar la pérdida neta de biodiversidad*», aunque limitando su aplicación a las medidas compensatorias de responsabilidad medioambiental y excluyendo su empleo en el ámbito de la red Natura 2000 (13). El Gobierno de Rajoy aprobó un proyecto de Ley de Evaluación Ambiental (14) con los bancos de conservación de la naturaleza contemplados en la disposición adicional octava. Los bancos se caracterizaban como «un conjunto de créditos de conservación» que «representan valores naturales creados o mejorados específicamente», declarando potestad administrativa su creación y la determinación de las actuaciones a llevar a cabo. Se configuraba como obligación real, preceptivamente inscrita en el Registro de la Propiedad, la obligación del titular del terreno de conservar los valores naturales creados o mejorados. Los «créditos de compensación» permitían cumplir las obligaciones de adoptar medidas compensatorias o complementarias derivadas de la legislación de evaluación ambiental, responsabilidad medioambiental y patrimonio natural. Los créditos se configuran como de libre transmisión, aunque exigiéndose su constancia en un registro público nacional. Las infracciones y sanciones a aplicar serán las previstas en la normativa sobre Patrimonio Natural y Biodiversidad. Una amplia remisión reglamentaria completa la previsión legal.

Como consecuencia de la tramitación parlamentaria, en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental se reconoció *la competencia de*

---

(13) *Plan Estratégico del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad 2011-2017*, aprobado por Real Decreto 1274/2011, de 16 de septiembre. La referencia a los bancos de conservación está en el capítulo «V. Diagnóstico», epígrafe de «Evaluación ambiental» (no en el de «Custodia del territorio» como podría parecer más lógico). Esa ubicación puede explicarse por la idea de utilizar los bancos exclusivamente «en el contexto de los regímenes de responsabilidad ambiental», extremo que se consideraba preciso «remarcar» enfatizando que «en ningún caso este sistema se ha de considerar como sustitutivo o equivalente a las medidas compensatorias sobre la red Natura 2000» (BOE de 30/09/2011, pp. 103167-103168).

(14) BOCG Congreso, núm. A-59-1, de 13/09/2013.



las Comunidades Autónomas, junto con la ya prevista del Ministerio competente, para acordar la creación de bancos de conservación (15). La modificación de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, por medio de la Ley 33/2015, de 21 de septiembre, ha tenido incidencia en los bancos de conservación. Por un lado, incluyendo los bancos de conservación de la naturaleza en la Estrategia estatal de infraestructura verde (nuevo art. 15.3). Por otro lado, precisando su función de garantizar la no pérdida neta de biodiversidad, pero permitiendo su utilización como medida compensatoria a la dispensa de prohibiciones relativas a la conservación *in situ* de la biodiversidad autóctona silvestre, cuando tal dispensa sea necesaria para «prevenir perjuicios importantes a los cultivos, el ganado, los bosques, la pesca y la calidad de las aguas. También se podrá aplicar esta excepción en caso de perjuicio importante a otras formas de propiedad» o por «razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas las de carácter socioeconómico y consecuencias beneficiosas de importancia primordial para el medio ambiente» (excepción esta última no aplicable en el caso de las aves). En tales casos, las Administraciones públicas deberán especificar medidas para garantizar la no pérdida neta de biodiversidad, «ya sea mediante la figura de los bancos de conservación, ya sea mediante la adopción de otros instrumentos», como se precisa en la redacción actual del art. 61.2 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

El fracaso del desarrollo reglamentario, debido a la contundente oposición de las asociaciones ambientalistas, ha llevado a una situación en que el marco normativo ha sido calificado de «escaso e indeterminado» (16). El futuro e ineludible desarrollo reglamentario tendrá que enfrentarse a cuestiones como la aparente amplitud de la admisión legal de compensaciones *ex situ* sin estricto respeto de la jerarquía en la mitigación —prevenir, corregir y en su caso compensar—, en contraste con los principios ambientales de cercanía y prevención (17). En todo caso, la parquedad del régimen legal y la falta hasta el presente de un desarrollo reglamentario, ha impedido la puesta en práctica de la figura en España.

---

(15) Texto aprobado por el Senado (BOCG Senado, núm. 274-2028, de 26/11/2013) aceptando la enmienda núm. 350 del Grupo de Convergencia i Unió, aunque también se reclamaba el reconocimiento de la competencia autonómica en la enmienda 447 del Grupo Vasco, cuya referencia a los bancos «otorgados por el Ministerio y, en su caso, por las Comunidades Autónomas» fue la que se adoptó en el texto final de la LEA (ambas enmiendas en BOCG Senado, núm. 266-1939, de 15/11/2013).

(16) DE GUERRERO (2016, p. 92).

(17) DE GUERRERO (2016, pp. 100-105).

## 2. El modelo francés de compensaciones *ex situ*

De cara al inevitable desarrollo futuro de los bancos de conservación en España, nuestro país vecino ofrece una regulación reciente, garantista en la mayor parte de sus previsiones, adaptada a una geografía con concomitancias con la española y adecuada a un marco de Derecho comunitario que, como es evidente, es el mismo que el nuestro.

Frente a las reticencias de los poderes públicos españoles, el modelo francés de los *sites naturels de compensation* ofrece un útil elemento de contraste, en un país muchas de cuyas circunstancias geográficas son similares al nuestro y que se ha dotado de un marco jurídico completo mediante la *Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*. En esta norma se prevé expresamente el recurso a los «sites naturels de compensation», buena parte de cuyo régimen queda remitido al desarrollo reglamentario.

La compensación ambiental se introdujo en el Derecho francés, como una de las rúbricas de los estudios de impacto de actividades sobre el medio ambiente, ya en el art. 2 la *Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature*. Una nueva regulación se introduciría mediante la *Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement*.

La regulación introducida en 2016 se caracteriza por insertar la obligación compensatoria como parte de un mecanismo de etapas sucesivas conocido como *jerarquía de mitigación* o *secuencia ERC* (*Evitar-Reducir-Compensar*). Primera etapa, prevenir los daños que un proyecto, plan o programa pueda causar sobre el medio ambiente evitando el impacto, lo que comporta considerar las soluciones alternativas, tanto de naturaleza técnica, como geográfica. Segunda etapa, si los efectos nocivos para el medio ambiente no pueden ser evitados a un coste razonable, habrán de ser reducidos utilizando soluciones técnicas de minimización del impacto. Tercera y última etapa, *aquellos daños residuales que no puedan ser evitados ni minimizados a un coste razonable, habrán de ser compensados*, teniendo en cuenta especies, hábitats naturales y funciones ecológicas afectadas. Pese a que desde un punto de vista cuantitativo en la Ley se dedica una mayor extensión a estas medidas que a las disposiciones referidas a la evitación y a la reducción, están expresamente configuradas como excepcionales, referidas a impactos residuales, no pudiendo sustituir a las medidas de evitación y de minimización.

Se trata de medidas que son susceptibles de ejecución subsidiaria: de acuerdo con el artículo L. 163-4, párrafos 1° y 2°, del Code de l'environnement, ante un incumplimiento la autoridad se dirigirá al interesado ordenando la materialización de la compensación en un plazo determinado. Transcurrido

éste, la Administración ejecutará de oficio las medidas a costa de la persona obligada. En el mismo sentido, se podrá acordar que el obligado a las medidas compensatorias constituya garantías financieras para asegurar la realización satisfactoria de la compensación.

En cuanto a la materialización de esa compensación, de acuerdo con el artículo L. 163-1, II, párrafo 1º, puede realizarse «directamente», «confiando su realización, mediante contrato, a un operador de compensación» o «mediante la adquisición de unidades de compensación en el marco de un *site naturel de compensation*».

El «operador de compensación» es una persona pública o privada que recibe el encargo del sujeto obligado a aplicar medidas de compensación de materializarlas y coordinarlas a largo plazo (artículo L. 163-1, III). Incluso en el caso de adquisición de unidades de compensación, el promotor del proyecto a compensar sigue siendo el único responsable frente a la Administración. Es decir, no hay transferencia de responsabilidad del promotor al operador, sin perjuicio de que el promotor pueda actuar contra el operador de compensación que haya incumplido sus compromisos contractuales (artículo L. 163-1, II, párrafo 2º, del Code de l'environnement).

Las medidas de compensación serán implementadas prioritariamente sobre el sitio dañado o, en todo caso, a *proximidad* del mismo, con el fin de garantizar sus funcionalidades de manera perenne (artículo L. 163-1, II, *in fine*, del Code de l'environnement).

Los «sites naturels de compensation» están sujetos a autorización previa del Estado (artículo L. 163-3). La solicitud de autorización habrá de ir acompañada de un informe en que se describa el estado ecológico inicial del sitio y el estado ecológico final esperado y la identificación de los hábitats y especies respecto a los que será posible la adquisición de unidades de compensación. También deberá figurar la articulación del sitio con los instrumentos de planeamiento y estrategias relativas al urbanismo y la biodiversidad, previendo potenciales continuidades ecológicas (artículo 2, 6º, de la Orden de 10 de abril de 2017).

La compensación está rodeada de una serie de garantías adicionales. El operador tiene libertad para fijar condiciones esenciales como la determinación de las unidades de compensación o el método de equivalencia y los indicadores utilizados. No obstante, la autorización deberá contener el estado ecológico inicial y final del sitio, las condiciones previas a la puesta en venta de las unidades de compensación y la duración del periodo de venta, así como las modalidades de seguimiento de la ganancia ecológica, que pueden o no coincidir con las previsiones incluidas por el solicitante en su informe. De acuerdo con el artículo D. 163-8 párrafo 2º del Code de l'environnement, antes de la venta de unidades, éstas deben satisfacer de forma efectiva la compensación para la cual se adquieren: las medidas de restauración o mejora deben estar

ya materializadas, de modo que la unidad adquirida represente la prestación efectiva de un servicio.

Para evitar desequilibrios geográficos, en el artículo D. 163-4, apartados 3° y 4° del Code de l'environnement se establece que la autorización de un *site naturel de compensation* deberá incluir, además de la localización y referencias catastrales de las parcelas donde se prevé su implantación, la delimitación de la zona en la cual pueden utilizarse sus créditos para compensar impactos. Indudablemente, esto resta flexibilidad al modelo, pudiendo plantear dudas sobre su funcionalidad, pero responde a una preocupación extendida sobre la deslocalización de los espacios ambientalmente valiosos.

El último gran problema es la permanencia de las medidas. En este punto el legislador francés ha optado por un objetivo —que parece más bien modesto— de treinta años, como se deduce del artículo D. 163-5 del Code de l'environnement, en el que se establece que la duración de *la validez de la autorización no puede ser inferior a treinta años*, aunque es posible optar por una duración mayor. La solución no deja de parecer muy insatisfactoria y contrasta con la solución española, que establece lo que parece una vinculación permanente de la propiedad inmobiliaria, que deberá reflejarse en el Registro de la Propiedad. La cuestión, claro, es que el mantenimiento de los valores ambientales normalmente precisará de una gestión activa, no una mera vinculación pasiva.

### III. LA INCORPORACIÓN DE OBJETIVOS AMBIENTALES A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: SOLVENCIA, CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN Y CONDICIONES DE EJECUCIÓN

La contratación pública ecológica se define en el «Borrador de Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (2018-2025)», (18) como el proceso a través del cual las autoridades adquieren bienes, obras y servicios con un impacto medioambiental reducido durante su ciclo de vida en comparación con el de otros bienes, obras y servicios con la misma función primaria que se adquirirían en su lugar. El origen de la definición está en la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Consejo Económico y Social y al Comité de las Regiones, «*Contratación pública para un medio ambiente mejor*», de 16 de julio de 2008, COM (2008) 400 final. No obstante, en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, no se asume meramente una contratación pública respetuosa

---

(18) Actualmente en información pública: <https://www.miteco.gob.es/es/ministerio/planes-estrategias/plan-de-contratacion-publica-ecologica/>.

con el ambiente, sino que se incorpora la protección ambiental como un fin estratégico de la contratación, que no debiera ya limitarse a meras funciones logísticas, al menos, en la concepción del legislador español de 2017.

Como se ha señalado, la utilización ambiental de la contratación pública es abordada en dos trabajos incorporados al presente monográfico: el artículo de Daniel SERNA tiene un carácter más general, aunque centrándose en la fase de licitación, mientras que Carmen DE GUERRERO analiza las posibilidades que ofrecen la fijación de unas determinadas condiciones de ejecución.

La incorporación de la preocupación ambiental a la normativa sobre contratación pública es relativamente reciente. Las primeras generaciones de directivas comunitarias de contratación pública no aportaban nada que pudiera favorecer la incorporación de criterios ambientales, debiendo esperar hasta la Comunicación de la Comisión Europea denominada «La contratación pública en la Unión Europea» de 1998 para encontrar una referencia, en el capítulo dedicado a la consecución de un «efecto sinergia con otras políticas comunitarias», a la «protección del medioambiente» (19), en la estela de una anterior recomendación al respecto de la OCDE (20). Entre las posibilidades reconocidas por la Comisión como compatibles con la normativa europea de contratos hay una referencia a lo que ahora se denomina el ciclo de vida, señalando que respecto a la adjudicación de los contratos, «los aspectos medioambientales pueden servir para seleccionar la oferta económica más ventajosa, en los casos en que la referencia a estos aspectos implique una ventaja económica inherente a la prestación objeto del contrato que beneficie de forma directa al organismo comprador. Un organismo comprador puede, por ejemplo, tener en cuenta los costes de mantenimiento, de tratamiento de residuos o de reciclaje, a la hora de evaluar las ofertas», además de hacer referencia a la posibilidad de exigir que la ejecución del contrato se haga con un «estricto cumplimiento de ciertas obligaciones que tienen por misión la protección del medioambiente», con la única cautela de que las «condiciones de ejecución deben ser previamente conocidas por todos los licitadores». La política de «compra verde» recibe un impulso con el Sexto Programa de Acción de la Comisión Europea en materia de Medio Ambiente, (21) que incluía como uno de los ejes prioritarios de acción estratégica la colaboración con el

---

(19) Comunicación de la Comisión «La contratación pública en la Unión Europea», COM (98) 143, de 11 de marzo de 1998, pp. 26-28.

(20) Recomendación del Consejo de la OCDE sobre la mejora de las actuaciones de la Administración en materia de medioambiente, adoptada el 20.2.1996.

(21) Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 24 de enero de 2001, sobre el Sexto programa de acción de la Comunidad Europea en materia de medio ambiente «Medio ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos» [COM(2001) 31 final – no publicada en el Diario Oficial].

mercado, que podía articularse a través de la promoción de una política de contratación pública respetuosa con el medio ambiente. Este documento iría seguido de la Comunicación «La legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública» de 2001 (22) y, especialmente, de las directivas de 2004 (23), que constituyeron un auténtico punto de inflexión.

En la última generación de directivas, las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014 (24), los criterios ambientales no sólo se declaran idóneos para la obtención de una mejor relación calidad-precio (siempre que haya vinculación de esos criterios ambientales con el objeto del contrato), sino que tales criterios se enmarcan en una concepción estratégica de la contratación, que incorpora a sus objetivos la protección ambiental (junto con objetivos sociales y de innovación) (25). Aparte de la específica mención de los objetivos ambientales en el art. 1.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en este texto legal se prevé expresamente la utilización de parámetros ambientales como criterio de solvencia, como criterio cualitativo de adjudicación, tanto objetivo como subjetivos y como condición de ejecución, cuestión esta última detalladamente analizada por DE GUERRERO. Es destacable que los criterios ambientales para la adjudicación pueden ser cualitativos (relación calidad-precio), pero también cuantitativos, cuando se referencien al cálculo del coste de ciclo de vida útil. En el artículo 148.4 LCSP se prevé que el cálculo de los costes se realice preferentemente por referencia al coste del ciclo de vida, de modo que las externalidades ambientales entren en la evaluación del coste. Las referencias de este artículo son directas a los costes de consumo de energía, costes de recogida y reciclado, por ejemplo, así como con carácter general a externalidades ambientales cuantificables,

---

(22) Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, COM(2001) 274 final, de 4 de julio de 2001.

(23) Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras, de Suministro y de Servicios También Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de Contratos en los Sectores del Agua, de la Energía, de los Transportes y de los Servicios Postales.

(24) Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública; Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que reemplazan a sus homólogas anteriores, y Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

(25) MEILÁN GIL (2015: p. 73); GIMENO FELIÚ (2016: pp. 15 y ss.). Específicamente sobre la incorporación de los objetivos ambientales, que comportarían una transformación del Estado de mero comparador en «ordenador» SANZ RUBIALES (2018: p. 79).

como costes de emisión de gases de efecto invernadero y otras emisiones contaminantes. De forma complementaria, el incumplimiento de obligaciones ambientales es determinante de la exclusión de la licitación por anormalidad de la oferta (artículo 149.3 LCSP).

En su trabajo, SERNA critica acertadamente la redacción vacilante que se aprecia en la LCSP acerca de la inclusión de cláusulas ambientales en las distintas fases de la licitación, sugiriendo en ocasiones que se trata de una mera facultad del órgano de contratación, mientras que en otros casos el tenor literal apunta a una inclusión preceptiva. Puede apreciarse un claro contraste entre el art. 28.2 LCSP, en el que se establece que las entidades del sector público «valorarán» la incorporación de «consideraciones ... medioambientales ... como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública», mientras que en el artículo 1.3, en consonancia con el Preámbulo, se dice que se incorporarán criterios medioambientales de manera «transversal y preceptiva». Una conclusión lógica es considerar que la incorporación de criterios ambientales ha de ser preceptivas, residiendo la discrecionalidad el mecanismo para su inclusión (26).

En lo que se refiere a la solvencia técnica, en la LCSP hay una previsión expresa para los contratos de obras (art. 88.1, d) y servicios (art. 90.1, f), con referencia a «las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato», como criterios de solvencia técnica o profesional de los licitadores. Como destaca Daniel SERNA, aunque se configure como requisito de acceso a la contratación, la relación entre dicha «capacitación» y las condiciones concretas en las que el adjudicatario deberá ejecutar el contrato es directa.

No hay previsiones expresas para otros contratos, pero sí una cláusula de cierre para los contratos distintos de los de obras, servicios y suministros, que remite a los criterios de solvencia técnica o profesional previstos para el contrato de servicios (artículo 91). De ello podría deducirse que *el contrato de suministros es el único en el que no se pueden incluir consideraciones relacionadas con la gestión medioambiental como criterio de solvencia del empresario licitador*, pero ésta no sería una conclusión razonable.

Además, contrasta con la doctrina de los tribunales de recursos contractuales, que sí han admitido elementos ambientales para determinar la solvencia en contratos de suministro. DE GUERRERO analiza el caso en que, tras la anulación de un pliego por introducir de forma indebida consideraciones ambientales (27), el Ayuntamiento de Madrid licitó un nuevo contrato

(26) SANZ RUBIALES (2018: p. 56).

(27) Resolución 256/2017 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid, de 19 de septiembre de 2017, que anula el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares

de suministro de energía eléctrica, que también fue recurrido ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid (TACPM) y fue objeto de la Resolución 110/2018, de 18 de abril de 2018. Frente a la exigencia en el primer Acuerdo Marco de la etiqueta de electricidad como un criterio de adjudicación, en los pliegos de este segundo contrato el Ayuntamiento optó por *incluir la certificación emitida por la CNMC como una condición de solvencia de los licitadores*: en el PCAP se exige que la empresa comercialice exclusivamente energía renovable, excluyendo a las que suministren energía producida mediante un mix de fuentes de generación (28). El TACPM declara que la certificación exigida es adecuada para acreditar la solvencia técnica puesto que es un criterio de carácter histórico y público y, por lo tanto, un criterio objetivo y vinculado al objeto del contrato, ya que de esa manera el Ayuntamiento de Madrid tendrá la garantía de que la totalidad de la energía que se le suministre es renovable, lo que no se asegura a través de la emisión de certificados de garantía de origen por la CNMC: si la empresa adjudicataria sólo comercializa energía renovable, necesariamente la que suministre al Ayuntamiento de Madrid tendrá esa condición, unido a que los criterios de solvencia pueden referirse a la experiencia y calidad de la actividad realizada con anterioridad por los licitadores. La cuestión no deja de suscitar alguna duda desde la perspectiva de la proporcionalidad, pudiendo suponer una excesiva restricción de la competencia, pero en todo caso proporciona un claro ejemplo de admisión de un criterio ambiental de solvencia en un contrato de suministro, no siendo lógico que el criterio vaya a cambiar tras la entrada en vigor de la LCSP, con todo su énfasis en los objetivos ambientales que deben ser incorporados por la contratación pública con carácter estratégico.

Para los contratos sujetos a regulación armonizada, se prevé la *posibilidad* de que los órganos de contratación exijan como medio para acreditar la solvencia técnica o profesional la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el licitador cumple determinadas normas de gestión medioambiental (29). Nada impide que los órganos de con-

---

(PCAP) del «Acuerdo marco para el suministro de energía eléctrica y gas natural para edificios municipales y equipamientos del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos (5 lotes)».

(28) De la literalidad del PCAP, unida a la interpretación del órgano de contratación en contestación a las preguntas de los licitadores y a la aclaración publicada en la Plataforma de contratación del sector público, el TACPM concluye que lo exigido no era una garantía de origen que certifique que el suministro de electricidad proceda de energía renovable, sino la etiqueta de electricidad en su categoría A, es decir, que toda la energía comercializada por el licitador durante el ejercicio anterior fuese de origen renovable.

(29) El artículo 94.1, cuando se exija tal acreditación, remite al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales de la Unión Europea (EMAS) o a otros sistemas de gestión medioambiental reconocidos de conformidad con el artículo 45 del Reglamento CE núm.



tratación puedan también exigir igual acreditación de dicha solvencia técnica vinculada a la gestión medioambiental en los contratos no armonizados, con la posible excepción de los contratos de suministros.

Realmente, es en la posibilidad de inclusión de criterios ambientales para la valoración de las ofertas en el aspecto en que se ha producido un cambio mayor. Tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa como diversos tribunales administrativos de contratos han venido considerando la exigencia de certificados de calidad en general y los ambientales en particular como requisitos válidos de solvencia, pero no criterios de adjudicación admisibles. Esto concordaba en principio con la Orden PRE/116/2008, de 21 de enero, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se aprueba el Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008), entre cuyas medidas estaba la inclusión «entre los criterios de solvencia profesional y técnica de las empresas, indicación de las medidas de gestión medioambiental que se estimen oportunas», mediante la oportuna modificación normativa, pero no —al menos explícitamente— la inclusión de aspectos ambientales entre los criterios de valoración de las ofertas. Sin embargo, en la «Comunicación interpretativa de la Comisión COM (2001) 274 final, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública», de 4 de julio de 2001, apartado 3.1, la Comisión ya señalaba que elementos ambientales pueden servir para determinar la oferta económicamente más ventajosa. Por otra parte, como señala GARCÍA ASENSIO, en la ya citada Orden PRE/116/2008, de 21 de enero, relativa al Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, se incorporaba como criterio de adjudicación de un contrato de suministro de mobiliario el de la gestión forestal sostenible, «*mediante la presentación de los documentos que lo acrediten*», es decir, de la certificación forestal (apartado 6 de su Anexo). Pese a estos elementos, los órganos consultivos y de recursos contractuales que se habían pronunciado sobre ello mantenían un rechazo a la aceptación de criterios ambientales para la valoración de las ofertas, aunque aceptando su incorporación a los requisitos de solvencia: en este sentido puede citarse los informes de la Junta Consultiva 50/2006, de 11 de diciembre, o 73/2014, de 15 de marzo, o las resoluciones del Tribunal Administrativo de

---

1221/2009, de 25 de noviembre de 2009, o a otras normas de gestión ambiental basadas en las normas europeas o internacionales pertinentes de organismos acreditados, señalando en su apartado 2 la obligatoriedad de reconocer certificados equivalentes en determinadas condiciones. La cuestión de los certificados del sistema comunitario de gestión ambiental es estudiada por Nicolás GUILLÉN en su aportación al presente monográfico.

Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 1/2013, de 1 de enero de 2013, que acepta el criterio de solvencia; 105/2015, de 17 de marzo de 2015, en que se considera indebida la petición a los licitadores, aun a título voluntario, de una certificación de calidad o gestión medioambiental, por incluirse entre los criterios de adjudicación; 330/2015, de 23 de septiembre de 2015, en que ratifica la admisibilidad de la certificación de calidad o gestión medioambiental como requisito de solvencia técnica, pero nunca como criterio de adjudicación; o del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 40/2011, de 14 de julio, por la que se estimó el recurso contra un pliego, entre otras razones por considerar los certificados de calidad —en general— como criterio de adjudicación. La LCSP ha venido a cambiar este estado de cosas.

Respecto a las prescripciones técnicas (art. 126.4 LCSP), siempre que el contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, éstas se definirán aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental, con remisión expresa a la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación. Fuera de lo chocante de la referencia a una norma no vigente en el momento de aprobarse la LCSP (fue derogada expresamente por Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación), resulta dudoso que haya muchos contratos no que no puedan afectar al medio ambiente, como señala Daniel SERNA.

La consideración en la LCSP de las etiquetas, incluidas las ecológicas, mejora la previsión contenida las vigentes directivas comunitarias, que a su vez habían superado las previsiones de las directivas de 2004 (30), habilitándose su uso no solo en las prescripciones técnicas, sino su incorporación a los criterios de adjudicación o a las condiciones de ejecución: en el art. 127 LCSP se recogen los tres momentos en que el órgano de contratación puede exigir una etiqueta específica como medio de prueba de cumplimiento de las condiciones exigidas para obras, servicios o suministros con características específicas. Se va a poder requerir la tenencia de etiquetas concretas, pero sin excluir la acreditación del cumplimiento de los requisitos sustantivos mediante etiquetas equivalentes (art. 127.3) o de otros medios, como informes de pruebas o certificaciones (art. 128).

En cuanto a criterios de adjudicación, en el art. 145.2 se prevé que el órgano de contratación «pueda» incluir aspectos ambientales, pero estos tienen que estar *vinculados al objeto del contrato*, cuestión que ha sido objeto de examen en diversas sentencias del Tribunal de Justicia. Es relevante la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland,

---

(30) PERNAS (2011: pp. 95-105).

C-513/99, con ocasión de un contrato de gestión de una línea de autobuses urbanos, en la cual se señala la posibilidad de:

«tener en cuenta criterios ecológicos, como el nivel de las emisiones de óxidos de nitrógeno o el nivel de ruido de los autobuses, siempre que tales criterios *estén relacionados con el objeto del contrato*, no confieran a dicha entidad adjudicadora una *libertad incondicional de elección*, se mencionen *expresamente en el pliego de condiciones* o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular, el principio de no discriminación».

En principio no supone una discriminación exigir una condición que pocas empresas estén en situación de cumplir, en este sentido se afirma lo siguiente:

«El principio de igualdad de trato no se opone a que se tomen en consideración criterios relacionados con la protección del medio ambiente, como los controvertidos en el asunto principal, por el mero hecho de que la propia empresa de transportes de la entidad adjudicadora sea una de las pocas empresas que pueden ofrecer unos vehículos que cumplan los criterios mencionados».

En sentido concurrente se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de diciembre de 2003, Wienstrom, C-448/01, donde se manifiesta que el Derecho comunitario, a propósito de la exigencia de un porcentaje de energía renovable en un contrato de suministro eléctrico, en que se considera compatible con el Derecho comunitario «que una entidad adjudicadora establezca, *para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa a efectos de la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables* al que se atribuye un coeficiente de ponderación del 45%, careciendo de relevancia a este respecto el hecho de que dicho criterio no permita necesariamente alcanzar el objetivo que se persigue». No obstante puntualiza que sí existirá una actuación contraria a Derecho cuando el criterio «no vaya acompañado de requisitos que permitan el *control efectivo de la exactitud de la información contenida en las ofertas*, y exija a los participantes en la licitación que indiquen la cantidad de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables que podrán suministrar a una clientela indeterminada y atribuya la máxima puntuación al licitador que indique la mayor cantidad, teniendo en cuenta que sólo se valora la parte de ésta que exceda del consumo previsible en el marco de la licitación». En consecuencia, la cláusula fue declarada contraria a Derecho.

#### **IV. RENTABILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO Y TÉCNICAS DE MERCADO PARA MEJORAR LA CALIDAD DE LAS AGUAS**

El dominio público natural puede ser un elemento sumamente útil para la articulación de políticas ambientales, aunque la configuración jurídica actual

del demanio natural responde a la protección de recursos naturales, no a la protección ambiental. En otros términos, la configuración de nuestros patrimonios públicos, que en sus principales normas tiene más de treinta años, es prácticamente ajena en su totalidad al mucho más reciente concepto de patrimonio natural y sus consecuencias lógicas. No obstante la creciente sensibilidad ambiental obliga a cohonestar las «modernas» técnicas de gestión de dominio público y su «valorización» con una gestión ambientalmente sostenible. Esto, aparte de la misión de conectividad biológica que determinados bienes públicos, sean integrantes del demanio natural (ríos y riveras) o demanio artificial (vías pecuarias) deben cumplir y que ha sido estudiado en otro sitio por diversos miembros del equipo autor de este monográfico (31).

Los problemas enunciados son estudiados desde un doble punto de vista: desde una perspectiva de teoría general de los bienes públicos por José Luis BERMEJO y en una de sus manifestaciones específicas —los mercados de contaminación de las aguas— por Víctor ESCARTÍN.

Valorizar es la traducción española de un término utilizado en ordenamientos de nuestro entorno cultural (*valorisation, mise en valeur, valorizzazione*) como tendencia dominante en la gestión del dominio público. El término aparece en el Diccionario de la Real Academia como sinónimo de valorar (señalar el precio, reconocer el valor), pero también con un significado propio («aumentar el valor»). Esta tendencia, junto con una mayor preocupación ambiental, está haciendo evolucionar el régimen del dominio público, especialmente del demanio natural. Puede decirse que la vieja tradición del uso público del demanio natural es hoy difícilmente compatible con las modernas tendencias a la protección ambiental y a la valorización.

En esta línea, el punto de partida de BERMEJO es que, tanto si consideramos el medio natural como objeto de propiedad pública como si lo hacemos como ámbito material de ejercicio de potestades administrativas, nuestro ordenamiento legitima la intervención administrativa sobre sus usos a través de muy diversos instrumentos y con intensidades muy distintas. Debe señalarse que la protección ambiental de los bienes del demanio natural más eficaz no es la que deriva del ejercicio de facultades dominicales.

El valor de los bienes —ecológico, económico o social, pero también ambiental— está en directa proporción a su escasez. Constitucionalmente, el uso y explotación de los recursos naturales debe ser racional y sostenible, preservando unos recursos frágiles y finitos. La Administración pública, como titular y como responsable de la protección y valorización del medio natural, debe establecer restricciones de uso y acceso que se traduzcan en «una cierta escasez de recursos naturales». Debe protegerse el medio natural abierto

---

(31) LÓPEZ RAMÓN (2016, pp. 50-52)

frente a actividades aparentemente inocuas, adscribibles teóricamente al uso común general, pero que en la práctica son usos especiales y anormales. La delimitación entre usos generales y especiales, normales y anormales, no puede ser estática. Una misma actividad en un mismo sitio pero en distintos momentos o por un número elevado de sujetos, puede pasar de uso común general (libre) a especial (y precisado de control). Las medidas que deban adoptarse dependerán, no de un concepto jurídico abstracto, sino de su adecuación y proporcionalidad para compatibilizar protección ambiental y utilización.

Las medidas posibles pueden ser regulatorias, en las que la Administración ejerce su autoridad directa o indirectamente tanto sobre los usuarios como sobre los recursos usados, y económicas o de mercado, en las que se hace recaer sobre los usuarios los costes que entraña la preservación o restauración del recurso utilizado, incluso incorporando una finalidad disuasoria. Todas pasan por el respeto a los principios de legalidad, siendo precisa la previa habilitación normativa, y de proporcionalidad, debiendo ser adecuadas y lo menos restrictivas posible de la libertad.

Con carácter general son admisibles las normas reglamentarias, siempre que no se afecte esencialmente a derechos fundamentales como igualdad y no discriminación, libertad de circulación y reunión —espontánea— en lugares de tránsito público (arts. 14, 17, 19 y 21 de la Constitución). En particular, cuando las medidas se recojan en ordenanzas locales al amparo del Título XI de la LRBRL, pueden generarse riesgos para la seguridad jurídica debidos a la dispersión normativa.

Las técnicas regulatorias consistirán en la ordenación y condicionamiento de los usos y la limitación del acceso o la presencia, con las correspondientes exigencias de control administrativo (cerramiento de zonas, permisos, vigilancia y represión de conductas nocivas). Estas técnicas entran claramente en las potestades de policía reconocidas a las Administraciones titulares del demanio, pero también a las competentes para la protección ambiental (Administraciones autonómicas) o para la ordenación de las relaciones de convivencia (entidades locales). Por el contrario, las técnicas de matriz económica o mercantil —fundamentalmente el «pago por uso»— están reservadas al titular demanial. El régimen de tasas y cánones por ocupación del dominio público debería ser el modelo para la cuantificación, recaudación y destino de los ingresos.

El mercado de contaminación de las aguas, estudiado por Víctor ESCARTÍN, es un ejemplo arquetípico de utilización de las técnicas de mercado para la persecución de objetivos ambientales. Estos mercados no están regulados en España, siendo un mecanismo complejo y claramente necesitado de regulación específica. Se podría plantear la posibilidad de aplicar la regulación de los contratos de cesión de derechos a usos privativos del agua y los centros de inter-

cambio de derechos (32), pero objeto y finalidad son claramente distintos (33). También se ha apuntado a la facultad de la Administración de fijar plazos y programas de reducción de la contaminación en el proceso de adjudicación o modificación de autorizaciones de vertido (34). Sin embargo, como señala ESCARTÍN, parece indiscutible que la implantación de un mercado de cuotas de contaminación debe preverse en una norma de rango legal, tanto por la afección a derechos fundamentales, como por las necesidades de claridad y estabilidad normativa: las inversiones para reducir sus niveles de vertido y generar créditos de reducción son muy significativas. En consecuencia, el enfoque adoptado en la investigación es puramente prospectivo.

Con su regulación en otros países se ha buscado «reinternalizar» en los productores externalidades negativas, en forma de contaminación, que desde una perspectiva económica constituyen fallos de mercado. Con ello se conseguiría un enfoque integral, que evite las disfunciones de la sectorización excesiva y burocratización, con una excesiva complejidad sustantiva y procedimental, y con unos costes excesivos para el contribuyente, producto de la necesidad de un aparato administrativo numeroso y especializado (35). No obstante, como principal defecto, esta opción presenta incertidumbres, como se ha destacado para el pago por contaminación de las aguas: en la cuantificación de los vertidos, especialmente respecto a contaminaciones difusas, en cuanto al comportamiento de los participantes e incluso en cuanto a la metodología económica a seguir para dimensionar adecuadamente oferta y demanda (36). Tirando por elevación, la misma idea de utilizar técnicas mercantilistas puede criticarse, como se ha hecho desde asociaciones ecologistas, que han considerado estos mecanismos como «contaminación comercial», suponiendo una privatización del sistema de vertidos contraria al espíritu de la Clean Water Act (CWA) que habría puesto los recursos hídricos en un gran riesgo (37).

El mercado de cuotas de contaminación de las aguas, denominado *Water Quality Trading* (WQT) o *comercio de calidad del agua*, persigue coadyuvar

---

(32) Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, artículos 67 a 72.

(33) MOLINA GIMÉNEZ (2013, p. 506).

(34) Texto refundido de la Ley de Aguas art. 100.4.

(35) *Vid.*, desde una perspectiva específica, MOLINA GIMÉNEZ (2013, p. 483), y desde una perspectiva general, SANZ RUBIALES (2014, pp. 11-12). También el *Libro Verde sobre la utilización de instrumentos de mercado en la política de medio ambiente y otras políticas relacionadas*, Bruselas, 28 de marzo de 2007, COM (2007) 140 final.

(36) En este sentido el informe de WALKER y SELMAN (2014) para el World Resources Institute.

(37) <https://www.foodandwaterwatch.org/problems/pollution-trading>.

en la protección y restauración de las aguas superficiales, incorporando una nueva herramienta al conjunto tradicional de tarifas y autorizaciones.

La Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos (EPA) considera que este enfoque aporta flexibilidad a las entidades reguladas y permite lograr una mayor calidad del agua y beneficios ambientales que los enfoques reguladores tradicionales por sí solos, a un costo menor, permitiendo ahorrar unos 900 millones de dólares por año (38). A lo que se suma la creación de incentivos económicos para la innovación. En el sistema norteamericano, los participantes obtienen créditos mediante la reducción de sus niveles de vertido o la adquisición en el mercado de los excedentes de otros sujetos, en el marco de la TMDL o cantidad máxima de un contaminante que un efluente puede presentar para seguir cumpliendo con los estándares de calidad del agua, prevista en el artículo 303(d) de la Clean Water Act (CWA).

Partiendo de las conclusiones de la OCDE, (39) los elementos de un mercado de cuotas de contaminación partirían del establecimiento de límites de emisión vinculantes —que pueden evolucionar hacia umbrales más exigentes—, que permitirán identificar a quienes pueden transferir cuota y quienes deben adquirirla. El mercado funcionará en la medida de que para algunos operadores adquirir cuota sea más barato que la inversión necesaria para acomodarse al estándar, las reglas sean claras y estables, las cargas y costes burocráticos sean contenidos y el control lo ejerza una autoridad con capacidad suficiente (40).

Los elementos definidores de un mercado serán subjetivo (participarán sujetos autorizados a verter), territorial (un concreto ámbito hidráulico) y objetivo (contaminantes que se pretende reducir).

En lo objetivo, en su *Trading Policy* de 2003, la EPA fomenta los mercados para contaminantes como nutrientes o sedimentos, pero no de bioacumulativos persistentes tóxicos. En lo subjetivo, se plantea la dificultad de la participación de los titulares de fuentes difusas o indirectas de contaminación de las aguas (*nonpoint sources*), que habitualmente carecen de autorización de vertido, pero que contribuyen de forma sustancial al deterioro de las aguas (41). Su participación se ha aceptado al considerar que al permitir a fuentes no puntuales generar y vender créditos, se crea un incentivo para mejores prácticas

---

(38) <https://www.pca.state.mn.us/water/water-quality-trading>).

(39) OCDE. Trade and Agriculture Directorate. Joint Working Party on Agriculture and the Environment (2012), *Water quality trading in agriculture*. Disponible en <http://www.oecd.org/tad/sustainable-agriculture/waterqualityandagriculturemeetingthepolicychallenge.htm>.

(40) MOLINA GIMÉNEZ (2013: 484)

(41) Vid. MOLINA GIMÉNEZ (2013: 487 y ss.) con referencia al informe de la OCDE, *Trade and Agriculture Directorate. Joint Working Party on Agriculture and the Environment (2012), Water quality trading in agriculture*.

de gestión que contribuyen significativamente a la reducción de las cargas de contaminantes en las aguas receptoras (42).

## V. POLÍTICA COMUNITARIAS, MERCADO INTERIOR Y PROTECCIÓN AMBIENTAL

La Unión Europea desempeña un doble papel en lo relativo al uso de mecanismos económicos o de mercado para la protección ambiental: propiciando políticas de este tipo, principalmente desde la Comisión, pero al mismo tiempo como límite, puesto que estas políticas deberán respetar las libertades económicas comunitarias.

### 1. Virtualidad y límites de la protección ambiental como razón imperiosa de interés general

El mercado único, basado en las libertades de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, consagradas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, es el eje de la Unión Europea. Estas libertades son los principios fundamentales de la normativa comunitaria y una de sus consecuencias principales es la prohibición de las desigualdades de trato que supongan una discriminación entre operadores económicos, lo que deberá determinarse en función de su resultado: como se señala en la Sentencia del TJUE de 5 de febrero de 2014 (43), «las normas sobre igualdad de trato no sólo prohíben las discriminaciones manifiestas basadas en el domicilio social de las sociedades, sino también en *cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado*».

Ciertamente, la igualdad de trato puede exceptuarse si la restricción de alguna de las libertades, como la de establecimiento, fuera necesaria por alguna de las razones imperiosas de interés general reconocidas por la jurisprudencia, siempre que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo de que se trate y proporcionada, no yendo más allá de lo necesario y careciendo de alternativas menos gravosas, como se reconoce en la citada Sentencia de 5 de febrero de 2014, entre otras muchas. En este sentido, cues-

---

(42) EPA, *Water Quality Trading Scenario: Nonpoint Source Credit Exchange*, disponible en [https://www3.epa.gov/npdes/pubs/wqtradingtoolkit\\_nps-credit-exchange.pdf](https://www3.epa.gov/npdes/pubs/wqtradingtoolkit_nps-credit-exchange.pdf).

(43) Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de febrero de 2014, *Hervis Sport— és Divatkereskedelmi Kft. contra Nemzeti Adó-és Vámhivatal Közép-dunántúli Regionális Adó Főigazgatósága*, Asunto C-385/12, petición de decisión prejudicial motivada por un impuesto que afectaría a la libertad de establecimiento, al establecer un impuesto excepcional sobre el volumen de negocios del comercio al por menor en establecimientos, comportando en determinados casos un efecto discriminatorio de forma indirecta.



tiones como la protección del medio ambiente o la ordenación del territorio han sido reconocidas como razón imperiosa de interés general, entre otras en la Sentencia del TJUE de 24 de marzo de 2011 (44), en la que también se precisa que «las razones que pueden ser invocadas por un Estado miembro para justificar una excepción al principio de libertad de establecimiento deben ir acompañadas de un *análisis de la oportunidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por dicho Estado miembro, así como de los datos precisos que permitan corroborar su argumentación*». Recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha vuelto sobre esta cuestión, a propósito de la normativa de diversas comunidades autónomas españolas sobre grandes superficies comerciales, en tres sentencias de 26 de abril de 2018 (45), reconociendo la existencia de una razón imperiosa de interés general y entendiendo que la medida adoptada —la regulación de tributos ambientales— resultaba adecuada y proporcionada (decisiones estudiadas en este monográfico por Fernando LÓPEZ PÉREZ).

No obstante, es preciso puntualizar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es claramente deferente con el legislador comunitario, aplicando un estándar de control de la proporcionalidad claramente más laxo cuando la limitación o incluso supresión práctica de una libertad comunitaria, incluso la más desarrollada, como es la libre circulación de bienes o mercancías, se ve afectada. Constituye un claro ejemplo de limitación a las libertades comunitarias, precisamente la libre circulación de mercancías, para conseguir un objetivo ambiental, como es el fomento de las energías renovables, el caso resuelto por el Tribunal de Justicia mediante la Sentencia de 1 de julio de 2014, Ålands Vindkraft AB contra Energimyndigheten, Asunto C-573/12 (46). Resulta clave en la argumentación de la sentencia que un sistema nacional que establecía una clara discriminación a favor de los productores nacionales de electricidad mediante fuentes renovables tenía cobijo en la Directiva 2009/28/CE (47). El sistema se basaba en unos «certificados verdes», de carácter negociable, entregados gratuitamente a los productores de energía de fuentes renovables y que los distribuidores de electricidad, determinados grandes usuarios e importadores de energía eléctrica tienen que adquirir y entregar anualmente, en un

---

(44) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 24 de marzo de 2011, Comisión Europea contra Reino de España, Asunto C-400/08, a propósito de la normativa relativa al establecimiento de superficies comerciales en Cataluña.

(45) Sentencias del TJUE de 26 de abril de 2018, dictadas en los asuntos C-233/16 (Cataluña), C-234/16 y C-235/16 (Asturias) y C-236/16 y C-237/16 (Aragón). Estos pronunciamientos son estudiados en este mismo monográfico por Fernando López Pérez.

(46) Referencia a esta sentencia en GALÁN VIOQUE (2017, pp. 84-85).

(47) Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE (DO L 140, p. 16).

número proporcional a la energía distribuida o consumida. La compra de los certificados no tiene que hacerse conjuntamente con la compra de electricidad, sino que puede hacerse en el mercado libre, pero la venta de certificados proporciona una rentabilidad adicional a los productores. El Tribunal de Justicia admitió la limitación a los productores situados en el propio territorio nacional de la extensión de esos certificados. Ciertamente, existía una razón ambiental para la medida, pero es menos claro que esa razón ambiental estuviese mejor atendida limitando sus efectos a los productores nacionales y todavía menos que la medida fuese proporcionada. El legislador comunitario puso el aumento de la producción de electricidad verde mediante políticas nacionales por delante de las libertades comunitarias y el Tribunal de Justicia aplicó un estándar de control sumamente laxo.

## **2. Normalización y etiquetas ambientales: perspectiva general y forestal**

La necesidad de construir un mercado interior único partiendo de unas competencias limitadas y fundamentalmente normativas, ha llevado a una progresiva configuración de la Unión Europea como un «Estado regulador» (48). Entre otras cuestiones, esto se plasma en el uso de la normalización técnica, en manos de entidades privadas pero impulsadas y financiadas por los poderes públicos, como mecanismo —no vinculante, pero muy efectivo— de aproximación de los estándares utilizados por los productores europeos, favoreciendo la circulación e intercambio de bienes y el reconocimiento mutuo de pruebas y análisis entre Estados miembros. Este sistema ha sido también utilizado por la Unión Europea para el avance en objetivos ambientales, como estudia Nicolás GUILLÉN.

Manifestaciones típicas de los sistemas de normalización para acreditar la adecuación de productos o procesos a las normas técnicas son las marcas de garantía o etiquetas, entre las que está la etiqueta ecológica de la Unión Europea, referida a productos no alimentarios. Se introdujo mediante el Reglamento CEE núm. 880/92 del Consejo, de 23 de marzo de 1992, relativo a un sistema comunitario de concesión de etiqueta ecológica, con el fin de potenciar productos cuyo diseño, producción, comercialización y utilización tuvieran escasa incidencia en el medio ambiente durante todo su ciclo de vida, además de ofrecer una información adecuada a los consumidores sobre estos aspectos. Este Reglamento comunitario incorporaba concretas cuestiones ambientales, como tratamiento de los residuos, contaminación y degradación del suelo, contaminación del agua, contaminación atmosférica, ruido, consumo

---

(48) GARCÍA ÁLVAREZ (2014, pp. 79 y ss.).

de energía, consumo de recursos naturales o repercusiones en los ecosistemas, que debían ser analizados con el ciclo de vida del producto como referencia —abarcando por tanto la fase previa a la producción, la producción, distribución incluido el embalaje, utilización y eliminación—, como base para reconocer el uso de la etiqueta ecológica. El sistema se iría ampliando, incluyéndose también los servicios en el Reglamento CE núm. 1980/2000, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de julio de 2000, relativo a un sistema comunitario revisado de concesión de etiqueta ecológica. En la misma línea, en el art. 2 del vigente Reglamento CE núm. 66/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la etiqueta ecológica de la Unión Europea, se incluye todo «bien o servicio suministrado para distribución, consumo o utilización en el mercado comunitario, ya sea mediante pago o de forma gratuita» (49).

La acción de fomento se ha extendido a la agricultura ecológica con el logotipo de producción ecológica de la Unión Europea. El Reglamento 2018/848/UE, de 30 de mayo, de producción ecológica y etiquetado de los productos ecológicos ha derogado en anterior reglamento de 2007, conteniendo la regulación aplicable a productos agrícolas vivos o no transformados, incluidas las semillas y demás materiales de reproducción vegetal, a los productos agrícolas transformados destinados a la alimentación humana y al pienso.

Las normas técnicas se extienden a los Sistemas de Gestión y Auditoría Medioambientales (SGMA), de los que existen varios, aunque entre los más importantes está el Sistema Europeo de Gestión y Auditoría Ambiental (EMAS) y la norma ISO 14001:2015. El Reglamento CE núm. 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009, supuso una tercera generación de normas comunitarias en este campo (50). De acuerdo con el art. 1 del Reglamento, el objetivo es la promoción de mejoras en el comportamiento medioambiental de las organizaciones a través del «establecimiento y la aplicación por su parte de sistemas de gestión medioambiental, la evaluación sistemática, objetiva y periódica del funcionamiento de tales sistemas, la difusión de información sobre comportamiento medioambiental, el diálogo abierto con el público y otras partes interesadas, y la implicación activa del personal en las organizaciones, así como una formación adecuada».

---

(49) La etiqueta ecológica de la Unión Europea se ha complementado en España con el Real Decreto 234/2013, de 5 de abril, por el que se establecen normas para la aplicación del Reglamento CE núm. 66/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la etiqueta ecológica de la Unión Europea, y demás normativa autonómica.

(50) Reglamento (CE) núm. 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), y por el que se derogan el Reglamento (CE) n° 761/2001 y las Decisiones 2001/681/CE y 2006/193/CE de la Comisión.

De acuerdo con esta normativa, las organizaciones registradas, mientras su registro sea válido, podrán utilizar el logotipo EMAS (51). Los SGMA son también objeto de la Norma ISO 14.001, que fue aprobada inicialmente en 1996 por la Organización Mundial para la Estandarización, aunque la vigente data de 2015, abarcando tanto aspectos ambientales ligados a la empresa como criterios vinculados al país o ámbito donde va a instaurarse. La Unión Europea ha buscado la unificación de ambos sistemas, permitiendo la obtención de ambos reconocimientos mediante un único procedimiento (52). Todavía subsisten algunas diferencias (53): el EMAS requiere un proceso más complejo de certificación, con una intervención activa de las Administraciones, mientras que la ISO mantiene mayor flexibilidad. Además, en el sistema de la ISO 14001:2015 se deja libertad sobre la publicación de información sobre los aspectos ambientales de la organización, mientras que en el EMAS es obligatoria una declaración medioambiental sobre todo el entramado medioambiental de la organización.

En España, la preocupación por la gestión sostenible de la producción forestal ha sido una constante, aunque centrada históricamente en la lucha contra el furtivismo más que en cuestiones ambientales. En este ámbito, estudiado por José Miguel GARCÍA ASENSIO, se han aplicado señaladamente las modalidades de gestión examinadas con carácter general: la certificación forestal y su marca correspondiente son la plasmación específica de las categorías generales de auditoría ambiental y ecoetiqueta, que son a su vez una plasmación ambiental de los mecanismos de calidad industrial, caracterizados por la existencia de normas técnicas de origen privado y seguimiento voluntario.

La certificación forestal surgió por la pérdida de bosques tropicales, pero una mayoría de los bosques certificados están en países desarrollados (54).

---

(51) En el Derecho interno, en el Real Decreto 239/2013, de 5 de abril, se estableció en su redacción original que los verificadores debían obtener acreditación por la Entidad Nacional de Acreditación, pudiendo ejercer su actividad en cualquier parte del territorio nacional, en cualquier otro estado miembro de la Unión Europea o en un tercer país. El art. 11, apartados 1 y 2, fue declarado inconstitucional por Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 141/2016, de 21 julio, por entender que invadía las competencias ejecutivas de la Generalitat de Cataluña en materia de medio ambiente, al atribuir en exclusiva a la Entidad Nacional de Acreditación la acreditación de los verificadores medioambientales.

(52) La norma aplicable en la actualidad es la ISO 14001:2015, que sustituyó a la de 2004 (ISO 14001:2004). La aprobación de la nueva Norma ISO 14001, ha comportado diversos cambios en los Anexos II y III del Reglamento (CE) núm. 1221/2009, a través del Reglamento (UE) 2017/1505 de la Comisión de 28 de agosto de 2017. Con esta modificación se ha conseguido que las organizaciones puedan obtener o mantener tanto el registro en el EMAS como el certificado ISO 14001, a través de un único proceso integrado de verificación/certificación.

(53) VIZCAÍNO LÓPEZ (2016)

(54) OZINGA (2004, p. 33).

Una consecuencia es que la certificación forestal puede actuar como barrera no arancelaria al comercio (55).

La certificación forestal se introduce en España en respuesta al impulso europeo, (56) regulándose en la Ley de Montes al amparo de la competencia sobre montes y aprovechamientos forestales (art. 149.1.23° CE). En el art. 6, d) de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, se define la gestión forestal sostenible como la organización, administración y uso de los montes de una forma y con una intensidad que permite mantener su biodiversidad, productividad, vitalidad, potencialidad y capacidad de regeneración, permitiendo el desarrollo de funciones ecológicas, económicas y sociales relevantes en el ámbito local, nacional y global, y sin producir daños a otros ecosistemas. En el art. 6, p) se define la certificación forestal como la comprobación de los extremos anteriores, mediante un procedimiento voluntario por el que una tercera parte independiente proporciona una garantía escrita de que la gestión forestal es conforme con criterios de sostenibilidad y de que se realiza un seguimiento fiable de los productos forestales desde el origen (57). La única función de las Administraciones públicas respecto de la certificación forestal es de fomento, como se expresa en el art. 35 de la Ley de Montes al encomendarles la promoción del «desarrollo de los sistemas de certificación forestal voluntarios, transparentes y no discriminatorios».

Ni España ni la Unión Europea han aprobado criterios propios de gestión forestal sostenible, por lo que en nuestro país se aplican dos sistemas internacionales: el FSC (*Forest Stewardship Council*) aprobado en 1993 y el PEFC (*Programme for the Endorsement of Forest Certification*) de 1998, que es el más arraigado entre nosotros. Son dos sistemas de amplia implantación internacional, aunque existen otros sistemas regionales (58). Ambos establecen una vigencia de cinco años para las certificaciones forestales, aunque a la auditoría principal o inicial, se unen otras de seguimiento o de renovación en su caso, siempre realizadas por la entidad certificadora independiente.

---

(55) KIEKENS (1995).

(56) Comunicación de la Comisión COM (1998) 649 final, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre una Estrategia para el Sector Forestal y Resolución del Consejo (1999/C56/01) de 15 de diciembre de 1998, sobre una estrategia forestal para la Unión Europea, apartado 15.

(57) El origen de estas definiciones está en el apartado D) de la Resolución núm. 1, «Directrices generales para una gestión sostenible de los bosques en Europa», de la Segunda Conferencia Ministerial sobre la Protección de los Bosques de Europa (Helsinki, 16 y 17 de junio de 1993) y en el apartado 2.15 de la Norma UNE 162001: 2001. Vid. PRIETO ÁLVAREZ (2005, p. 135).

(58) MARCILLA (2012, pp. 148 y 149).

El Sistema Español de Certificación Forestal adopta los niveles de aplicación de la certificación de la gestión forestal sostenible establecidos en el documento técnico del Consejo del PEFC. Ante la insuficiencia de las normas existentes, se constituyó el Comité Técnico de Normalización AEN/CTN 162 en el marco de la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR) como única entidad española de normalización forestal (59), con la misión de elaborar las normas españolas de gestión forestal sostenible, habiendo adaptado los criterios aprobados en la Conferencia Interministerial de Helsinki (1993) —entre ellos el «mantenimiento, conservación y mejora de la diversidad biológica en ecosistemas forestales»— y aprobado las normas técnicas que deben cumplirse para obtener el certificado y marca PEFC de gestión forestal sostenible, editadas como normas UNE en 2001. Como todos los sistemas de normalización, jurídicamente tiene un carácter voluntario, aunque en muchas ocasiones el mercado los imponga de facto, siendo por tanto un instrumento efectivo de protección ambiental (60).

Con la gestión forestal sostenible y su correspondiente certificación forestal se persiguen diversos objetivos. Por un lado, mejorar la administración de los montes, evitando el deterioro ambiental, pero manteniéndose económicamente viable y permitiendo la fijación de población rural, actuando como un instrumento auxiliar de los programas forestales de las Administraciones públicas (61). Por otro lado, el acceso al mercado de los productos procedentes de montes certificados. Cada vez es más difícil competir en precio, por lo que el producto ha de tener calidad, en este caso calidad ambiental, sirviendo la certificación para informar al consumidor de este extremo (62). Por último, como se ha puesto de manifiesto en los estudios específicos, la certificación puede ser tenida en cuenta en la compra pública. La posibilidad de exigir una certificación forestal ya figuraba en la «Comunicación interpretativa de la Comisión COM (2001) 274 final, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública», de 4 de julio de 2001, apartado 1.3, para definir las especificaciones técnicas del objeto del contrato, aunque no se podía limitar a una determinada etiqueta o certificación ecológica, especialmente de carácter

---

(59) Por Resolución de 12 de enero de 2000, de la Dirección General de Industria y Tecnología, se autoriza a AENOR para asumir funciones de normalización en el ámbito de la gestión forestal sostenible.

(60) ÁLVAREZ GARCÍA (2000: 64).

(61) Sobre este carácter auxiliar coinciden la Comisión Europea, en su Comunicación COM (1998) 649 final (Apartado III.D.4), y la doctrina científica, siendo muy ilustrativa la citada por GARCÍA ASENSIO.

(62) De acuerdo con la Resolución del Consejo de 15 de diciembre de 1998, ap. 15: «mejorar el conocimiento de los consumidores respecto al valor medioambiental de la explotación sostenible de los bosques».

privado como la certificación forestal, debiendo admitirse otros medios alternativos de prueba del origen y calidad del producto.

El uso de instrumento de mercado para la protección ambiental podría ofrecer otras posibilidades de gestión sostenible en el ámbito forestal que la normativa vigente impide de forma poco razonable. La posibilidad de generar créditos de emisión por medio de la captura de carbono atmosférico por los bosques, reconocida en el Protocolo de Kyoto, ha sido restringida a los bosques de países no desarrollados. GARCÍA ASENSIO señala que ese tratamiento no es sólo desigual, sino que supone un trato discriminatorio poco justificado.

### **3. La «internalización» de externalidades ambientales negativas a través de la tributación verde**

Los cambios sociales, especialmente la incorporación de la mujer al mercado laboral ha llevado a un modelo de abastecimiento familiar en el que las compras se hacen para la semana e incluso para el mes. Esta nueva realidad social ha favorecido la implantación de cada vez más numerosas grandes superficies comerciales en las que el consumidor llega en su propio coche y estaciona en la cercanía inmediata del establecimiento, facilitando enormemente la carga y transporte de los bienes adquiridos. Esta nueva organización social ha ido acompañada de una nueva ordenación urbanística, porque otro de los cambios sociales ha sido una extendida opción por la vivienda unifamiliar, normalmente en forma de adosado o pareado, pero en todo caso con unas densidades muy inferiores a las habituales en otros tiempos, opción especialmente común entre parejas jóvenes con hijos, en las que habitualmente ambos cónyuges son activos en el mercado laboral. Ambos fenómenos, claramente conectados, han supuesto un cambio en el modelo urbano, cambio considerado por muchos lesivo para el ambiente (63). Determinados tributos ambientales, como el ligado a las grandes superficies comerciales, habrían sido el instrumento para paliar esa situación, aunque no pueda negarse también una intención de proteger al pequeño comercio, reequilibrando la competencia mediante la imposición de cargas adicionales a las grandes superficies.

Como analiza Fernando LÓPEZ PÉREZ con aplicación al caso específico de los tributos a las grandes superficies, con los tributos ambientales se intenta que el mercado asuma las externalidades negativas para el medio ambiente inherentes a determinadas producciones o actividades. De acuerdo con una formulación clásica, a la que ya se ha hecho referencia, la contaminación como externalidad negativa, constituye un fallo de mercado porque los productores en primera instancia y los consumidores en última, que están en el origen

---

(63) No obstante, una valiosa opinión discrepante en AMENÓS (2015), *in toto*.

de la contaminación y, por tanto, de la degradación del medio ambiente, no tienen que pagar por ello. El tributo ambiental sería el mecanismo para corregir ese fallo de mercado (64). En línea con este razonamiento, desde la Unión Europea se propugna la implantación efectiva del principio «quien contamina paga», actualmente recogido en el artículo 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (65). Como afirma la Agencia Europea del Medio Ambiente, los tributos ambientales «corrigen las señales de precio falsas en el mercado», incorporando los costes ambientales al precio final (66). Esta posición es muy valiosa puesto que tributos ambientales como el impuesto sobre grandes superficies comerciales (o IGEC), es una clara muestra de la contraposición entre las libertades económicas comunitarias, especialmente la libertad de establecimiento, y la protección ambiental.

Complementariamente, en el Derecho interno el Tribunal Constitucional ha admitido los denominados «tributos de inspiración extrafiscal», la mayor parte de los cuales tienen una finalidad ambiental, pero siempre que se graven hechos indicativos de riqueza, como se ha venido señalando desde la Sentencia 37/1987, de 23 de marzo (67).

En todo caso, la finalidad ambiental es esencial para hacer admisible la restricción de la libertad de establecimiento y las distorsiones inevitables de la competencia. La doctrina ha coincidido en afirmar que los impuestos ambientales deben ser diseñados para ser instrumentos eficaces para modificar las conductas contaminantes, además de ayudar a financiar la corrección o minoración del impacto negativo para el medio (68). En la práctica se plantea el problema de que muchos tributos ambientales parecen tener una finalidad esencialmente recaudatoria, no ambiental (69). Por tanto, la corrección del fallo de mercado suscitado por las externalidades negativas no es central en el diseño del tributo, ni los recursos generados se dedican a corregir los específicos efectos negativos generados por la actividad gravada. Precisamente ésta ha sido una de las críticas realizadas a los tributos autonómicos que gravan las grandes superficies comerciales, introducido inicialmente por Cataluña por medio de la Ley 16/2000, de 29 de diciembre, del Impuesto sobre Grandes

---

(64) BUÑUEL GONZÁLEZ (2004: p. 31)

(65) LOZANO CUTANDA (2010: pp. 97 y 98); FERNÁNDEZ DE GATTA (2013: p. 72).

(66) Informe «El tributo ambiental: aplicación y efectividad sobre el medio ambiente», 2008. Disponible en internet en <https://www.eea.europa.eu/es/publications/92-9167-000-6-sum/page001.html>.

(67) En este sentido, BAENA AGUILAR (2002: pp. 188 y 189) o SESMA SÁNCHEZ y CORDERO GONZÁLEZ (2005: pp. 46 y 47).

(68) HERRERA MOLINA (2000: p. 73), RODRÍGUEZ MUÑOZ (2004: pp. 131 y 132), PEÑA ALONSO (2008: p. 477), MATA SIERRA (2008: p. 510) o CAZORLA PRIETO (2008: p. 60)

(69) CARBAJO VASCO y HERRERA MOLINA (2004: p. 89)



Establecimientos Comerciales, comunidad a la que han seguido otras cinco (Navarra, Asturias, Aragón, Rioja y Canarias). Sin embargo, la mejor doctrina ha señalado que una mera invocación de objetivos ambientales no justifica por sí misma la inaplicación de los tratados de la Unión Europea, incluido lo relativo a la defensa de la competencia. En consecuencia, sería necesario un equilibrio entre protección ambiental, defensa de la competencia y competitividad industrial (70).

A la dialéctica clásica entre libertad económica y protección ambiental se añade en el caso de tributos como el que afecta a las grandes superficies que la falta de armonización de los tributos ambientales en la Unión Europea ha llevado a recelos sobre determinados impuestos que podrían producir restricciones en las libertades de desplazamiento o de establecimiento (71). En principio, el impuesto grava el impacto sobre el ambiente, el territorio o el entorno urbano, debido a la creación de focos de atracción de personas que, en función de una ubicación generalmente periférica, acuden a ellos usando vehículos a motor. No obstante, parece clara la concurrencia de una finalidad proteccionista del mediano y pequeño comercio, que en algún caso se reconoce explícitamente por el legislador (72). Por ello, una exigencia lógica sería la realización de un cálculo real sobre los costes ambientales a internalizar (73) y, es más, una evaluación periódica del grado de consecución de los objetivos ambientales perseguidos (74). Aunque en principio tales estudios no sean exigibles desde una perspectiva de validez jurídica del tributo, la verificación del cumplimiento del principio de proporcionalidad si lo haría preciso o, al menos, sumamente conveniente.

La adecuación al Derecho comunitario de los tributos españoles a las grandes superficies ha sido analizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en varias sentencias de 26 de abril de 2018, dictadas en los asuntos C-233/16 (Cataluña), C-234/16 y C-235/16 (Asturias) y, finalmente, C-236/16 y C-237/16 (Aragón). En ellas se analiza sucintamente la existencia de una posible discriminación por afectar el impuesto exclusivamente a grandes superficies comerciales. Tras comprobar que la sujeción al tributo viene dada por la superficie ocupada, sin relevancia del domicilio social de su titular, el Tribunal declara que el tributo no es contrario a los artículos 49 y 54 del TFUE. Un argumento manejado es que el tributo no tiene una afección llamativa sobre sociedades no españolas, puesto que sólo el 52% de la carga

(70) LAGUNA DE PAZ (2013: pp. 317-319)

(71) VILLAR RUBIO (2015: p. 6).

(72) En este sentido RAZQUIN LIZARRAGA (2001: p. 37), GAROT (2004: p. 11), MERINO JARA (2017: p. 219) o VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA (2017: p. 193).

(73) HERRERA MOLINA (2008: pp. 195 y 196)

(74) LÓPEZ DÍAZ (2013: pp. 238 y 239).

fiscal recae sobre establecimientos comerciales cuya titularidad corresponde a una sociedad radicada en otro Estado miembro, por lo que no se estaría produciendo un efecto discriminatorio.

La reflexión jurídica de LÓPEZ PÉREZ puede completarse con una pequeña constatación fáctica. No parece que la tributación agravada a las grandes superficies comerciales haya tenido efectos sobre su expansión. Esta se ha parado —quizá sólo ralentizado— de forma natural, una vez superados el límite de lo que el mercado podía absorber, prestando rentabilidad a nuevos incrementos del volumen comercial. Esto y la reacción de los negocios implantados en la ciudad consolidada, especialmente un reparto a domicilio mucho más eficiente y flexible, y no los tributos ambientales, han marcado los límites para las grandes superficies.

#### **4. Límites a las políticas nacionales de fomento de las energías renovables: libertad de circulación de mercancías, protección de las inversiones extranjeras y arbitrajes y ayudas de Estado incompatibles con el Derecho comunitario**

La política de fomento de las energías renovables se ha considerado generalmente un instrumento de mejora ambiental, aunque más directamente vinculado con cuestiones relativas al cambio climático, que a la protección de la biodiversidad, a veces directamente amenazada por la instalación de parques eólicos. Es también una política de fomento de la innovación, en un campo en rápida evolución tecnológica. Una política no exenta de contraindicaciones, derivadas de las limitaciones técnicas todavía existentes y, sobre todo, de unos costes de producción muy superiores a los de otras tecnologías más maduras. Por ello, unas medidas de fomento muy generosas adoptadas en un momento de bonanza económica se convirtieron en difíciles de mantener cuando los tiempos cambiaron a una crisis económica profunda, por su carga desproporcionada sobre los presupuestos públicos, pero también sobre la competitividad de las empresas, especialmente las que usan la energía de forma intensiva.

La evolución en este ámbito es estudiada críticamente por María del Mar VILLAGRASA ROZAS, que adopta una perspectiva jurídica, examinando brevemente tanto la evolución producida en los sistemas de incentivo de las energías renovables admisibles desde la perspectiva del Derecho comunitario, además del conflicto surgido a raíz del cambio de rumbo de la política española al respecto, puesto que tras la creación de un sistema muy generoso de incentivos, a raíz de la crisis económica España debió reducir drásticamente el sistema de primas.

La primera cuestión es la admisibilidad del apoyo público a las energías renovables y su compatibilidad con el régimen comunitario de ayudas

de Estado. Esta problemática ha sido examinada por el Tribunal de Justicia en varios pronunciamientos, empezando por la Sentencia de 13 de marzo de 2001, caso *PreussenElektra AG contra Schlesweg AG*, asunto C-379-98. Esta sentencia, en una cuestión prejudicial planteada por la justicia alemana, determinó que un régimen que obligaba a las empresas suministradoras de electricidad a adquirir la generada en su zona de suministro *a un precio superior al del mercado*, no podía calificarse como una ayuda de Estado, porque *el sobrecoste era financiado con sus propios recursos por las distribuidoras*, sin comprometer fondos públicos. En consecuencia, declaraba lícitas ciertas restricciones a la libre circulación para el fomento de energías renovables, siempre que estuvieran *justificadas en el interés ambiental*.

La evolución del sector eléctrico y la intensa penetración de las energías renovables probablemente fueron lo que llevó a un cambio de criterio, plasmado en la Sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2013, asunto *Association Vent de Colère!* y otros, C262/12. En esta Sentencia se considera ayuda de Estado el mecanismo de compensación de sobrecostes en que incurren las empresas francesas en virtud de una obligación de compra de electricidad de origen eólico a un precio superior al del mercado, cuya financiación recae en los consumidores finales, previsto en la francesa Ley 2000-108, de 10 de febrero. Para compensar el sobrecoste se había creado la Caja de Depósitos y Consignaciones, organismo público que gestionaba las tasas obligatorias a pagar por los consumidores de electricidad, establecidas anualmente por el Gobierno. La naturaleza pública del ente lleva a concluir que los pagos tenían la consideración de ayudas de Estado.

Otro sistema de apoyo a las energías renovables, amparado en la Directiva 2009/28/CE (75), es el basado en los «certificados verdes», que el que los Estados miembros entregan a los productores de energía de fuentes renovables en su territorio estos certificados negociables y obligan a distribuidores de electricidad y determinados grandes usuarios a la entrega anual a la autoridad competente de un determinado número de tales certificados, determinado en función del volumen total de la electricidad comercializada o de su uso de electricidad, imponiéndose una sanción económica en caso de incumplimiento. En sistemas como el sueco, no existe en puridad una obligación de utilizar un porcentaje determinado de energía renovable, puesto que la compra de los certificados no tiene que hacerse conjuntamente con la compra de electricidad, existiendo un mercado sujeto a oferta y demanda, sino que el pago de operadores privados por los certificados proporciona un plus de rentabilidad a los productores por este tipo de energía. Estos «certificados verdes», negociables,

---

(75) Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE (DO L 140, p. 16).

son distintos de las «garantías de origen», también previstas en la Directiva y definidas en el art. 2, j) como «un documento electrónico cuya única función es *demostrar a un consumidor final* que una cuota o cantidad determinada de energía se ha obtenido a partir de fuentes renovables», documentos que sí tienen carácter transnacional, pero como se señala en el punto 56 de la Directiva, «[l]as garantías de origen no confieren de por sí el derecho a acogerse a sistemas de apoyo nacionales», sistemas de apoyo materializados a través de los certificados verdes.

La legislación de Suecia fue examinada en la Sentencia de 1 de julio de 2014, Ålands Vindkraft AB contra Energimyndigheten, Asunto C-573/12 (76). El Tribunal de Justicia admitió la posibilidad de limitar la entrega de certificados a los productores situados en el propio territorio nacional. Con ello se avaló a los sistemas nacionales que restringen la compra apoyada en estos certificados a los obtenidos por productores en el territorio propio o en el territorio de otros Estados con los que se haya suscrito un tratado internacional. El tribunal contencioso-administrativo sueco que conoció del recurso presentado por los productores fineses ante la negativa de las autoridades suecas a certificar su energía plantea una cuestión prejudicial, cuyo punto central es la compatibilidad del sistema con el art. 34 TFUE, de acuerdo con el cuál están «prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente». En la Sentencia se argumenta que el sistema diseñado por Suecia es acorde a lo establecido en la Directiva ya que en ésta se permite que los sistemas nacionales excluyan la electricidad verde producida en el territorio de otros Estados miembros, en aras de la eficacia. Respecto a la compatibilidad con el art. 34 TFUE, en el fundamento 75 de la Sentencia se señala que «debe declararse que una norma como la controvertida en el litigio principal puede obstaculizar las importaciones de electricidad, en particular verde, procedentes de otros Estados miembros, y *constituye, en consecuencia, una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a las importaciones, en principio incompatible con las obligaciones del Derecho de la Unión resultantes del artículo 34 TFUE, a menos que esta norma pueda estar objetivamente justificada*». La justificación tiene que venir de una de las «razones de interés general enumeradas en el artículo 36 TFUE o por exigencias imperativas». Ahora bien, como se afirma en el fundamento 77, «según reiterada jurisprudencia, *las medidas nacionales que pueden obstaculizar el comercio intracomunitario pueden estar justificadas, en particular, por exigencias imperativas relativas a la protección del medio ambiente* (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Austria, EU:C:2008:717, apartado 57 y jurisprudencia citada)».

---

(76) Vid. JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ (2014, pp. 1775-1794). Referencia a esta sentencia también en GALÁN VIOQUE (2017, pp. 84-85).

No obstante, mediante las Directrices 2014-2020, sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía (77), la Comisión ha procurado limitar progresivamente los incentivos y que las energías renovables se incorporen al mercado de la generación en igualdad con las otras tecnologías. En estas Directrices se establece una disminución de las ayudas públicas hasta su práctica desaparición y la utilización de otros instrumentos, en particular mecanismos competitivos de asignación, como los mecanismos de licitación (78). Se dejan fuera de estos mecanismos a las instalaciones que tengan una capacidad eléctrica instalada muy baja y a los proyectos de demostración. La Comisión reconoce que todavía existen tecnologías poco maduras que van a seguir requiriendo medidas de fomento, por lo que permite procedimientos de licitación específicos. Se distingue entre ayudas a la inversión y ayudas al funcionamiento, aunque estas últimas son más restrictivas. Estas ayudas no incentivan un mayor beneficio, sino que cubren sus gastos normales de operación. Se limita la autorización de estos regímenes de ayudas a un periodo máximo de diez años. Estas Directrices, aunque no sean normas vinculantes para las instituciones europeas y Estados miembros, sí autovinculan a la Comisión y establecen de forma transparente cuales son los criterios que deberá tener en cuenta para aprobar o no una ayuda en esta materia (79).

En cuanto al cambio normativo conducente a la reducción de las primas producido en España, en un contexto de crisis económica severa se sucedieron varias modificaciones normativas de las políticas de fomento de las energías renovables que afectaron en un primer momento a la generación eléctrica fotovoltaica. Ello tuvo lugar a través del Real Decreto 1003/2010, de 5 de agosto; del Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre; del Real Decreto 1614/2010, de 8 de diciembre y del Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre. Posteriormente, otras modificaciones afectaron a todas las tecnologías de producción de energía renovable mediante Real Decreto-Ley 1/2012, de 22 de enero; Ley 15/2012, de 27 de diciembre; Real Decreto-Ley 29/2012, de 1 de febrero, y Real Decreto-Ley 2/2013, de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero. Esta serie de medidas, adoptadas en cascada, con carácter retroactivo y aplicadas a instalaciones que tenían reconocida una retribución primada para toda su vida útil, afectaron

---

(77) Comunicación de la Comisión «Directrices 2014-2020, sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía» (2014/C 200/01)

(78) ESTOA PÉREZ (2015: 87-12). Sobre ayudas de Estado y energías renovables, ALONSO MAS (2017b: 97-157).

(79) PÉREZ RIVARÉS (2011: 16) que califica las Directrices de *soft law*. ALONSO MAS (2017b: 137) que el papel de las Directrices relativas al otorgamiento de ayudas públicas es establecer pautas que orienten la actuación de la Comisión, sin perjuicio de que en algún caso pueda haber un apartamiento motivado de los criterios generales. GALÁN VIOQUE (2017: 86-87) habla de «un contenido cuasi-normativo».

gravemente a los beneficios esperados. Las nuevas normas carecen de disposiciones transitorias o mecanismos compensatorios para un cambio paulatino, afectando a los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en un mercado altamente regulado, como es el sector eléctrico. Podría plantearse si en una situación de emergencia nacional deberían haberse mantenido incólumes los beneficios —claramente sobredimensionados— de unas empresas, muchas veces más financieras que tecnológicas, mientras se imponían sacrificios a sectores sociales mucho más vulnerables. No obstante, es una perspectiva exclusivamente jurídica la que adopta VILLAGRASA en su análisis.

Las reclamaciones de los inversores no han sido acogidas por la Jurisdicción contencioso-administrativa española (80), pero algunos inversores extranjeros han llevado la cuestión a arbitraje internacional. Sin embargo, los laudos arbitrales dictados en aplicación de mecanismos de protección de las inversiones extranjeras, algunos favorables a España, otros claramente contrarios, han encontrado un límite en el Derecho comunitario. Esta es la posición adoptada por la Comisión Europea en la Decisión C(2017) 7384 final, de 10 de noviembre, sobre las ayudas estatales de apoyo a la generación de electricidad a partir de fuentes renovables, cogeneración y residuos, que tiene su origen en el procedimiento preliminar de examen de ayuda de Estado que planteó España. En este procedimiento se examinó, en el marco de las reglas europeas de ayudas de Estado, tanto el sistema retributivo de las energías renovables en España instaurado desde la aprobación del Real Decreto-Ley 9/2013 y la Ley 24/2013, como el anterior basado en primas. La resolución es favorable, ratificando la legalidad del sistema español de apoyo a las energías renovables por no existir sobre-retribución e incorporando los sistemas anteriores, que son validados. En esta decisión se hace referencia a los arbitrajes internacionales suscitados por diversos inversores contra España, especialmente al caso *Eiser*. Al respecto se señala la inaplicabilidad de los laudos internacionales, cuando su origen sean reclamaciones de inversores domiciliados en otros Estados miembros de la Unión Europea, siendo contraria al Derecho de la Unión cualquier disposición que reconozca este tipo de arbitrajes, por ser incompatible con las libertades de establecimiento, de prestación de servicios y de circulación de capitales. Téngase en cuenta que una mayoría de los inversores están domiciliados en Estados miembros de la Unión Europea, puesto que incluso fondos procedentes de terceros países han vehiculado su inversión a través de filiales con domicilio en la Unión Europea. La efectividad de los laudos pondría en peligro los principios generales de

---

(80) Entre otras, en la Sentencia núm. 1259/2016, de 1 de junio de 2016, dictada por la Sección tercera de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en el recurso ordinario núm. 650/2014, ponente José María del Riego Valledor. No obstante, a esta sentencia se formularon dos votos particulares.

primacía, unidad y eficacia del Derecho de la Unión Europea, confianza mutua y seguridad jurídica. Asimismo establece que cualquier compensación que se le otorgara a un inversor derivada de las reclamaciones de responsabilidad concedidas por un laudo *se consideraría ayuda de Estado ilegal, puesto que los tribunales arbitrales no son competentes para autorizar la concesión de una ayuda estatal*. Por tanto, no existe ninguna violación del trato justo y equitativo, ya que ningún inversor puede tener una expectativa legítima derivada de una ayuda estatal ilegal. Haciendo especial referencia al caso *Eiser*, afirma que si España pagara a estos inversores la cantidad a la que ha sido condenada, esta compensación constituiría una ayuda estatal de declaración obligatoria.

La posición de la Comisión ha encontrado apoyo en el Tribunal de Justicia, aunque la sentencia no se refiriese al caso de España. La Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de marzo de 2018 (asunto C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158), resuelve una cuestión prejudicial formulada en el marco de un litigio entre la *República eslovaca* y *Achmea B.V.* en relación a un laudo del tribunal arbitral previsto en el Tratado para el Fomento y la Protección Recíprocos entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca. Este tratado había sido firmado en 1991, estableciendo un sistema de arbitraje internacional en caso de disputa, por tanto antes de que la República eslovaca entrase a formar parte de la Unión Europea en 2004. El tribunal arbitral condenó a la República eslovaca a pagar a *Achmea* una indemnización de 22,1 millones de euros. Era competente para conocer de los recursos contra el laudo la jurisdicción alemana, cuyo Tribunal Supremo planteó una cuestión prejudicial sobre si este tipo de conflictos debe dirimirse o no por un tribunal arbitral o los inversores deberían acudir a los órganos judiciales de la Unión Europea.

El abogado general en sus conclusiones defendió la compatibilidad del arbitraje internacional de inversiones con el Derecho de la Unión Europea: en su opinión, la cláusula de arbitraje incluida en el acuerdo celebrado entre los Países Bajos y Eslovaquia no implicaría una discriminación basada en la nacionalidad, es compatible con el procedimiento de remisión prejudicial y no menoscabaría ni el orden de competencias fijado por los Tratados ni la autonomía del sistema jurídico de la Unión (81). Pese a ello, el Tribunal de Justicia sí ha considerado incompatible con el Derecho de la Unión este tipo de arbitrajes cuando el inversor reclamante esté domiciliado en un Estado miembro. Un arbitraje como el examinado es contrario al principio de efectividad del Derecho de la Unión:

---

(81) Conclusiones del abogado general M. Wathelet, de 19 de septiembre de 2017, *Achmea*, asunto C-284/16.

«56. En consecuencia, habida cuenta del conjunto de características del tribunal arbitral establecidas en el artículo 8 del TBI y recordadas en los apartados 39 a 55 de la presente sentencia, procede considerar que, mediante la celebración del TBI, los Estados miembros parte de éste han establecido un mecanismo de resolución de litigios entre un inversor y un Estado miembro que puede impedir que dichos litigios sean dirimidos, a pesar de que pudieran referirse a la interpretación o aplicación del Derecho de la Unión, de modo que se garantice la plena eficacia de ese Derecho».

En raras ocasiones el Derecho europeo refuerza la autonomía nacional, pero esta es claramente una de ellas, circunscribiendo la responsabilidad de los Estados miembros frente a inversores domiciliados en otros Estados miembros a los límites del Derecho comunitario y al control de la jurisdicción ordinaria.

## VI. ORIENTACIONES NO COMPULSIVAS: NUDGES AMBIENTALES

Los métodos no compulsivos de orientación de conductas ofrecen un campo para la acción pública de mejora ambiental que es analizado por Elisa MOREU. El análisis conductual del Derecho, del que es producto la idea del *nudge*, aporta pautas para mejorar la calidad y eficacia de las normas (*better regulation*) y para simplificar los procedimientos, pero no es una categoría homogénea, sino diversas herramientas con las que se busca orientar la conducta de los ciudadanos objetivos de interés general (82). La doctrina norteamericana, en la que está el origen de la categoría, considera los *nudges* útiles para promover la energía verde, reducir emisiones contaminantes y, en general, mejorar el medio ambiente (83).

Lo cierto es que hace más de veinticinco años que la doctrina alemana advirtió que en este ámbito cobraban fuerza los intentos de orientar la actuación de los particulares mediante «recomendaciones, advertencias y llamamientos», calificados como actuación administrativa informal (84), en la que encaja parcialmente el *nudge*. Esto supone asumir que las decisiones del ciudadano en cuestiones ambientales no son racionales, sino intuitivas, adolecen de sesgos cognitivos y pueden ser moduladas mediante las técnicas adecuadas.

En la Unión Europea el enfoque tradicional ha sido gravar los comportamientos perjudiciales para el medio ambiente, complementado por mecanismos de mercado, como el mercado de derechos de emisión de CO<sub>2</sub>. En Europa, a diferencia de EE.UU., no hay tantos reparos para impulsar políticas ambientales coactivas, que son toleradas por los ciudadanos, por lo que no son pre-

---

(82) VELASCO (2018).

(83) SUNSTEIN (2014); HEDLIN y SUNSTEIN (2016, p. 140).

(84) SHULTE (1993, p. 113)



cisas medidas tipo *nudge* como «formas políticamente más aceptables» (85). Sin embargo, el Comité Económico y Social Europeo (CESE) ha aprobado un dictamen con propuestas para usar esta herramienta conductual con el título «Integrar los nudges en las políticas europeas» (2017/C 075/05), en el que se resume en cinco páginas el estado de la cuestión, con propuestas generales de integración del análisis conductual en las políticas públicas, entre ellas las ambientales. Al respecto, propone elaborar a escala europea un código de buenas prácticas, suscitando el acuerdo de las partes interesadas —como autoridades, ciudadanos, empresas o asociaciones— que pueda ser desarrollado por los Estados miembros. Código que «podría publicarse» y ser también resumido en «una guía». Aunque favorable, en el dictamen del CESE habla también de un «*impacto negativo*» del uso de *nudges* y la necesidad de garantizar su uso ético.

Si el objetivo es una protección ambiental menos costosa, los *nudges* normativos de opción por defecto constituyen una herramienta útil a añadir a mandatos, prohibiciones e incentivos económicos (86). El cobro de un precio simbólico al consumidor por cada bolsa de plástico podría calificarse de *nudge* normativo de opción por defecto, ya que la norma impulsa al consumidor a no utilizar bolsas de plástico ligeras en la compra, pero mantiene su opción de que se las entreguen, aunque le vaya a costar dinero. Hasta el año 2021, no se prohibirá la entrega de bolsas de plástico en los comercios, dejando hasta entonces capacidad de decisión al consumidor: en vez de una prohibición, se ha optado transitoriamente por el impulso. Pueden ponerse otros ejemplos: listas de empresas contaminantes, publicación de sanciones, contadores inteligentes y facturas energéticas y de consumo de agua más fácilmente entendibles (87).

## VII. ¿SUPERVISIÓN BANCARIA «VERDE»?

La relevancia para el medio ambiente de los intermediarios financieros no radica en la incidencia directa de sus actividades sobre el medio, pues el volumen de emisiones y consumo de recursos naturales que generan las actividades financieras son bajos, sino que es indirecto, a través de las actividades económicas que desarrollan los receptores de los fondos intermediados. En este sentido, en diversos estudios centrados en los vínculos entre sistema financiero y protección ambiental se ha resaltado la necesidad de incorporar criterios ambientales a la hora de escoger entre alternativas de negocio (88).

---

(85) SUNSTEIN y THALER (2009, p. 218)

(86) SUNSTEIN (2016, p. 161)

(87) Diversos ejemplos en SUNSTEIN (2018).

(88) BLACCONIERE y PATTEN (1993: p. 112-125); HAMILTON (1995: p. 28-37); JEUCKEN (2001); GREGORIOU y RAMIAH (2015); REXHEPI (2016: p. 35-49) o CHAMOCHÍN (2017).

Quizá no tan curiosamente, los ejemplos más relevantes de regulación orientada a un sector financiero y una banca sostenibles corresponden a Estados que no están entre los más desarrollados. Aunque los países desarrollados fueron los primeros en plantear este tipo de cuestiones, sus actuaciones se han centrado en la aplicación de principios y mecanismos no obligatorios (89), mientras que otros Estados han introducido medidas ambientales de mayor calado, probablemente movidos por una mayor dependencia directa de los recursos naturales (90).

En este campo es muy relevante la Red de Banca Sostenible o SBN (por las siglas de «Sustainable Banking Network»), que es una plataforma auspiciada por la Corporación Financiera Internacional (IFC) del Banco Mundial, creada en 2012 e integrada por agencias reguladoras y asociaciones bancarias de treinta y un mercados emergentes. El principal objetivo de la Red de Banca Sostenible es el impulso de unas finanzas y el otorgamiento de préstamos con criterios de sostenibilidad, integrando los elementos medioambientales y sociales, mediante la puesta en común de iniciativas y la asistencia mutua.

*De lege ferenda*, puede plantearse la introducción en las normas prudenciales de limitaciones a la exposición de las entidades de crédito en actividades que se clasifiquen como ambientalmente no sostenibles, o bien imponer requisitos prudenciales específicos, en términos de capital regulatorio, según sea la estructura y composición de los balances mantenidos por dichas entidades de crédito, lo que desincentivaría la realización de préstamos a operadores que realicen determinadas actividades, que sólo serían rentables para la banca si con ellos se obtuviera una retribución mayor por esas operaciones.

En cualquier caso, debe realizarse un análisis riguroso y sensato de la conveniencia y concreción de las herramientas a emplear. En primer lugar, la finalidad de movilizar financiación a favor de actividades ambientalmente sostenibles —y de desincentivarla hacia otras— debe cohonestarse con la de evitar un incremento cualitativo en la complejidad de la regulación, que genere problemas de seguridad jurídica. En segundo lugar, debe respetarse el enfoque técnico en la valoración del riesgo, que es el elemento clave de toda la arquitectura de control de las entidades de crédito, asegurando que las medidas que se vayan a adoptar se basen en la constatación de la existencia de diferentes niveles de riesgo entre las actividades económicas sostenibles y no sostenibles. En otro caso, se estaría poniendo en riesgo la finalidad principal de la regulación bancaria y de la supervisión prudencial de las entidades de crédito.

---

(89) BISWAS (2011: p. 8).

(90) Sobre ejemplos aplicativos concretos de políticas financieras y bancarias ambientales en Estados en desarrollo se recomienda la lectura del documento SUSTAINABLE BANKING NETWORK (2017).

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente (2000): «La protección del medio ambiente mediante técnicas de la normalización industrial y de la certificación», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 105, pp. 59-77.
- AMENÓS ÁLAMO, Joan (2015): *El mito legal de la ciudad compacta*, Barcelona, Servei de Publicacions de la Universitat Autònoma de Barcelona, 168 p.
- BAENA AGUILAR, Ángel (2002): «Los impuestos como categoría tributaria de protección ambiental», en YÁBAR STERLING (dir.), *La protección fiscal del medio ambiente. Aspectos económicos y jurídicos*, Madrid, Marcial Pons, pp. 185-226.
- BAÑO LEÓN, José María (2014): «Declaración responsable y derechos de terceros. El lado oscuro de la llamada "better regulation"», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 167, 2014, pp. 23-44
- BISWAS, Nigamananda (2011): «Sustainable Green Banking Approach: The Need of the Hour» en *Business Spectrum*, núm. 1, pp. 32-38.
- BLACCONIERE, Walter y PATTEN, Dennis (1993): «Environment Disclosure, regulatory costs and changes in firm values», en *Journal of Accounting and Economics*, Vol. 18, Issue 3, pp. 112-125.
- CANALS I AMETLLER, Dolors (2010): «Simplificación administrativa y Directiva de Servicios: : Objetivos, medios e incidencias», Monografías de esta REVISTA, núm. XII, *El impacto de la directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho Administrativo*, pp. 297-335.
- CHAMOCHÍN, Miguel (2017): «El nexo entre finanzas, sostenibilidad y energía», en *Documento Marco del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, núm. 7/2017 (accesible desde: [http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_marco/2017/DIEEEM07-2017\\_Finanzas\\_Energia\\_M.Chamochin.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_marco/2017/DIEEEM07-2017_Finanzas_Energia_M.Chamochin.pdf)).
- CONDE ANTEQUERA, Jesús (2014): «La compensación de los impactos ambientales mediante adquisición de créditos de conservación: ¿una nueva fórmula de prevención o un mecanismo de flexibilización del régimen de evaluación ambiental?», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, vol. I, pp. 979-1005.
- CUYÁS PALAZÓN, Mercedes (2016): «Los bancos de compensación ambiental o *mitigation banking* en el ordenamiento estadounidense ¿un modelo a importar?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 179, pp. 335-368.
- DURÁ ALEMAÑ, Carlos Javier (2015): *La custodia del territorio*, Fundación Banco Santander, colección Cuadernos de Sostenibilidad y Patrimonio Natural, núm. 23.

- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel (2017): «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», en *D.A Nueva Época*, núm 4, pp. 92-113.
- GAMERO CASADO, Eduardo (2013): «La simplificación del procedimiento administrativo: "better regulation", "better administration"», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 160, 2013, pp. 79-126
- GARCÍA-ÁLVAREZ, Gerardo (2014): «La Unión Europea como «Estado regulador» y las Administraciones independientes», *Revista de Administración Pública*, núm. 194, pp. 79-111.
- GARCÍA URETA, Agustín (2015): «Protección de la biodiversidad, mercados, compensación por daños y bancos de conservación», *Revista de Administración Pública*, núm. 198, pp. 297-330.
- GAROT, Marie-José (2004): «El impuesto sobre las grandes superficies desde una perspectiva del derecho comunitario», en *IE Working Paper Derecho*, WPED04-07, 14 pp.
- GIMENO FELIÚ, José María (2016): «El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: principales novedades (La orientación estratégica de la contratación pública)» en Sonia RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ (coord.), *Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición*, pp. 15-127
- GREGORIOU, Greg N. y RAMIAH, Vikash (2015): *Handbook of environmental and sustainable finance*, Amsterdam, Elsevier.
- GUERRERO MANSO, Carmen de (2016): «Claves para una adecuada implantación de los bancos de conservación de la biodiversidad en España», en G. GARCÍA-ÁLVAREZ (ed.), *Instrumentos territoriales y protección de la biodiversidad: una perspectiva jurídica*, Monografías de esta REVISTA, núm. XVI, pp. 85-114.
- HAMILTON, James (1995). «Pollution as News: Media and Stock markets Reactions to the toxics release inventory data», en *Journal of Environmental Economics and management*, Vol. 28, Issue. 1, pp. 28-37.
- HEDLIN, Simon y SUNSTEIN, Cass R. (2016): «Does active choosing promote green energy use? Experimental evidence», *Ecology Law Quarterly*, vol. 43, Issue 1, pp. 107-142.
- HERRERA MOLINA, Pedro Manuel (2008): «El principio quien contamina paga», en BECKER ZUAZUA *et al.* (coords.), *Tratado de Tributación Medioambiental. Volumen I*, Cizur Menor, IBERDROLA-THOMSON-ARAZADI, pp. 187-212.
- IBARRA SARLAT, Rosalía (2012): *El Mecanismo de Desarrollo Limpio. Estudio crítico de su régimen jurídico a la luz del imperativo de sostenibilidad*, monografía asociada a la *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* núm. 20, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 482 pp.

- JEUCKEN, Marcel (2001): *Sustainable Finance and Banking, The finance Sector and The Future of the Planet*, London, Earthscan.
- JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio (2014): «Energías renovables y Tribunal europeo: la sentencia de la gran sala de 1 de julio de 2014, Ålands Vindkraft», *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 99-100, pp. 1775-1794.
- KIEKENS, Jean Pierre (1995): «La certificación de la madera: una posición crítica», *Revista Unasyva* núm. 183.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2013): «La protección ambiental no debe distorsionar la competencia», en SANZ LARRUGA *et al.* (dirs.), *Libre mercado y protección ambiental. Intervención y orientación ambiental de las actividades económicas*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 317-333.
- LETURIONDO ARANZAMENDI, Arantza; ESCALA URDAPILLETA, Juan Ignacio; OLARREAGA TELLECHEA, Francisco; CAÑADAS, Alba (2014): «Hacia una Administración Pública moderna. Experiencia de la Administración ambiental vasca», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 1.
- LÓPEZ DÍAZ, Antonio (2013): «Tributación medioambiental en España a nivel subcentral: CCAA y CCLL», en *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 22, núm. Extra, pp. 225-244.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2016): «Conectividad y corredores ecológicos en la experiencia española», en GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo (coord.), *Instrumentos territoriales y protección de la biodiversidad*, Monografías de esta REVISTA, núm. XVI, pp. 35-61,
- LOZANO CUTANDA, Blanca (2010): *Derecho Ambiental Administrativo*, 11a ed., Madrid, La Ley, 844 pp.
- MARCILLA GARCÍA, María (2012): «La certificación forestal», *Revista Foresta* núm. 55, pp. 148-151
- MEILÁN GIL, José Luis (2015): «Un meeting point de los ordenamientos jurídicos sobre contratación pública», en *Revista de Administración Pública*, núm. 198, pp. 181-221
- MERINO JARA, Isaac (2017): «Los impuestos autonómicos sobre grandes establecimientos comerciales desde la perspectiva de las libertades de la Unión Europea y del régimen de ayudas de Estado», en SANZ GÓMEZ (coord.), *Tributos propios de las Comunidades Autónomas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 207-232.
- MOLINA GIMÉNEZ, Andrés (2013): «Mercados ambientales aplicados a la calidad del agua. Transmisión de cuotas de contaminación entre vertidos directos y difusos en el Derecho americano», *Revista de Administración Pública*, núm. 191, pp. 481-510.

- OZINGA, Saskia (2004). «Ha llegado el momento de determinar los efectos de la certificación en la ordenación forestal sostenible», *Revista Unasyva*, núm. 219, vol. 55, pp. 33-38.
- PERNAS GARCÍA, Juan José (2011): *Contratación pública verde*, Madrid, La Ley, 316 pp.
- PRIETO ÁLVAREZ, Tomás (2005). «La política forestal y la Unión Europea», en Luis Calvo Sánchez (coord.). *Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes. Estudios de Derecho Forestal estatal y autonómico*, Ed. Thomson/Cívitas. Cizur Menor, pp. 93-139.
- RAZQUIN LIZARRAGA, Martín M<sup>o</sup>. (2001): «La regulación de los grandes establecimientos comerciales: últimas novedades, en especial, en Navarra», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 32, pp. 9-37.
- REXHEPI, Gadaf (2016): «The Architecture of Social Finance», en Othmar M. LEHNER (Dir.), *Routledge Handbook of Social and Sustainable Finance*, London, Routledge, pp. 35-49.
- SANZ RUBIALES, Íñigo (2014): «¿Mercados para la protección del medio ambiente?», en *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, vol. 11, núm. 21, janeiro/junho de 2014, pp. 11-30.
- (2018): «La protección del ambiente en la nueva ley de contratos: del estado meramente “comprador” al Estado “ordenador”» en *Revista de Administración Pública*, núm 205, pp. 49-80.
- SESMA SÁNCHEZ, Begoña y CORDERO GONZÁLEZ, Eva María (2005): «El impuesto sobre grandes establecimientos comerciales del Principado de Asturias», en *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 29, pp. 13-60.
- SHULTE, Martin (1993): «Actuación administrativa informal como instrumento de protección estatal del medio ambiente y de la salud», *Documentación Administrativa* n<sup>o</sup> 235-236, pp. 113-133.
- SUNSTEIN, Cass R. (2014): «Automatically Green: Behavioral Economics and Environmental Protection», *Harvard Environmental Law Review*, Vol. 38, No. 1.
- (2016): *The ethics of influence. Government in the age of behavioral science*, Cambridge University Press, 224 págs.
- (2018): «Changing climate change, 2009-2016», *Harvard Environmental Law Review* vol. 42, pp. 231-285.
- SUNSTEIN, CASS R. y THALER, Richard H. (2009): *Un pequeño empujón. El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*, Taurus.
- VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, Antonio (2017): «Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales: de un pasado inconstitucional a ¿un futuro contrario al Derecho de la UE?», en *Nueva Fiscalidad*, núm. 2, pp. 185-194.

- VELASCO CABALLERO, Francisco (2018): «*Nudges* y Derecho administrativo», en <https://franciscovelascoballeroblog.wordpress.com>.
- VILLAR RUBIO, Elena (2015): «La reforma fiscal verde: un análisis de convergencia a nivel europeo», en *Estudios de Progreso. Fundación Alternativas*, núm. 82/2015, 51 pp.
- VIZCAÍNO LÓPEZ, ALBERTO (2016), «Parecidos y diferencias entre ISO 14001:2015 y EMAS III», en Comunidad ISM, entrada de 19 de septiembre de 2016. Disponible en <http://www.comunidadism.es/blogs/parecidos-y-diferencias-entre-iso-14-0012015-y-emas-iii>.
- WALKER, S. y SELMAN, M. (2014): *Addressing risk and uncertainty in water quality trading markets*, WRI Issue Brief, disponible en [http://wriorg.s3.amazonaws.com/s3fs-public/wri\\_issuebrief\\_uncertainty\\_3-9\\_final.pdf](http://wriorg.s3.amazonaws.com/s3fs-public/wri_issuebrief_uncertainty_3-9_final.pdf).





# LA TRAYECTORIA ESPAÑOLA DE LOS BANCOS DE CONSERVACIÓN

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN

*SUMARIO: I. UN TENUE APOYO EUROPEO.- II. UNA POLÉMICA REGULACIÓN LEGAL.- III. UNA CRÍTICA RECEPCIÓN DOCTRINAL.- IV. UN FRACASADO DESARROLLO REGLAMENTARIO.- V. LA APUESTA POR UN RENOVADO RÉGIMEN LEGAL.- VI. BIBLIOGRAFÍA.*

*RESUMEN:* Exposición del conjunto de elementos que han condicionado el proceso de institucionalización de los bancos de conservación en la experiencia española. Primero, se expone el relativo fundamento que pueden encontrar en las Directivas de Hábitats y de Responsabilidad Medioambiental. Segundo, se ponen de relieve las discrepancias políticas generadas por su regulación legal. Tercero, se informa de las críticas doctrinales determinadas por las carencias de ese mismo régimen. Y cuarto, se da cuenta del fracaso del proyecto de desarrollo reglamentario de la institución debido a la oposición del movimiento ecologista. En esa situación de mezcla de desconfianza y anhelo que conduce a la parálisis de la institución, la reflexión sobre los datos anteriores nos lleva a postular el establecimiento ex novo de un completo régimen legal de la materia.

*Palabras clave:* bancos de conservación; régimen jurídico; evolución; créditos de compensación de la biodiversidad.

*ABSTRACT:* Presentation of the principal determinants of the process of institutionalization of habitat banks in Spain. Firstly, the relative legal basis that can be found in the Habitats and the Environmental Liability Directives. Secondly, the political differences generated by the regulation of habitat banks. Thirdly, the doctrinal criticism raised by the shortcomings of such regime. And finally, the failure of the project of regulation of the institution due to the opposition of the environmental movement. In such situation of distrust and longing that brings paralysis to the institution, a reflection on the basis of the aforementioned elements leads us to defend the ex-novo establishment of a complete legal regime of the matter.

*Key words:* habitat banking; legal regime; evolution; biodiversity offsets.

## I. UN TENUE APOYO EUROPEO

Los bancos de conservación de la naturaleza (o de biodiversidad o de hábitats o de mitigación o verdes) son instrumentos que, al margen de los hábitats y las especies ya protegidos, buscan compensar las pérdidas de biodiversidad producidas en un lugar mediante la adquisición de los créditos derivados del incremento de la conservación en otro sitio. Hacen entrar en juego a variados actores: el promotor del banco, el titular del terreno, la entidad de acreditación, el adquirente del crédito y la Administración.

Una figura interesante que, sin embargo, no ha entrado con buen pie en la reciente experiencia española. Procedentes de Estados Unidos y empleados en otros países, nos han llegado como una de las modalidades de compensar los daños ambientales a través de las Directivas de Hábitats (92/43/CEE) y de Responsabilidad Medioambiental (2004/35/CE).

En realidad, en ninguna de las dos normas citadas se mencionan explícitamente los bancos de conservación: en la Directiva de Hábitats, de lo que se habla es de «medidas compensatorias» en general, que se prevén cuando un proyecto, pese a su evaluación ambiental negativa, deba realizarse en una zona protegida «por razones imperiosas de interés público de primer orden» (art. 6.4); y en la Directiva de Responsabilidad Medioambiental, lo que se cita es la «reparación compensatoria», que se refiere a las acciones adoptadas con carácter provisional ante el daño ambiental, hasta tanto surten efectos las medidas reparadoras primarias y complementarias de restitución de la biodiversidad [anexo II.1.c)]. Por tanto, los bancos de conservación serían solo una modalidad de las medidas compensatorias para determinados supuestos de hábitats deteriorados o de daños ambientales (1).

En documentos oficiales de la Comisión Europea, la mención más específica de estos bancos la encontramos en el *Libro verde sobre la utilización de instrumentos de mercado en la política de medio ambiente* (2007: apartado 4.3), que se refirió al régimen de los humedales en Estados Unidos (donde se emplean *habitat banking*) como ejemplo cuya aplicación en la Unión Europea había de estudiarse. Así, será finalmente en los informes encargados a las correspondientes consultoras por la Dirección General de Medio Ambiente

---

(1) Desde el inicio de nuestra exposición, importa resaltar las abundantes cautelas con las que ha de concebirse la eventual aplicación de estos mecanismos. Particularmente debido al empleo de conceptos legales que, en el Derecho de la Unión, restringen el alcance, por ejemplo, de los hábitats afectados o de los daños ambientales concernidos. Esto es, aunque resulte obvio decirlo, a efectos de las Directivas de Hábitats y de Responsabilidad Medioambiental, únicamente serán relevantes los hábitats o los daños que se correspondan con los complejos juegos conceptuales de definiciones y excepciones establecidos en las propias Directivas.

donde encontramos ya analizado con detalle el posible uso de los bancos para la protección de los hábitats.

En el informe de EFTEC & IEEP (2010) (2), tras la exposición del marco político general de conservación de la biodiversidad y del empleo a tal fin de los instrumentos de mercado, encontramos un pormenorizado análisis de los bancos de conservación. La perspectiva adoptada era la de compensar o mitigar los impactos negativos sobre el medio ambiente de los proyectos de infraestructuras, al entender que estos son los causantes de las más significativas pérdidas de biodiversidad. Se referían los conceptos implicados en la institución y sus potenciales beneficios y riesgos. El cuadro normativo aplicable se ceñía a las Directivas de Hábitats y de Responsabilidad Medioambiental, planteando la posibilidad de introducir en ellas algunas modificaciones o complementos a fin de facilitar el empleo de los bancos de hábitats. También se presentaba la experiencia proporcionada por los ejemplos de uso de la institución en diversos países europeos (Alemania, Francia, Suecia) y otros (Australia, Brasil, Sudáfrica y Estados Unidos), así como la comparación con el mercado de gases de efecto invernadero. El informe incluía asimismo un estudio de la posible demanda de créditos de compensación en el ámbito europeo y de la formación de los correspondientes precios. Todo ello llevaba a identificar algunas claves para el diseño de los bancos de conservación: necesidades de intervención administrativa, características de los sitios afectados, dinámica de los intercambios, medidas financieras, evaluación y otras.

El informe de ICF GHK & BIO IS (2013) (3) se dedicaba al análisis crítico del mercado potencial de los bancos de hábitat en la Unión Europea, así como al diseño de los elementos apropiados a tal fin. El punto de partida se situaba en la necesidad de garantizar la *no pérdida neta* de biodiversidad, colocando las medidas de compensación en el último lugar de la *jerarquía de la mitigación* (4). Los datos accesibles configuraban una escasa disponibilidad

---

(2) EFTEC & IEEP (2010), *The use of market-based instruments for biodiversity protection. The case of habitat banking*, informe para DG Medio Ambiente, Comisión Europea. Los principales autores del trabajo fueron I. Dickie, de la *Economics for the Environment Consultancy* (EFTEC) y G. Tucker, del *Institute for European Environmental Policy* (IEEP), que contaron con la colaboración de técnicos y expertos de otras consultoras y entidades. El informe iba acompañado de un apéndice sobre estudios de casos; sin embargo, dicho apéndice no parece encontrarse accesible en la red.

(3) ICF GHK & BIO IS (2013), *Exploring potential demand for and supply of habitat banking in the EU and appropriate design elements for a habitat banking scheme*, informe para DG Medio Ambiente, Comisión Europea. Los principales autores del trabajo fueron M. Conway y A. White, de ICF GHK (consultora de ICF International), y S. Berman, de *Bio Intelligence Service* (BIO IS), que contaron con la colaboración de otros técnicos de BIO IS.

(4) Se traduce como *no pérdida neta* el objetivo NNL (*no net loss.*), con el que se pretende asegurar, en los planes, programas y proyectos de desarrollo, el equilibrio entre

de la gran mayoría de los ordenamientos estatales de la UE para asegurar tales objetivos, especialmente fuera de la red Natura 2000, pues se consideraba que en ésta no era apropiado fomentar un mercado de compensaciones ambientales. Se advertía, así, de la existencia de diversas restricciones técnicas, ecológicas, geográficas y económicas que podían hacer inapropiado el empleo de las compensaciones y, por tanto, de los bancos de hábitat (5). Todo ello llevaba a postular el establecimiento de un cuadro normativo detallado que permitiera crear la adecuada demanda en el mercado de compensaciones, mediante la definición de los papeles y las responsabilidades correspondientes a los diversos actores, y la previsión de sólidos instrumentos de gestión y supervisión (6). Finalmente, la constatación de importantes lagunas en el conocimiento y la información disponibles imponían la necesidad de continuar las investigaciones en la materia al objeto de mejorar el cuadro de intervención, tanto dentro como fuera de la red Natura 2000, desarrollar conceptos comunes que faciliten la comprensión y aplicación del sistema, ampliar y referenciar territorialmente el estado de la biodiversidad en toda la UE y, en

---

las ganancias y las pérdidas de biodiversidad, procurando que se produzca una *ganancia neta* de biodiversidad, e incluyendo en el concepto de ganancia los servicios prestados por los recursos y sistemas naturales, como la utilización de un bosque con fines educativos o recreativos. Además, la aplicación de los instrumentos de compensación requiere el respeto del criterio de *jerarquía de la mitigación*, conforme al cual ha de observarse el siguiente orden: primero, la *evitación* del impacto derivada de la no realización de la actuación (*alternativa cero*) o de la adopción de un planteamiento diferente; segundo, su *minimización*, mitigación, reducción o restauración mediante la adopción de medidas en el mismo sitio; y sólo en tercer y último término, la *compensación* de los impactos residuales que no haya sido posible evitar o minimizar.

(5) En las conclusiones de ICF GHK & BIO IS (2013: pp. 121-122), se consideraba que si los componentes de la biodiversidad afectados son particularmente vulnerables o irremplazables, debe plantearse la continuidad del proyecto o plan que les afecta, admitiéndose las medidas compensatorias únicamente dentro del estricto respeto al objetivo de *no pérdida neta* de biodiversidad, lo que requiere que tales medidas sean del tipo *igual por igual* (*like for like*). En consecuencia, el mejor ámbito de aplicación del mercado de compensaciones se da cuando los componentes de la biodiversidad afectados no sean particularmente vulnerables ni irremplazables. En cuanto a los costes de implantación de sistemas de compensación de biodiversidad y bancos de hábitat, en el informe se cifraban los correspondientes a la gestión territorial, la financiación de las labores y la adquisición de terrenos entre 30.000 y 100.000 euros/hectárea, aunque las experiencias comparadas mostraban costes superiores en determinadas circunstancias.

(6) Para la enumeración de las características de un sistema de bancos de conservación se empleaba la sistematización de N. CARROLL, J. FOX & R. BAYON (2008), *Conservation and biodiversity banking: a guide to setting up and running biodiversity credit trading systems*, London, Earthscan: definición del producto y sus ventajas; régimen de reconocimiento de las compensaciones y autorización del comercio de créditos; plan de gestión que incluya la restauración, el mantenimiento y el tratamiento ecológico del territorio afectado; fondo de dotación suficiente y perpetuo; selección estratégica de los sitios.

definitiva, poder así comprender las dificultades que limitan el empleo de las compensaciones y los bancos de hábitat.

A la vista de los datos anteriores, no puede considerarse que exista ningún compromiso ni obligación en el Derecho de la Unión Europea con respecto a estos mecanismos. Según hemos comprobado, las referencias que se contienen en las Directivas de Hábitats y de Responsabilidad Medioambiental son implícitas y de alcance limitado. Las dudas planteadas en los estudios encargados por la Comisión son de envergadura, pues afectan a la viabilidad técnica, política y jurídica de la institución. Todo ello hace que vayan en aumento las posiciones críticas ante unos instrumentos que cabría valorar como expresivos de la búsqueda de fórmulas ágiles de gestión territorial, propias de los movimientos neoconservadores (7).

## II. UNA POLÉMICA REGULACIÓN LEGAL

Como era lógico, la polémica internacional sobre la figura se reflejó en el debate político español. No obstante, las carencias del régimen legal diseñado contribuyeron a potenciar las naturales discrepancias partidistas.

Inicialmente, bajo un ejecutivo socialista se planteó la necesidad de regular los bancos de conservación. En el *Plan Estratégico del Patrimonio Natural* aprobado en 2011 al final del segundo Gobierno de J. L. Rodríguez Zapatero, se reclamaba su puesta en marcha por considerarlos «una vía innovadora y flexible para evitar la pérdida neta de biodiversidad», aunque limitando su aplicación a las medidas compensatorias de responsabilidad medioambiental, con exclusión de su empleo en el ámbito de la red Natura 2000 (8).

---

(7) Véase, por ejemplo, el incisivo tratamiento de E. APOSTOLOPOULOU & W.M. ADAMS (2015): «Biodiversity offsetting and conservation: reframing nature to save it», *Oryx. The Journal of Conservation* (University of Cambridge), núm. 51-1, pp. 23-31, quienes consideran que la presentación de las compensaciones de biodiversidad como una aséptica cuestión técnica oculta al menos los siguientes grandes problemas: a) el aislamiento de la naturaleza en unidades de biodiversidad fácilmente definidas, medidas e intercambiables en el espacio y en el tiempo; b) la marginación de los caracteres propios del sitio afectado, en especial en sus relaciones con el entorno social y cultural; c) la apreciación de que los valores naturales pueden ser comprometidos por el pago de un precio; y d) la vinculación de la conservación a las ideas del desarrollo territorial y el crecimiento económico. En un sentido también crítico, véase C. CALVET, C. NAPOLÉONE & J.M. SALLES (2015), «The biodiversity offsetting dilemma: between economic rationales and ecological dynamics», *Sustainability*, vol. 7-6, pp. 7357-7378, donde se ponen de relieve las limitaciones prácticas, económicas y organizativas que plantean los sistemas de compensación en relación con el objetivo de *no pérdida neta* de biodiversidad.

(8) *Plan Estratégico del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad 2011-2017*, aprobado por RD 1274/2011, de 16 septiembre (BOE de 30/09/2011). Se trata de un documento de no fácil manejo, pues comprende más de 200 páginas de la gaceta oficial sin un índice

En todo caso, tan apenas dos después, pero ya con el nuevo Gobierno popular de M. Rajoy, los debates parlamentarios sobre la Ley de Evaluación Ambiental permitieron visualizar posturas enfrentadas sobre la institución. El choque se dio entre fuerzas de izquierda y de derecha, de manera que tuvo un fuerte sesgo ideológico, aunque también se produjo, con menor intensidad, entre posiciones estatales y autonómicas.

Veamos. El proyecto de ley de iniciativa gubernamental incluía, un tanto sorprendentemente, una regulación de los bancos de conservación de la naturaleza en su disposición adicional octava. El régimen jurídico previsto comprendía en sucesivos apartados: 1) el concepto de los bancos en cuestión, considerados como «*un conjunto de créditos de conservación... que representan valores naturales creados o mejorados específicamente*»; 2) la potestad administrativa de creación de los bancos y determinación de las actuaciones que debían llevarse a cabo en las fincas concernidas; 3) la obligación del titular del terreno de «*conservar los valores naturales creados o mejorados*», habiendo de inscribirse tal limitación del dominio en el Registro de la Propiedad; 4) el valor liberatorio de los «*créditos de compensación*» con respecto a las obligaciones de adoptar medidas compensatorias o complementarias derivadas de la legislación de evaluación ambiental, responsabilidad medioambiental y patrimonio natural, «*con el objetivo de que los efectos negativos ocasionados a un valor natural sean equilibrados por los efectos positivos generados sobre el mismo o semejante valor natural, en el mismo o lugar diferente*»; 5) la facultad de libre transmisión de los créditos, aunque exigiéndose su constancia en un registro público nacional; 6) las consecuencias sancionadoras aplicables a las infracciones de la normativa reguladora de los bancos; y 7) una amplia remisión final al desarrollo reglamentario de ese cuadro legal (9).

Tal fue el régimen legal aprobado, con muy escasas variantes, en la Ley de Evaluación Ambiental, pues tan apenas hubo margen para su alteración en la tramitación parlamentaria. La diferencia respecto del proyecto se limita prácticamente al reconocimiento de la competencia de las Comunidades Autó-

---

paginado. La referencia a los bancos de conservación se encuentra dentro del extenso capítulo «V. Diagnóstico», en el epígrafe de «Evaluación ambiental» y no en el de «Custodia del territorio» como a primera vista habría parecido más lógico. Esa ubicación sistemática parece explicarse por la idea de utilizar los bancos, siguiendo experiencias comparadas, exclusivamente «*en el contexto de los regímenes de responsabilidad ambiental*», extremo que se consideraba preciso «*remarcar*» enfatizando que «*en ningún caso este sistema se ha de considerar como sustitutivo o equivalente a las medidas compensatorias sobre la red Natura 2000*» (*ibidem*: pp. 103167-103168).

(9) Proyecto de Ley de Evaluación Ambiental de 10 septiembre 2013 (BOCG Congreso, núm. A-59-1, de 13/09/2013).

nomas, junto con la ya prevista del Ministerio de Medio Ambiente, para ejercer la potestad de crear bancos de conservación (10).

Ahora bien, la ausencia de modificaciones en el texto final no significa falta de polémica, pues la discrepancia se planteó reiteradamente por los grupos parlamentarios de oposición en las sucesivas fases de la tramitación del proyecto de ley. En el Congreso de los Diputados, ya en el debate de totalidad hubo claras tomas de posición en contra del régimen previsto para los bancos de conservación: Izquierda Unida denunciaba el cambio del concepto «*quien contamina paga*» por el de «*quien paga contamina*», considerando que en el proyecto se establecía el «*principio de especular con el medio ambiente*»; Convergencia i Unió destacó la notable «*incertidumbre*» generada por la escueta regulación de los bancos, que estimaba conllevaban el riesgo de «*compensaciones desequilibradas*» al desconectar los créditos de conservación del lugar donde se habían generado los impactos a compensar; el Grupo Socialista criticaba también que las compensaciones pudieran producirse en cualquier zona; y Unión Progreso y Democracia insistía en el temor de que los bancos de conservación sirvieran para la especulación (11). En el Senado, idénticas inquietudes se manifestaron también en las propuestas de veto al proyecto de ley, sosteniéndose por el Grupo Socialista que contenía un «*modelo inconcreto*» y por el de CiU que generaba «*gran incertidumbre*» (12).

Si bien tan duras descalificaciones son habituales en el lenguaje y el enfrentamiento político, lo que llevaría a relajar el significado y alcance de las mismas, lo cierto es que en alguna medida expresan las mismas críticas que vamos a ver formuladas en la doctrina. Así, a las cautelas generales que sobre el sentido de los bancos de conservación hemos advertido en el ámbito europeo, en nuestro caso se añaden dudas sobre los contenidos de la regulación legal vigente. Entre otras, cabe ahora enumerar las suscitadas sobre la posibilidad de regulaciones alternativas en las Comunidades Autónomas, la dificultad de

---

(10) Texto aprobado por el Senado (*BOCG Senado*, núm. 274-2028, de 26/11/2013) aceptando la enmienda núm. 350 del Grupo de Convergencia i Unió, aunque también se reclamaba el reconocimiento de la competencia autonómica en la enmienda 447 del Grupo Vasco, cuya referencia a los bancos «otorgados por el Ministerio.. y, en su caso, por las Comunidades Autónomas» fue la que se adoptó en el texto final de la LEA (ambas enmiendas en *BOCG Senado*, núm. 266-1939, de 15/11/2013).

(11) El debate de totalidad del proyecto de Ley de Evaluación Ambiental puede seguirse en *DSCD*, núm. 145, sesión plenaria de 10 octubre 2013, interesando aquí las intervenciones de los diputados Ortiz Castellón de IU (p. 54), Barberá i Montserrat de CiU (p. 56), Ábalos Meco de PSOE (p. 59) y Cantó García del Moral de UPD (p. 62).

(12) Véanse las propuestas de veto núm. 3 del Grupo Socialista y 6 del Grupo Catalán (*BOCG Senado*, núm. 266-1938, de 15/11/2013) y a continuación, las enmiendas núm. 42, 43 y 44 de IU, 144 del Grupo Socialista, 244, 314, 315 y 316 del Grupo Catalán, y 447 del Grupo Vasco (*BOCG Senado*, núm. 266-1939, de 15/11/2013).

incluir obligaciones de hacer a perpetuidad, la desconexión entre el carácter y la localización del impacto y las medidas de compensación adoptadas, así como la eventualidad de movimientos especulativos derivados del régimen de libre transmisión de los créditos de conservación.

En la modificación de 2015 de la Ley del Patrimonio Natural, se ha precisado al menos la función de los bancos de conservación de garantizar la *no pérdida neta* de biodiversidad (13). Pero, aun así, persisten las críticas doctrinales ante la escueta regulación legal de la materia.

### III. UNA CRÍTICA RECEPCIÓN DOCTRINAL

En efecto, el régimen de los bancos de conservación establecido en la disposición adicional octava de la Ley de Evaluación Ambiental (2013) no tuvo una favorable acogida en la doctrina jurídica.

J. CONDE ANTEQUERA (2014) (14) valoraba los bancos de conservación como la cuestión de mayor interés en la Ley de Evaluación Ambiental (2013), aunque estimando que la regulación establecida en la misma resulta insuficiente para una institución tan compleja (15). Entre otras cuestiones, destacaba que, a diferencia del mercado de gases de efecto invernadero, aquí nos encontramos ante mercados surgidos *«ad hoc en función de unas actividades concretas»*, conforme a los parámetros establecidos por la Administración, de manera que *«lo que se genera es un verdadero mercado del impacto ambiental»* (16). Ante la *«inexperiencia»* en la aplicación de la técnica y *«la poca información disponible»*, la aportación del autor estribaba en propugnar una interpretación del sistema *«a la luz de los principios generales del Derecho ambiental»* (17). Junto a ello, enfatizó la necesidad de disponer de un régimen normativo que,

---

(13) Nueva redacción del art. 61.2 de la Ley del Patrimonio Natural (2007) llevada a cabo por Ley 33/2015.

(14) CONDE ANTEQUERA, J. (2014): «La compensación de los impactos ambientales mediante adquisición de créditos de conservación: ¿una nueva fórmula de prevención o un mecanismo de flexibilización del régimen de evaluación ambiental?», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, vol. I, pp. 979-1005.

(15) *Ibidem* (p. 980), donde el autor estimaba que la regulación legal de los bancos de conservación es *«escueta o escasa»*, plantea *«muchas cuestiones e incertidumbres»* y forma un conjunto de *«luces y sombras»*.

(16) *Ibidem* (p. 988), explicando que *«se negocia con los créditos que representan los beneficios ambientales creados por unos y los que representan el derecho a destruir»*.

(17) *Ibidem* (pp. 991-994), donde el autor exponía los efectos que habrían de implicar, para los bancos de conservación, los principios ambientales de protección y mejora, de prevención, *«quien contamina paga»*, de restauración y de desarrollo sostenible; principios que le servían, entre otras consecuencias, para explicar el significado de los criterios de *«no pérdida neta»* y de jerarquía en la mitigación.



«de forma mucho más precisa y detallada», ordenara el empleo de las medidas compensatorias dando relevante protagonismo a las implicaciones del principio de proporcionalidad (18). En tal sentido, la adecuada equivalencia o proporción entre los impactos ambientales y los valores naturales debiera hacer que el método de valoración de los créditos de compensación se convirtiera, en la futura regulación, en «el nudo gordiano» del sistema (19).

A. GARCÍA URETA (2015) (20) introdujo la perspectiva de las Directivas de Hábitats y de Responsabilidad Medioambiental en el análisis de las medidas de compensación. De esta forma, manejando los documentos orientativos de la Comisión y la jurisprudencia del TJUE, podía identificar los condicionantes del empleo de los bancos de conservación en los ámbitos afectados por esas importantes normativas (21). El método permitía al autor destacar las dudas que surgen del contraste entre tales condicionantes y la regulación española, que sitúa en idéntico plano el equilibrio entre efectos negativos y positivos «sobre el mismo o semejante valor natural, en el mismo o lugar diferente» (Ley de Evaluación Ambiental: disposición adicional octava, apartado 4) (22). En todo caso, se denunciaba que el régimen patrio «soslaya una cuestión central» como es la relativa a «los criterios para generar los créditos de conservación», cuestión que ni siquiera se consideraba apropiada para su posterior desarrollo reglamentario, pues afecta al cumplimiento de las obligaciones legales correspondientes a los regímenes europeos de los hábitats y la responsabilidad

---

(18) *Ibidem* (p. 994-995).

(19) *Ibidem* (p. 996-997), donde, siguiendo la experiencia de Estados Unidos, se identificaban dos modelos de valoración de los créditos de compensación: el de equivalencia *ad hoc* en los mismos hábitats o especies afectados y el de equivalencia conforme a baremos establecidos previamente. También exponía el autor la importancia de la intervención administrativa para el correcto funcionamiento de los bancos de conservación, subrayando que la Ley de Evaluación Ambiental «ha dejado pendiente de regulación reglamentaria las cuestiones más operativas» (*ibidem*, p. 998), como las relativas a la planificación territorial y otras (*ibidem*: pp. 999-1002).

(20) GARCÍA URETA, Agustín (2015): «Protección de la biodiversidad, mercados, compensación por daños y bancos de conservación», *Revista de Administración Pública*, núm. 198, pp. 297-330.

(21) De la Directiva de Hábitats deducía el autor la necesidad de que las medidas de compensación fueran por plazo indefinido, aplicaran coeficientes de equivalencia o superiores, garantizaran la cohesión general de la red Natura 2000, respetaran los niveles de protección obligatorios en los lugares afectados, se desarrollaran preferiblemente en la misma región biogeográfica y se ejecutaran antes de producirse la afección negativa objeto de la compensación (*ibidem*: pp. 302-308). De la Directiva de Responsabilidad Medioambiental extraía particularmente la posición subordinada de las medidas de reparación compensatoria frente a las de reparación primaria y complementaria, que implican la preferencia de las medidas de restitución al mismo o similar estado básico alterado por el daño ambiental (*ibidem*: pp. 308-313).

(22) *Ibidem* (pp. 322-324).

medioambiental (23). También se identificaban «*elementos perturbadores*» en el régimen legal de las limitaciones dominicales al no aclararse su alcance temporal ni otros aspectos (24). Finalmente, se ponía de relieve que la «*esquemática*» regulación legal de los bancos de conservación culmina en una genérica remisión al régimen sancionador establecido en la legislación del patrimonio natural, operación que el autor juzgaba de «*efectividad dudosa*» pues no figuran en la legislación remitida infracciones sobre los bancos en cuestión (25).

C. DE GUERRERO MANSO (2016) (26) resaltó el «*escaso e indeterminado marco normativo español*» contenido en la Ley de Evaluación Ambiental sobre los bancos de conservación, estimando que «*suscita muchas cuestiones e incertidumbres*», especialmente «*por la remisión a desarrollo reglamentario de aspectos fundamentales*» (27). La denuncia no derivaba de un rechazo radical de la institución, pues antes bien la autora identificaba las «*oportunidades y ventajas*» que cabe conectar a la misma (28). Eran los «*riesgos*» derivados de un marco normativo «*absolutamente insuficiente*» los que determinaron su postura, ya que, entre otros elementos, consideraba que la amplia admisión legal de compensaciones *ex situ* sin estricto respeto de la jerarquía en la mitigación (prevenir, corregir y en su caso compensar) contrasta con los principios ambientales de cercanía y prevención (29). Entre las carencias más destacadas del vigente régimen legal, juzgaba «*imprescindible*» que la valoración de los créditos de compensación obedeciera a «*criterios técnicos estandarizados, precisos y públicos*» (30) y estimaba preciso el establecimiento legal del carácter perpetuo de las limitaciones dominicales inherentes a los bancos de conservación (31).

---

(23) *Ibidem* (pp. 324-325).

(24) *Ibidem* (pp. 325-326).

(25) *Ibidem* (p. 327).

(26) GUERRERO MANSO, Carmen de (2016): «Claves para una adecuada implantación de los bancos de conservación de la biodiversidad en España», en G. GARCÍA-ÁLVAREZ (ed.), *Instrumentos territoriales y protección de la biodiversidad: una perspectiva jurídica*, Monografías de esta REVISTA, núm. XVI, pp. 85-114.

(27) *Ibidem* (p. 92).

(28) *Ibidem* (pp. 95-100), donde la autora exponía los beneficios económicos (financiación privada de políticas ambientales, incentivos para las empresas, generación de empleo, rentabilidad para los propietarios de terrenos afectados) y ambientales (evitar la pérdida neta de biodiversidad, compensar daños ambientales, permitir la participación privada); beneficios que podían incluso sustentar los bancos de conservación como una alternativa a los instrumentos de protección existentes.

(29) *Ibidem* (pp. 100-105).

(30) *Ibidem* (pp. 105-109). La autora había subrayado previamente lo inadecuado de habilitar legalmente a la Administración para establecer en cada caso los criterios de valoración y asignación de los créditos de compensación, en vez de remitir al establecimiento de los mismos con carácter general (*ibidem*: p. 93).

(31) *Ibidem* (p. 110).

M. CUYÁS PALAZÓN (2016) (32) estudió y expuso la evolución del tratamiento estadounidense de los *mitigation banks*, planteando las dificultades que conllevaba conseguir que la iniciativa privada se interesara en las inversiones ambientales. No obstante, aun comprendiendo los problemas que suscitan los bancos de conservación, podía constatar que se trata de «*un instrumento capaz de alcanzar unos objetivos y fines medioambientales que, hasta la fecha, nuestros instrumentos y leyes propias no los han alcanzado plenamente*» (33). Entre sus ventajas, destacaba la producción de la actuación de mejora de la biodiversidad antes de que se hubiera ejecutado el proyecto a compensar, ya que los créditos de compensación no son negociables hasta que no se cuenta con el éxito en la mitigación (34). Por ello, recomendaba impulsar los bancos de compensación en el ordenamiento español estableciendo un nuevo y adecuado marco legal, pues la «*absolutamente insuficiente*» Ley de Evaluación Ambiental, en este punto, «*provocó tal polémica que el Gobierno no ha aprobado el anunciado y deseado reglamento para su efectiva puesta en marcha*» (35).

M. RODRÍGUEZ BEAS (2016) (36) apreció que la «*escasa regulación*» sobre los bancos de conservación establecida en la Ley de Evaluación Ambiental genera «*muchas cuestiones*» (37). Aunque la autora consideraba que tales bancos pueden ser «*herramienta eficaz para considerar los impactos ambientales*» y apreciaba las ventajas que pueden conllevar, no dejaba de identificar sus «*riesgos potenciales*», postulando un desarrollo reglamentario bien estructurado conforme al principio de proporcionalidad (38).

Estamos, en definitiva, ante apreciaciones doctrinales adecuadamente argumentadas que ponen de relieve no una oposición ideológica a los bancos de conservación, sino un conjunto de consistentes críticas a una determinada regulación legal. Los autores discrepaban de contenidos esenciales de ese régimen e identificaron notables lagunas en el mismo.

---

(32) CUYÁS PALAZÓN, M. (2016): «Los bancos de compensación ambiental o *mitigation banking* en el ordenamiento estadounidense ¿un modelo a importar?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 179, pp. 335-368.

(33) *Ibidem* (p. 364).

(34) *Ibidem* (pp. 361-362).

(35) *Ibidem* (p. 337).

(36) RODRÍGUEZ BEAS, M. (2016): «Créditos de conservación de la naturaleza: ¿mecanismo de mercado para especular o preservar la naturaleza?», en J. SANZ LARRUGA (coord.), *Derecho ambiental en tiempo de crisis*, Valencia Tirant lo Blanc, pp. 177-188.

(37) *Ibidem* (p. 178).

(38) *Ibidem* (pp. 184-186); entre las ventajas, la autora incluía la evitación de pérdida neta de biodiversidad, la generación de competencia entre las empresas o la financiación privada de la conservación; y entre los riesgos, mencionaba la mercantilización de los daños al medio ambiente, la posible debilitación de la jerarquía en la mitigación o la generación de un mercado secundario de créditos de conservación de sesgo especulativo.

#### IV. UN FRACASADO DESARROLLO REGLAMENTARIO

En el año 2014 el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente presentó en el CONAMA un borrador de desarrollo reglamentario de los bancos de conservación (39). Continuaba el mismo ejecutivo presidido por M. Rajoy que había formulado el proyecto legislativo en la materia y conseguido su aprobación prácticamente sin modificaciones, gracias a la mayoría parlamentaria que le apoyaba.

El borrador de reglamento estaba bien redactado y estructurado, diseñando pormenorizadamente el régimen completo de los bancos de conservación (40). El texto se inspiraba en los criterios de participación de la iniciativa privada, jerarquía de mitigación, adicionalidad, *no pérdida neta* de biodiversidad e incremento del estado de conservación de los hábitats y las especies, conceptos que, junto con otros, eran objeto de precisas definiciones a fin de evitar problemas en su aplicación (cap. I, arts. 1-4). Se identificaban los diferentes actores del proceso, estableciendo las funciones, derechos y obligaciones del promotor del banco y del titular del terreno, de las entidades de supervisión, y de las Administraciones estatal y autonómicas competentes, así como la formación de un comité científico en calidad de órgano consultivo en la materia (cap. II, arts. 5-10). Con todo detalle, se preveía el régimen de constitución, organización y funcionamiento de los bancos de conservación incluyendo la figura del plan de gestión, la definición de las afecciones reales de los terrenos comprometidos y las garantías de mantenimiento de las correspondientes obligaciones (cap. III, arts. 11-18). Asimismo se regulaban las características de los créditos de compensación y las modalidades de su empleo (cap. IV, arts. 19-22), los procedimientos de creación, ampliación y modificación de los bancos (cap. V, arts. 23-27), la constitución del Registro Nacional de los Bancos de Conservación de la Naturaleza, incluidos los procedimientos de inscripción y baja en el mismo (cap. VI, arts. 28-31), la constancia en el Registro de la Propiedad, con la figura del «*derecho real de conservación ambiental*» (cap. VII, art. 32) y el régimen sancionador (cap. VIII, arts. 33-36).

---

(39) *Congreso Nacional de Medio Ambiente* (CONAMA, Madrid, 24-27 noviembre 2014). El borrador no se hizo público, lo que explica que los autores citados en el epígrafe anterior no hayan podido manejarlo. Para este trabajo, C.J. Durá Alemañ, autor de una importante tesis sobre las variadas técnicas de custodia del territorio en Estados Unidos (Universidad de Alcalá, 2013), nos proporcionó la tercera redacción que a él le había llegado del borrador del proyecto de Reglamento de Bancos de Conservación (*Reglamento por el que se regula el régimen general, organización, funcionamiento y criterios técnicos de los bancos de conservación de la naturaleza*, 2015).

(40) En apoyo del desarrollo reglamentario, véase ECOACSA (2014), *Bancos de conservación de la naturaleza*, informe para la Fundación Biodiversidad, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, autores: D. Álvarez García & I. González Alcalde (disponible en [www.prioridadrednatura2000.es](http://www.prioridadrednatura2000.es)).

Objetivamente, era un sistema plausible de los bancos de conservación, con independencia de algunos interrogantes. Sin embargo, no fue apoyado por el movimiento ecologista, cuyos representantes manifestaban, más que oposición, «no tener prisa» en aprobar el reglamento, cuya retirada demandaron (41).

El FRECT, entidad especializada en los mecanismos de colaboración propios de la custodia del territorio, ofreció una matizada posición (42). Así, de una parte, estimaba que los bancos de conservación, «*convenientemente regulados y controlados*», pueden ser «*una buena herramienta*», de particular interés para asegurar la conectividad de los espacios naturales protegidos y los compromisos de responsabilidad social empresarial. Pero, de otra parte, planteaba diversas consideraciones sobre los principios aplicables, el régimen de los planes de gestión, el mantenimiento de los valores naturales y otros aspectos. Ambas vertientes parecían confluir en la necesidad, para una regulación adecuada, de desarrollar proyectos piloto que permitieran contar con experiencias y mejorar el conocimiento científico aplicable (43).

## V. LA APUESTA POR UN RENOVADO RÉGIMEN LEGAL

Desconocimiento e incertidumbre parecen, pues, haber sido los ingredientes que determinaron la falta de apoyo del movimiento ecologista. La consecuencia fue la paralización del desarrollo reglamentario de los bancos de conservación.

Ahora bien, no parecería oportuno deducir de ese hecho una suerte de conjura contra la institución. En la doctrina, las voces de alarma que anteriormente hemos recogido estaban concretamente referidas a las carencias que se observan en la regulación establecida en la Ley de Evaluación Ambiental (2013). La situación, tal y como indica C. J. DURÁ ALEMAÑ (2015), combina el

---

(41) Así consta en noticia generalizada en la prensa nacional de 23/03/2015, tras una reunión con el secretario de Estado de Medio Ambiente de las cinco organizaciones ecologistas más importantes. Se trata de Amigos de la Tierra, Ecologistas en Acción, Greenpeace España, SEO/Birdlife y WWF/ADENA, consideradas legalmente como representantes permanentes del movimiento ecologista en el Consejo Asesor de Medio Ambiente (Ley 27/2006: anexo). Las razones dadas para su oposición al borrador de reglamento, según uniformes referencias periodísticas, fueron muy genéricas: los bancos podían «*abrir puertas al oportunismo y al fraude sin el adecuado control*» (WWF) o sometían la biodiversidad «*a las reglas de la oferta y demanda*» (Ecologistas en Acción).

(42) El FRECT (Foro de Redes y Entidades de Custodia del Territorio) participó en la consulta del tercer borrador de Reglamento de Bancos de Conservación mediante escrito de 14/03/2015, que puede consultarse en su web ([www.custodia-territorio.es](http://www.custodia-territorio.es)).

(43) Bajo el logo del nuevo Ministerio para la Transición Ecológica, en la misma web del FRECT, se informa del compromiso oficial con los bancos de conservación, aunque su impulso y su regulación completa se supeditan a los resultados de los diversos proyectos piloto de bancos emprendidos desde el año 2014.

interés por los bancos de conservación con ciertas reservas ante los mismos, particularmente tras su escueta regulación legal, que ha determinado «*un estado de opinión no homogéneo en cuanto a su necesidad o idoneidad*» (44). Nos movemos entre la desconfianza y el anhelo, lo que determina no ya la congelación de un proyecto reglamentario, sino la de la misma institución.

El conjunto de informaciones y criterios que aquí hemos considerado, permite identificar claramente el origen de la frustrante conclusión a la que hemos llegado: ese origen se encuentra en el precipitado establecimiento del incompleto régimen legal de los bancos de conservación. En efecto, el atractivo representado por los exitosos modelos comparados en la materia no pudo superar, por sí solo, ni una insuficiente comprensión del marco jurídico europeo aplicable, ni tampoco un demoledor manejo de la mayoría parlamentaria para imponer un problemático tratamiento normativo. La reacción doctrinal no pudo consistir sino en poner de relieve las notables insuficiencias del régimen legal, que difícilmente podían ser paliadas en el desarrollo reglamentario.

En el establecimiento de un completo régimen, parecería conveniente, así, optar por la aprobación de una ley dedicada exclusivamente a los bancos de conservación, atendiendo a las diversas cuestiones que hemos visto se han suscitado en la doctrina en relación con el régimen vigente. Entre ellas, merecen un interés especial, por su carácter vertebrador del sistema, las referidas a la planificación territorial y a la permanencia de los bancos de conservación.

Las exigencias para la planificación territorial son necesarias a fin de evitar el aislamiento de los bancos de conservación y promover la conectividad ecológica. Contamos para ello con un buen instrumento, como es el tradicional régimen jurídico del suelo no urbanizable que afecta a prácticamente todos los hábitats a conservar. Su continuidad, tratándose de la categoría del suelo no urbanizable especialmente protegido, está cada vez más amparada por una jurisprudencia que condiciona su reclasificación a la observancia de niveles exigentes de justificación (45). El planeamiento territorial de las Comunidades Autónomas y el urbanístico de los Municipios, en sus previsiones sobre el suelo no urbanizable especial, habrían de convertirse, así, en la vía de protección general de los hábitats, cuya situación puede mejorarse mediante el empleo de técnicas más especializadas como la representada, entre otras, por los bancos de conservación (46).

---

(44) DURÁ ALEMAÑ, C.J. (2015), *La custodia del territorio*, Fundación Banco Santander, colección Cuadernos de Sostenibilidad y Patrimonio Natural, núm. 23, p. 68.

(45) Véase en tal sentido, G. GARCÍA-ÁLVAREZ (2015), «Jurisprudencia contencioso-administrativa: instituciones urbanísticas para el control ambiental», *Observatorio de Políticas Ambientales*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, pp. 431-481 (pp. 438-445).

(46) Véase CUYÁS PALAZÓN, M. (2017): «Los bancos de conservación de la naturaleza. Un instrumento para la financiación de los espacios en SNU», *Práctica Urbanística*, núm.

Por otra parte, la atención al completo mecanismo de funcionamiento del mercado requiere prever e internalizar no sólo los costes de generación de los créditos de conservación, sino también, con carácter permanente, los relativos al mantenimiento de los lugares una vez transmitidos los créditos. Bajo la óptica jurídica, quizá la cuestión más importante en esta materia sea la relativa a la permanencia de las actuaciones de conservación de los terrenos afectados, pues su perpetuidad, aun juzgándola necesaria, no parece fácilmente operativa.

En el borrador de Reglamento de Bancos de Conservación se preveía mantener los objetivos de conservación «*durante un período máximo de 75 años*», de manera que el plazo de duración podía ser menor, teniendo entonces el titular del banco «*derecho a su revisión*» [art. 15.2.b)] (47). También se ha propuesto solucionar la cuestión previendo la transmisión del banco de conservación a la Administración pública o a una entidad sin ánimo de lucro (48), con lo cual el sistema de mercado funcionaría esencialmente para la puesta en marcha del banco y la transmisión de los créditos de compensación, pues a partir de entonces habría que vincular su funcionamiento a la intervención pública o a la solidaridad privada. Es posible, sin embargo, que una forma más compatible con el mercado pudiera consistir en incluir la conservación permanente del hábitat o de la especie que forman el banco entre las obligaciones del responsable de la pérdida de biodiversidad, es decir, del adquirente de los créditos de conservación.

Son en todo caso aspectos de envergadura sobre los que convendría mantener un amplio y sosegado proceso de reflexión especializada.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

APOSTOLOPOULOU, Evangelia y ADAMS, William M. (2015): «Biodiversity offsetting and conservation: reframing nature to save it», *Oryx. The Journal of Conservation* (University of Cambridge), núm. 51-1, pp. 23-31.

---

149. Sobre la conectividad ecológica con particular referencia al planeamiento territorial y urbanístico, véase LÓPEZ RAMÓN, F. (2015): «Conectividad y corredores ecológicos en la experiencia española», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 32, pp. 57-81 (pp. 74-77).

(47) En relación con este problema, véase VÁZQUEZ ASEÑO, O. G. (2014): «Derecho real de conservación ambiental: los bancos de conservación de la naturaleza», ponencia CONAMA, donde indica que «*se puede interpretar que el sistema contiene ese punto débil, porque una vez vendidos los créditos, el interés del propietario en seguir manteniendo gastos en la conservación de la finca, evidentemente decae*» (p. 4).

(48) M. CUYÁS PALAZÓN (2016: pp. 365-368).

- CALVET, C.; NAPOLÉONE, C. y SALLES, J.M. (2015): «The biodiversity offsetting dilemma: between economic rationales and ecological dynamics», *Sustainability*, vol. 7-6, pp. 7357-7378.
- CARROLL, N.; FOX J.; y BAYON R. (2008): *Conservation and biodiversity banking: a guide to setting up and running biodiversity credit trading systems*, Londres, Earthscan.
- CONDE ANTEQUERA, J. (2014): «La compensación de los impactos ambientales mediante adquisición de créditos de conservación: ¿una nueva fórmula de prevención o un mecanismo de flexibilización del régimen de evaluación ambiental?», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, vol. I, pp. 979-1005.
- CUYÁS PALAZÓN, Mercedes (2016): «Los bancos de compensación ambiental o *mitigation banking* en el ordenamiento estadounidense ¿un modelo a importar?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 179, pp. 335-368.
- (2017): «Los bancos de conservación de la naturaleza. Un instrumento para la financiación de los espacios en SNU», *Práctica Urbanística*, núm. 149.
- DURÁ ALEMAÑ, Carlos Javier (2015): *La custodia del territorio*, Fundación Banco Santander, colección Cuadernos de Sostenibilidad y Patrimonio Natural, núm. 23.
- EEOACSA (2014): *Bancos de conservación de la naturaleza*, informe para la Fundación Biodiversidad, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, autores: D. ÁLVAREZ GARCÍA & I. GONZÁLEZ ALCALDE (disponible en [www.prioridadrednatura2000.es](http://www.prioridadrednatura2000.es)).
- EFTEC & IEEP (2010): *The use of market-based instruments for biodiversity protection. The case of habitat banking*, informe para DG Medio Ambiente, Comisión Europea. Los principales autores del trabajo fueron I. Dickie, de la *Economics for the Environment Consultancy* (EFTEC) y G. Tucker, del *Institute for European Environmental Policy* (IEEP).
- GARCÍA URETA, Agustín (2015): «Protección de la biodiversidad, mercados, compensación por daños y bancos de conservación», *Revista de Administración Pública*, núm. 198, pp. 297-330.
- GARCÍA-ÁLVAREZ, Gerardo (2015): «Jurisprudencia contencioso-administrativa: instituciones urbanísticas para el control ambiental», *Observatorio de Políticas Ambientales*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, pp. 431-481.
- GUERRERO MANSO, Carmen de (2016): «Claves para una adecuada implantación de los bancos de conservación de la biodiversidad en España», en G. GARCÍA-ÁLVAREZ (ed.), *Instrumentos territoriales y protección de la biodiversidad: una perspectiva jurídica*, Monografías de esta REVISTA, núm. XVI, pp. 85-114.
- ICF GHK & BIO IS (2013): *Exploring potential demand for and supply of habitat banking in the EU and appropriate design elements for a habitat*



*banking scheme*, informe para DG Medio Ambiente, Comisión Europea. Los principales autores del trabajo fueron M. Conway y A. White, de ICF GHK (consultora de *ICF International*), y S. Berman, de *Bio Intelligence Service* (BIO IS).

LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2015): «Conectividad y corredores ecológicos en la experiencia española», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 32, pp. 57-81.

RODRÍGUEZ BEAS, M. (2016): «Créditos de conservación de la naturaleza: ¿mecanismo de mercado para especular o preservar la naturaleza?», en J. SANZ LARRUGA (coord.), *Derecho ambiental en tiempo de crisis*, Valencia Tirant lo Blanc, pp. 177-188.

VÁZQUEZ ASENJO, O. G. (2014): «Derecho real de conservación ambiental: los bancos de conservación de la naturaleza», ponencia CONAMA.



# **COMPENSACIÓN AMBIENTAL Y SITES NATURELS DE COMPENSATION EN FRANCIA: ¿UN MODELO DE REFERENCIA PARA EL DESARROLLO DE LOS BANCOS DE CONSERVACIÓN DE LA NATURALEZA EN ESPAÑA? (\*)**

SAÚL DOMÍNGUEZ ALBERO

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.– II. LA APUESTA DE LA LOI BIODIVERSITÉ POR LA COMPENSACIÓN AMBIENTAL: 1. La compensación como expresión del principio de prevención. 2. Régimen de ejecución de medidas compensatorias: reconocimiento de criterios y modalidades. 3. La sucinta pero decisiva inclusión de los sites naturels de compensation y su definición.– III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SITES NATURELS DE COMPENSATION RESPECTO DE LOS CRITERIOS MARCO PARA LA EJECUCIÓN DE MEDIDAS COMPENSATORIAS: 1. Respeto a la equivalencia ecológica. 2. Requisito de proximidad geográfica. 3. Permanencia en el largo plazo (perpetuidad).– IV. SITES NATURELS DE COMPENSATION: UN MODELO ENRAIZADO EN LA EXPERIENCIA.– V. VALORACIÓN FINAL – UN PRECEDENTE PARA EL DESARROLLO DE LOS BANCOS DE CONSERVACIÓN DE LA NATURALEZA EN ESPAÑA.– VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

**RESUMEN:** El presente estudio tiene como objetivo analizar el sistema de compensaciones ambientales actualmente vigente en Francia y, en particular, el régimen jurídico de los *sites naturels de compensation*, por su conexión con el modelo de los bancos de conservación de la naturaleza en España, pendientes de desarrollo reglamentario. Para ello, como punto de partida, se examinan los cambios significativos introducidos en el ordenamiento jurídico francés por la Ley de 8 de agosto de 2016, para la reconquista de la biodiversidad. En particular, la previsión de criterios y modalidades de ejecución de medidas compensatorias, así como la inclusión expresa del recurso a las unidades de compensación. A continuación, se estudia el desarrollo reglamentario de la figura de los *sites naturels de compensation*, eventual inspiración para una futura iniciativa española. Adicionalmente, se relata la experiencia piloto de Cossure cuyos retornos orientaron la implementación del marco regulativo actual. En último lugar, se ofrece una valoración sobre el modelo francés como referencia en la experiencia española.

---

(\*) Estudio elaborado como parte del Proyecto de investigación DER 2015-67348-P, «La regulación y los mecanismos de mercado para la protección ambiental en Derecho Administrativo», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

*Palabras clave:* medio ambiente; biodiversidad; compensación ambiental; sites naturels de compensation; bancos de conservación de la naturaleza; bancos de hábitat.

*ABSTRACT:* This study examines the environmental compensation system currently in force in France and especially the legal regime of the sites naturels de compensation, given their connection with the model of bancos de conservación de la naturaleza in Spain, currently pending regulatory approval. Thus, as a starting point, significant changes introduced in French legal system by the Loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité are analyzed. In particular, the criteria and modalities implemented in relation to the execution of compensatory measures, as well as the expressly included recourse to compensation units. Next, legal development of sites naturels de compensation is studied, for its potential to inspire a future Spanish initiative. Additionally, we describe the pilot experience of Cossure, whose returns influenced the current regulatory framework. Lastly, an assessment of the French model as a possible reference for the coming Spanish experience is offered.

*Key words:* environment; biodiversity; environmental compensation; biodiversity offsetting; habitat banking; sites naturels de compensation; bancos de conservación de la naturaleza.

## I. INTRODUCCIÓN

Los bancos de conservación de la naturaleza se encuentran presentes en el ordenamiento jurídico español desde su inclusión en el Plan Estratégico del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad 2011-2017 (1), texto en el que se instaba al estudio y desarrollo de esta herramienta. Así, haciendo caso de dicha previsión, la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, introducirá, mediante Disposición adicional octava, la base jurídica necesaria para su constitución y su adscripción a los fines de la compensación ambiental. La sucinta previsión recogida en dicho precepto remite, no obstante, a desarrollo reglamentario posterior para la determinación de aspectos esenciales como su régimen general, organización, funcionamiento o criterios técnicos.

Pese a la reafirmación del legislador español en este instrumento de mercado, al cual se hace referencia en otra ley posterior (2), la elaboración del reglamento aludido *supra* se encuentra actualmente paralizada. Ello, tras

---

(1) Real Decreto 1274/2011, de 16 de septiembre, por el que se aprueba el Plan Estratégico del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad 2011-2017, en aplicación de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

(2) Ley 42/2017, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, que realiza una mención mecánica de los bancos de conservación al listar, entre otros ejemplos de espacios a tener en cuenta por la Estrategia estatal de infraestructura verde, los «terrenos afectados por los bancos de conservación de la naturaleza».

un proyecto fallido que desató la férrea oposición de las asociaciones ecologistas, a cuyo beneplácito el gobierno había supeditado la aprobación de la normativa.

Ante esta perspectiva tan poco halagüeña, algunos autores como DE GUERRERO MANSO (2016: 91) han calificado el marco jurídico actual de los bancos de conservación en España como «escaso e indeterminado». Por ello y ante el estatismo del legislador español, se hace especialmente importante acudir a la experiencia internacional bajo la premisa de analizar la implementación de este mecanismo en otros ordenamientos jurídicos (mejor cuanto más similares al nuestro).

En atención a lo anterior, en este trabajo estudiaremos el modelo francés de los *sites naturels de compensation* (nombre que reciben actualmente en Francia los bancos de conservación), recientemente introducido. Nótese que, más allá de su denominación, este instrumento se define por la función que desempeña (3). Así, el modelo común sería el de un instrumento de mercado, utilizado para la compensación de daños medioambientales, en virtud del cual una persona pública o privada podrá poner en marcha una actuación (4) que incremente el valor ecológico de un territorio. Posteriormente, este valor creado se transformará en unidades vendibles (créditos o títulos ambientales, unidades de compensación, activos...) susceptibles de ser adquiridos por operadores en el cumplimiento de su obligación legal de compensar los impactos residuales de un determinado proyecto, plan o programa, a la luz del principio de *no pérdida neta* de biodiversidad (5).

Para comprender el modelo francés de los *sites naturels de compensation*, será necesario el estudio previo de los cambios significativos introducidos por la *Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages* (6) en el sistema de compensaciones ambientales,

---

(3) DE GUERRERO MANSO (2016: 86). En este sentido, la autora recopila algunas de las denominaciones habituales, que varían en función del país y de los objetivos específicos de protección: bancos de hábitat, bancos de mitigación, bancos de conservación de la biodiversidad, biobancos, bancos de compensación ambiental, fondos verdes, *biodiversity offsets*, etc.

(4) Habitualmente, acciones de creación, restauración, mejora y preservación de un territorio natural.

(5) Para más información sobre el concepto y modelo de funcionamiento de los bancos de conservación, particularmente en EE. UU., *vid.* DURÁ ALEMAÑ (2013: 386-540) y CUYÁS PALAZÓN (2016). Sobre las distintas experiencias internacionales, el encaje de los bancos de conservación en el derecho de la Unión Europea y un análisis de la normativa española, *vid.* GARCÍA URETA (2015: 343 y ss.). Especialmente, respecto de la experiencia española y los principales retos a abordar, *vid.* CONDE ANTEQUERA (2014) y DE GUERRERO MANSO (2016).

(6) Ley n° 2016-1087, de 8 de agosto de 2016, para la reconquista de la biodiversidad, de la naturaleza y del paisaje. Las referencias a esta Ley, en lo sucesivo, se realizarán por su título abreviado o por su apelativo *ley biodiversidad*, en castellano o en francés indistintamente.

tanto en lo relativo a su naturaleza, como respecto de la ejecución de medidas compensatorias. Así, la norma incluye una serie de criterios marco y modalidades de realización, en sintonía con las exigencias del derecho de la Unión Europea y del derecho internacional, que permiten orientar las compensaciones ambientales hacia un sistema que garantice su éxito desde un punto de vista ecológico. Entre estas modalidades se prevé expresamente, por primera vez, el recurso a los *sites naturels de compensation*, cuyo régimen general es remitido a desarrollo reglamentario posterior.

De este modo, a diferencia del caso español, la previsión legislativa anterior se manifiesta en dos decretos (7), publicados el 28 de febrero de 2017, que, como veremos más adelante, ofrecen un primer marco regulativo para la constitución y el funcionamiento del instrumento que nos ocupa.

Con todo ello, por las similitudes que presenta la gestación de este modelo en Francia y en España y la proximidad entre ambos ordenamientos jurídicos, hemos considerado que la regulación, recientemente implementada, de los *sites naturels de compensation*, podría constituir una interesante referencia que merece ser analizada. Incluso, quizás, sus disposiciones puedan inspirar las de un futuro *Reglamento de régimen general, organización, funcionamiento y criterios técnicos de los bancos de conservación de la naturaleza* en España.

## II. LA APUESTA DE LA LOI BIODIVERSITÉ POR LA COMPENSACIÓN AMBIENTAL

Sin duda alguna, la primera declaración de intenciones implícita en la Ley de 8 de agosto de 2016, para la reconquista de la biodiversidad, de la naturaleza y del paisaje, la encontramos, precisamente, en su denominación. Es llamativo el nombre elegido por el legislador para referirse a la norma que, entre otras disposiciones, consagrará en el ordenamiento francés el recurso a la compensación ambiental de los daños producidos al medio ambiente. Así, el término *reconquista* hace referencia, connotación bélica incluida, a la recuperación de aquello que previamente se había perdido (8). No es de extrañar, por tanto, la afirmación de la profesora VAN LANG (2016b: 2381)

---

(7) Décret n° 2017-264 du 28 février 2017 relatif à l'agrément des sites naturels de compensation; Décret n° 2017-265 du 28 février 2017 relatif à l'agrément des sites naturels de compensation [Decreto n° 2017-264, de 28 de febrero de 2017, relativo a la autorización de los *sites naturels de compensation*; Decreto n° 2017-265, de 28 de febrero de 2017, relativo a la autorización de los *sites naturels de compensation*].

(8) En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se define el verbo *reconquistar* como «conquistar una plaza, provincia o reino que se había perdido».

al considerar esta elección como una declaración de guerra a los enemigos de la biodiversidad (9).

El objetivo de la presente norma, no obstante, no es otro que el de reforzar la protección ofrecida por el ordenamiento jurídico francés frente a la degradación del medio ambiente concebido de forma sistémica, fortaleciendo los compromisos existentes desde la Ley Grenelle II del año 2010 (10), que instituyó esta protección como *compromiso nacional*, y en consonancia con el deber constitucional francés que impone a toda persona la participación en la preservación y mejora del medio ambiente, del artículo 2 de la Charte de l'environnement (11).

De este modo, la Ley de 8 de agosto de 2016, lleva a cabo una cuidadosa descripción de su objeto de protección, la *biodiversidad* o *diversidad biológica*, refiriéndose a ésta como la variabilidad de los organismos vivos de cualquier origen, comprendidos los ecosistemas terrestres, marinos y otros ecosistemas acuáticos, así como los complejos ecológicos de los que forman parte. Esto comprende la diversidad interna de las especies y entre especies, la diversidad de los ecosistemas y las interacciones entre los organismos vivos (artículo 1 de la Ley que modifica el artículo L. 110-1 del Code de l'environnement) (12).

---

(9) En el mismo sentido, VAN LANG (2016b: 2381) señala que la preferencia por el término *reconquista* no supone sino un acto de vanidad, porque ¿cómo recuperar algo que se ha perdido definitivamente? La destrucción incesante de la biodiversidad ocasionada en el último siglo no se configura como un hecho abstracto, sino que tiene su concreta manifestación en la destrucción de hábitats y la extinción de especies. De este modo, difícilmente será *reconquistable* aquello definitivamente degradado, por lo que la elección del término es, cuanto menos, discutible.

(10) Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement [Ley n° 2010-788, de 12 de julio de 2010, de compromiso nacional con el medio ambiente].

(11) La Charte de l'environnement [Carta del medio ambiente] es un breve texto introducido en Francia por Ley constitucional n° 2005-205, de 1 de marzo de 2005. Integrado en el bloque de constitucionalidad, reconoce los derechos y deberes legales de toda persona en relación con el medio ambiente. En particular, establece tres principios fundamentales: el principio de prevención, el principio de precaución y el principio de quien contamina paga. Además, consagra derechos fundamentales como el derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado y respetuoso con la salud, o el de acceso a la información y la participación en asuntos medioambientales. Como obligaciones principales, aparte de aquellas vinculadas a los principios enumerados, destaca el antedicho deber de toda persona de participar en la protección y mejora del medio natural, así como la importancia de la educación y la formación ambiental para el ejercicio del mandato recogido en la disposición.

(12) Texto original en francés: «On entend par biodiversité, ou diversité biologique, la variabilité des organismes vivants de toute origine, y compris les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques, ainsi que les complexes écologiques dont ils font partie. Elle comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces, la diversité des écosystèmes ainsi que les interactions entre les organismes vivants».

Así, teniendo en todo momento presentes los rasgos esenciales del elemento a proteger (o a *reconquistar*), esta Ley refuerza el contenido de grandes principios del derecho ambiental, como el principio de prevención; consagra, tras una larga lucha por su inclusión, el principio de no regresión (13), e introduce una serie de otros nuevos principios tales como: solidaridad ecológica, utilización sostenible, y complementariedad entre el medio ambiente, la agricultura, la acuicultura y la gestión sostenible de los bosques. Todo ello con el objetivo de hacer de Francia un país ejemplar en materia de reconquista de la biodiversidad (14).

No obstante, durante los más de dos años de trabajo hasta la publicación definitiva de esta Ley, uno de los aspectos más debatidos, tanto internamente como a nivel mediático, ha sido la regulación específica que el texto lleva a cabo sobre la compensación ecológica y la implementación de medidas compensatorias. Como puede adivinarse, este instrumento es percibido con especial sensibilidad por la opinión pública, suscitando reacciones encontradas. Es por ello que, durante estos últimos años, han sido frecuentes los titulares de prensa manifestando preocupación por la instauración de un supuesto —y temido— *derecho a destruir* (15).

La compensación ambiental, sin embargo, no es incluida *ex novo* en el ordenamiento jurídico francés por la Ley de 2016. Por el contrario, ésta disfrutaba de valor normativo desde su introducción, como una de las rúbricas de los estudios de impacto de actividades sobre el medio ambiente, en la *Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature* (artículo 2) (16). Desde ese primer momento, no obstante, la compensación había sufrido

---

El Code de l'environnement es la obra que codifica, en Francia, la totalidad de los textos jurídicos (leyes, decretos y reglamentos) relacionados con el derecho medioambiental.

(13) En relación con el costoso procedimiento acontecido hasta la aprobación definitiva del principio de no regresión en Francia, *vid.* LÓPEZ RAMÓN (2016), donde se exponen los principales trabajos legislativos, proceso de inconstitucionalidad y entresijos políticos hasta su aprobación definitiva.

(14) «Faire de la France un pays exemplaire en matière de reconquête de la biodiversité» (VAN LANG, 2016b: 2382). Para más información sobre la tramitación parlamentaria de la Ley, incluyendo un análisis pormenorizado de estos *nuevos principios*, *vid.* VAN LANG (2016b). Nótese que la autora destaca cómo los nuevos principios introducidos en la Ley insisten en los vínculos del medio ambiente con las actividades humanas, vínculos que aspira a salvaguardar, manteniendo una visión antropocéntrica de la biodiversidad.

(15) A título de ejemplo, puede verse el artículo de gran formato publicado en el diario francés *Le Monde*, el 20 de mayo de 2016, bajo el título «Compenser par l'offre. Un "permis de détruire" la biodiversité?», firmado por Angela Bolis. En el mismo sentido, aunque más alarmista, estudio publicado en el conocido blog *Mediapart*, por el economista Maxime Combes, el 22 de junio de 2016, que lleva por título: «Loi Biodiversité: la compensation instaure un droit à détruire!».

(16) Ley n° 76-629, de 10 julio de 1976, relativa a la protección de la naturaleza.



una evolución fragmentada, sectorizada, que derivó en una pluralidad de marcos regulativos heterogéneos y en una actitud manifiestamente abúlica hacia este mecanismo, durante largo tiempo apartado (17).

Pese a la variedad creciente de disposiciones legales mencionando en su redacción el sistema de compensaciones, DUPONT y LUCAS (2017: 145) señalan cómo todas ellas no incluían sino una mera alusión, sin precisar su contenido ni, por ende, tampoco las modalidades de ejecución. Ni el legislador francés, ni probablemente la sociedad, estaban entonces preparados para asumir los desafíos que suponía la implementación efectiva de este instrumento. Tarea, la cual, intentará llevarse a cabo, en una primera instancia, con ocasión de la Ley Grenelle I en 2009 (18), ley que abrirá la puerta al debate sobre la posibilidad de un nuevo principio general de compensación en el derecho ambiental (19). De este modo, la norma recoge en su articulado diversas disposiciones con el objetivo de ofrecer un marco coherente que mejore la efectividad de las compensaciones. En particular, impone la obligación para la autoridad administrativa de precisar estas medidas junto con la decisión de autorización del proyecto, plan o programa, así como las modalidades de seguimiento de sus efectos. Transformaciones, las cuales, consolidarán el valor de la compensación como jurídicamente vinculante, reforzándose reglamentariamente los medios y procedimientos de sanción por la autoridad en caso de incumplimiento (20).

Por tanto, la Ley de 8 de agosto de 2016, para la reconquista de la biodiversidad, lejos de resultar decididamente innovadora, parece seguir la línea del trabajo acometido previamente. No obstante, esta Ley dará un salto cualitativo importante en una apuesta clara por regular este mecanismo, aportando modificaciones significativas que ofrezcan un verdadero marco unificado para la acción. Así, la *ley biodiversidad* introduce en el Code de l'environnement un capítulo titulado «Compensation des atteintes à la biodiversité» [compensación de daños —violaciones— a la biodiversidad] (21), agrupando por primera vez las disposiciones relativas a la ejecución de estas medidas.

---

(17) Para un análisis sobre la aplicación inicial de la compensación en Francia, *vid.* UNTERMAIER (1986), en DUPONT y LUCAS (2017: 144). Un estudio más extenso y pormenorizado puede encontrarse en LUCAS (2015: 11 y ss.).

(18) Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement [Ley n° 2009-967, de 3 de agosto de 2009, de programación relativa a la ejecución de Grenelle del medio ambiente].

(19) VAISSIÈRE (2014: 181-182).

(20) *Vid.* MERCIER y BRUNENGO-BASSO (2016: 18); *Vid. et.* DUPONT y LUCAS (2017: 145).

(21) Artículos L. 163-1 a L. 163-5 del Code de l'environnement, introducidos mediante artículo 69 de la Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

Podría afirmarse, sin lugar a dudas, que dos son los cambios *revolucionarios* introducidos por la Ley de 2016 en lo que respecta al sistema de compensaciones ambientales. Uno de ellos es, como se comentaba en el párrafo anterior, la instauración de un marco detallado para la ejecución de la obligación compensatoria, estipulando criterios esenciales y detallando modalidades de satisfacción; plasmado mediante la inclusión de un capítulo específico en el Code de l'environnement. Entre estas disposiciones se incluye, además, por primera vez y proporcionando el necesario apoyo legal, la posibilidad del recurso a las unidades de biodiversidad en el marco de un *site naturel de compensation*, como analizaremos posteriormente.

El otro aspecto significativo viene definido por la habilidad del legislador francés para dotar de visibilidad y base jurídica sólida a la compensación ambiental, al incluirla entre los principios generales del derecho ambiental. Frente a las eventuales vicisitudes y el inevitable debate que hubiera supuesto la introducción de un *principio general de compensación*, el legislador recurre a la adhesión del sistema de compensaciones a uno de los grandes principios ambientales: el principio de prevención. Asociación cuya naturaleza trataremos a continuación.

## 1. La compensación como expresión del principio de prevención

Para sorpresa de parte de la doctrina francesa, el legislador, mediante la Ley para la reconquista de la biodiversidad de 2016, consagra la compensación ambiental adhiriéndola a uno de los principios indiscutibles del Derecho ambiental: el principio de prevención o acción preventiva (22). Para ello, se sirve de concebir la obligación compensatoria como parte de un todo indisoluble, de un mecanismo de etapas sucesivas conocido como *jerarquía de mitigación* o *secuencia ERC* (*Evitar-Reducir-Compensar*). En otras palabras, el mérito de la *ley biodiversidad* es el de endosar el tríptico ERC al principio de prevención, dándole a éste mayor visibilidad y entendiendo la compensación ambiental como un recurso indisoluble de dicha secuencia.

La jerarquía de mitigación se encuentra presente en el sistema francés desde la primera ley de protección de la naturaleza en 1976 (23). Tras esta temprana inclusión, casi a título programático, su contenido ha ido variando en consonancia con la rápida evolución acaecida en todos los sectores del ordenamiento jurídico ambiental. Su consagración con la llegada de la Ley de

---

(22) El principio de acción preventiva aparece regulado en el artículo 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea como uno de los principios inspiradores de la política medioambiental de la Unión.

(23) Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature [Ley n° 76-629, de 10 julio de 1976, relativa a la protección de la naturaleza].

2016, no obstante, no es un hecho fortuito, sino la conclusión del esfuerzo de todos los actores implicados (servicios del Estado, asociaciones, federaciones e investigadores de todas las disciplinas concernidas) que no han cesado en los últimos años de producir informes, organizar coloquios y construir guías que sirvieran de referencia a los sujetos participantes y a todos los ciudadanos (24).

La secuencia ERC, ya unida a la prevención y recogida como principio general en el artículo L. 110-1, II, 2° del Code de l'environnement como *principio de acción preventiva y de corrección por prioridad en la fuente* (25), se compone de tres etapas que habrán de ser observadas en régimen de estricta jerarquía. En primer lugar, la manera óptima de prevenir los daños que un proyecto, plan o programa pueda causar sobre el medio ambiente, será la de *evitar* tal impacto. Es decir, considerar todo tipo de soluciones alternativas, tanto de naturaleza técnica, como geográfica (26). En segundo lugar, los efectos nocivos para el medio ambiente que no puedan ser evitados a un coste razonable, habrán de ser reducidos utilizando soluciones técnicas de minimización del impacto. En última instancia, todos aquellos daños residuales que no puedan ser evitados, ni minimizados, a un coste razonable, habrán de ser compensados, teniendo en cuenta especies, hábitats naturales y funciones ecológicas afectadas (27).

---

(24) Entre ellos destaca, por asentar la interpretación de este principio, la doctrina publicada por el Ministerio encargado de los asuntos medioambientales en el año 2012, dirigida a promotores, operadores y servicios del Estado, contenida en el informe titulado «Éviter, réduire et compenser les impacts sur le milieu naturel» [Evitar, reducir y compensar los impactos sobre el medio natural], con la vocación, como se indica en primera página, de avanzar hacia el futuro a la luz de los progresos de naturaleza técnica y reglamentaria.

En el mismo sentido, es remarcable la publicación del informe «Lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur les milieux naturels» [Líneas directrices nacionales sobre la secuencia evitar, reducir y compensar los impactos sobre los medios naturales], por la CGDD (Commissariat général au développement durable), en 2013, que establecía las líneas directrices para la aplicación de la secuencia ERC.

Otros documentos institucionales posteriores, son también importantes en la construcción del contenido de este instrumento (el último de enero de 2018). Ellos, junto con los antes mencionados, pueden consultarse en la página oficial del Ministère de la Transition Écologique et Solidaire [Ministerio de la Transición Ecológica y Solidaria], en la dirección: <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/eviter-reduire-et-compenser-impacts-sur-lenvironnement>.

(25) «Principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable» [principio de acción preventiva y de corrección, por prioridad en la fuente, de los daños al medio ambiente, usando las mejores técnicas disponibles a un coste económicamente aceptable] (artículo L. 110-1, II, 2° del Code de l'environnement).

(26) Por ejemplo, modificar el trazado de una carretera para evitar un emplazamiento de la Red Natura 2000 (MEEM, 2017: 1).

(27) La expresión *funciones ecológicas afectadas*, introducida por la Ley de 8 agosto de 2016, sustituye a la anterior *servicios afectados* y *funciones ecosistémicas afectadas*. En

Este principio de acción preventiva tendrá como objetivo, de acuerdo con el artículo mencionado *supra*, la ausencia de pérdida neta de biodiversidad, incluso tender hacia una ganancia de biodiversidad, reproducción de los principios *no net loss* y *net gain* de origen estadounidense (28). La no pérdida neta de biodiversidad implica, de este modo, que en el marco de la implementación de un proyecto, plan o programa, las ganancias de biodiversidad alcanzadas mediante actuaciones de creación, restauración, mejora o preservación, habrán de ser, como mínimo, equivalentes a las pérdidas derivadas del impacto de la actividad sobre el medio ambiente e, incluso, suponer una ganancia en términos de tipo, cantidad y calidad de la biodiversidad —por tanto, sólo cabe la reparación *in natura*— en el espacio y en el tiempo (29). La adhesión de este objetivo a la prevención, no obstante, es discutible, siendo más adecuada, quizá, su configuración como principio orientador de la implementación medidas compensatorias, de forma particular.

Por tanto, de acuerdo con lo expuesto hasta ahora, no resultará sorprendente que la asociación pretendida por el legislador entre compensación ambiental y principio de prevención haya suscitado disparidad de opiniones en la doctrina jurídica francesa. Por una parte, DUPONT y LUCAS (2017: 147-148) consideran este endose como parcialmente erróneo, al sustentarse en la premisa de la indivisibilidad conceptual de la jerarquía de mitigación que, en realidad, niega la singularidad de la compensación. Ya que, para las autoras, las dos primeras medidas (evitación y reducción) tienen una finalidad distinta de la tercera (compensación), la cual se relaciona mayormente con el principio *quien contamina paga* (30). Así, se correría el riesgo de percibir el principio de prevención únicamente a través del prisma de la sucesión ERC, en lugar de en su sentido más amplio, perdiendo generalidad.

---

opinión de VAN LANG (2016a: 588) este cambio persigue aclarar que de lo que se trata es de compensar los impactos sobre el buen funcionamiento de los ecosistemas, mientras que, determinados servicios prestados por aquellos hacia el hombre como, por ejemplo, los relacionados con el ocio, no serán objeto de la compensación ambiental.

(28) «Ce principe doit viser un objectif d'absence de perte nette de biodiversité, voire tendre vers un gain de biodiversité» (Artículo L. 110-1, II, 2°, *in fine*, del Code de l'environnement). Sobre el principio *no net loss* en el sistema de compensaciones ambientales de Estados Unidos y, en particular, en relación con los bancos de conservación, *vid.* CONDE ANTEQUERA (2014: 387 y ss.).

(29) BBOP-BUSINESS AND BIODIVERSITY OFFSETS PROGRAMME (2012: 10).

(30) Es inevitable pensar que el distanciamiento buscado por el legislador respecto de este principio *quien contamina paga*, persigue, *inter alia*, alejarse de la crítica fácil que deriva de la inversión de esta formulación en *quien paga contamina* (DE GUERRERO MANSO, 2016: 104), utilizada para representar la temida idea de que el régimen de compensaciones dé lugar a un *derecho a destruir*, es decir, a la autorización de la producción de daños al medio ambiente a cambio de contrapartidas.

Esta singularidad de la compensación nos llevaría, asimismo, a identificar dos subgrupos de medidas habitualmente denominadas: medidas *ex ante* y medidas *ex post*. De este modo, la clasificación hace referencia, por un lado, a las medidas compensatorias diseñadas con anterioridad (*ex ante*) a la realización de un proyecto, plan o programa, en el ámbito de la evaluación ambiental. Por otro lado, se encontrarían las medidas de compensación cuya finalidad es restituir el equilibrio ecológico ya destruido —accidentalmente— (*ex post*) que se sitúan en el ámbito de la responsabilidad medioambiental. En este sentido, VAN LANG (2016a: 587) señala que la Ley para la reconquista de la biodiversidad se ocupa sólo de las primeras, es decir, de las medidas *ex ante*, que son las que el legislador anexiona al principio de prevención. Mientras que el otro grupo de medidas, aquéllas *ex post*, se encuentran reguladas precisamente en la Ley de 1 de agosto 2008 (31), que incorpora en el ordenamiento jurídico francés la Directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad medioambiental, y sí ostentarían relación directa con el principio quien contamina paga.

Pese al valor de esta distinción, sigue siendo cuestionable la asociación entre las medidas llamadas *ex ante* y la acción preventiva, aunque la adición de la *no pérdida neta de biodiversidad* parece mitigar dicha aprensión. En este sentido, se pronunciaba años antes CONDE ANTEQUERA (2014: 991), indicando que «admitir la posibilidad de un efecto ambiental adverso irreparable a la hora de emitir la declaración ambiental en el procedimiento de evaluación ambiental puede suponer una lesión del principio de prevención [...] si no se reinterpreta dicho principio en el sentido comentado de la no pérdida neta de biodiversidad» a la luz del cual «lo que se pretende es *prevenir* esa pérdida neta de biodiversidad derivada de la realización de un proyecto».

Con todo, hay quienes señalan que, con independencia de la naturaleza de las medidas compensatorias, anteriores o posteriores, todas comparten un carácter *curativo*, elemento determinante para la apreciación de un ánimo preventivo (32). Pues si bien ciertas degradaciones no hubieren podido ser evitadas, ni completamente reducidas, al menos podrán ser constatadas, en vistas de una prevención global de pérdidas de biodiversidad resultantes de la realización del proyecto, plan o programa objeto del procedimiento (33). El acento se pone de nuevo, por tanto, en la visión de conjunto indivisible del mecanismo. No en vano, todo aquel proyecto cuyos daños potenciales

---

(31) Loi n° 2008-757 du 1er août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement [Ley n° 2008-757, de 1 de agosto de 2008, relativa a la responsabilidad medioambiental y a diversas disposiciones de adaptación al derecho comunitario en el ámbito del medio ambiente].

(32) Vid. VAN LANG (2016a: 587); vid. et. DUPONT y LUCAS (2017: 147).

(33) Vid. TRÉBULLE (2017: 1).

al medio ambiente no puedan ser evitados, ni reducidos, ni compensados de forma satisfactoria no podrá, en ningún caso, ser autorizado por la Administración en tal estado (34).

## 2. Régimen de ejecución de medidas compensatorias: reconocimiento de criterios y modalidades

Como comentábamos anteriormente, además de la adhesión de la compensación ambiental a la acción preventiva y al tríptico ERC, otro de los aspectos clave de la Ley de 2016 para la reconquista de la biodiversidad es la regulación contenida en ella sobre la ejecución de medidas compensatorias ofreciendo, por primera vez, parámetros sobre su intensidad, modalidades de satisfacción y criterios de estricta observancia.

No es baladí señalar que, pese a que la Ley dedica una mayor atención a estas medidas en comparación al total de disposiciones referidas a la evitación y a la reducción, lo que ha suscitado no pocas críticas (35), el carácter de las mismas se configura expresamente como excepcional, sólo en relación a impactos residuales. Es decir, éstas no pueden sustituir, en ningún caso, a las de evitación y minimización, respectivamente.

El objetivo esencial de la compensación, de acuerdo con lo expuesto hasta ahora es, por tanto, la consecución de la no pérdida neta de biodiversidad, o incluso ganancia. Así, continuando con el artículo mencionado *supra*, el hecho generador de la obligación será la existencia de un impacto residual (ni evitable, ni reducible) previsto o previsible (36); a condición de que un texto legal o reglamentario así lo prevea y dentro del respeto a la *equivalencia eco-*

---

(34) Art. L. 163-1, I, párrafo 2º, del Code de l'environnement. Nótese que esta prohibición entra en aparente contradicción con la previsión que se establece en materia de evaluación ambiental de proyectos (artículo R. 122-5, II, 8º del Code de l'environnement) al incluir, en el contenido del *étude d'impact* [estudio de impacto], la relación de las medidas compensatorias a implementar por el promotor para mitigar los efectos nocivos del proyecto que se pretende autorizar y *si no es posible compensar sus efectos, justificar dicha imposibilidad*. ¿Para qué incluir en el documento la justificación de la imposibilidad de compensar posibles daños si, en atención a la prohibición mencionada, un proyecto cuyo impacto no sea compensable —ni evitable, ni reducible— no podrá ser autorizado?

(35) En este sentido, GRIMONPREZ (2016: 23) apunta que el detalle y número de artículos que el legislador dedica a la compensación, en detrimento de los otros dos eslabones superiores de la jerarquía, lleva, inevitablemente, a focalizar la atención sobre este mecanismo con el riesgo de infravalorar los anteriores.

(36) Nótese que, al no especificar este artículo el grado de daño requerido, ni la naturaleza particular de la biodiversidad afectada —pudiendo ser hasta las más ordinaria—, corresponderá a la Administración, dentro de su margen de discrecionalidad, apreciar si la amplitud del impacto residual es suficiente como para justificar la aplicación de medidas compensatorias (GRIMONPREZ, 2016: 24).

*lógica* (37). Criterio de equivalencia que analizaremos, por su trascendencia, en epígrafe posterior junto al resto de criterios esenciales.

Además, continúa dicho artículo en su párrafo segundo, estas medidas deben traducirse en una obligación de resultado y ser efectivas durante la duración total de los impactos. En lo que respecta a la exigencia de resultado, ésta debe interpretarse como una obligación para la administración no solamente de prescribir las acciones a acometer, sino también de exigir resultados medibles y precisos, que reflejen el estado ecológico perseguido con la implementación de las medidas (38). Algo que, para DUPONT y LUCAS (2017: 150), resulta ambicioso, a la luz de la fuerte incertidumbre científica en este ámbito (39). Señala VAN LANG (2016a: 591), asimismo, que este requisito obligaría también a la administración respecto de sí misma, conminada a modificar sus propias prescripciones si éstas no resultaren suficientes para asegurar el éxito de la compensación.

En cuanto a la previsión de perdurabilidad de las medidas compensatorias durante la duración total de los daños, la cuestión será examinada posteriormente, con ocasión del criterio de *permanencia en el largo plazo*.

El apremio de resultado permitirá que la autoridad administrativa actúe contra la persona obligada a la implementación de las medidas compensatorias, cuando ésta no las haya satisfecho en las condiciones impuestas. En particular, el artículo L. 163-4, párrafos 1º y 2º, del Code de l'environnement, especifica que, ante un incumplimiento, la autoridad se dirigirá al interesado ordenando la satisfacción de la compensación, en un plazo determinado por ésta. Si al transcurso de dicho plazo la persona obligada no ha actuado conforme al requerimiento, la administración procederá a ejecutar de oficio las medidas prescritas, en el lugar de dicha persona y a su costa. Además, todo obligado a implementar medidas compensatorias podrá ser compelido a constituir garantías financieras, destinadas a asegurar la realización satisfactoria de la compensación (40).

---

(37) Art. L. 163-1, l, párrafo 1º, del Code de l'environnement.

(38) MEDTL (2012: 8) en DUPONT y LUCAS (2017: 150).

(39) Las autoras consideran, además, que la calificación de *obligación de resultado* es inadecuada, dada su significación jurídica, y podría dar lugar a contencioso (por ejemplo, en el Código Civil francés se regula que, en caso de fuerza mayor, el obligado puede quedar exonerado del cumplimiento, incluso siendo exigible el resultado, como señala GRIMONPREZ [2016: 24], ¿quedaría el promotor liberado del cumplimiento de las medidas compensatorias en caso de imposibilidad fortuita e imprevisible?).

(40) Artículo L. 163-4, párrafos 4º y 5º, del Code de l'environnement. El incumplimiento de la prescripción de constituir dicha garantía financiera, continúa el artículo, podrá conllevar la obligación de consignar ante una autoridad contable, la suma correspondiente a la realización de las medidas, sin perjuicio de la correspondiente multa administrativa y el procedimiento en vía penal, si procediere.

Hasta aquí, las disposiciones introducidas por la Ley de reconquista de la biodiversidad en el Code de l'environnement suponen una evolución natural de la regulación del sistema de compensaciones. La verdadera *revolución*, no obstante, viene de la mano del artículo L. 163-1, II, párrafo 1º, que especifica, por primera vez, las posibles modalidades de ejecución de estas medidas, en los siguientes términos (traducido):

II. Toda persona sometida a una obligación de implementación de medidas compensatorias de daños a la biodiversidad, podrá satisfacer dicha obligación ya sea directamente; confiando su realización, mediante contrato, a un operador de compensación definido en el punto III del presente artículo, o mediante la adquisición de unidades de compensación en el marco de un *site naturel de compensation* definido en el artículo L. 163-3 (41).

Para cumplir con la obligación de compensación, el promotor tendrá la posibilidad, por lo tanto, de elegir entre varias opciones legales, de forma alternativa o complementaria —párrafo 3º del artículo antecitado— (42). Por un lado, podrá efectuar las medidas de compensación por él mismo (opción menos frecuente, a la luz de los requerimientos técnicos necesarios para acometer acciones de esta índole). Por otro lado, podrá recurrir a la formalización de un contrato, regulándose dos tipos: el primero, aquel que permite encargarse a un *operador de compensación* la realización de las medidas prescritas; el segundo tipo de contrato, aquel que versa sobre la adquisición de unidades de compensación en el marco de un *site naturel de compensation*.

En sí, podría decirse que el legislador no innova sobre la elección del instrumento jurídico utilizado, pues el contrato ya era el recurso más utilizado en la ejecución de medidas de compensación. La novedad viene del lado,

---

(41) «II. – Toute personne soumise à une obligation de mettre en œuvre des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité y satisfait soit directement, soit en confiant, par contrat, la réalisation de ces mesures à un opérateur de compensation défini au III du présent article, soit par l'acquisition d'unités de compensation dans le cadre d'un site naturel de compensation défini à l'article L. 163-3».

(42) La libertad que acompaña a esta elección, dice VAN LANG (2016a: 590), tiene como finalidad incitar al promotor a comprometerse, con mayor voluntariedad, a llevar a cabo la compensación. En el mismo sentido, VAISSIÈRE, QUÉTIER y LEVREL (2017: 127) señalan que la regulación anterior a la Ley de 2016, dispersa e inespecífica, generaba una gran heterogeneidad en el tratamiento de los proyectos. Las medidas complementarias eran determinadas *ad hoc* y, a menudo, la urgencia conducía a privilegiar soluciones rápidas, poco duraderas y en ocasiones ineficaces desde un punto de vista ecológico.

Nótese que, cuando la administración proceda de oficio por causa de incumplimiento del obligado, ésta lo hará de acuerdo con la modalidad fijada en la autorización, es decir, o bien ejecutando las medidas o bien confiando su realización a un operador de compensación o adquiriendo unidades de compensación de un *site naturel de compensation*, según hubiere sido prescrito.



por tanto, de la designación de la parte contratante y del objeto del negocio jurídico (43).

La definición de operador de compensación, recogida en el mismo artículo L. 163-1, punto III, indica que tal condición hace referencia a una persona pública o privada que recibe el encargo, por parte del sujeto obligado a aplicar medidas de compensación de daños a la biodiversidad, de implementar dichas medidas y de su coordinación a largo plazo. Teniendo en cuenta, además, que en todos los casos —también en el de la adquisición de unidades de compensación— el promotor se mantiene como el único responsable frente a la autoridad administrativa. Es decir, no se da una transferencia de responsabilidad del promotor al operador, sin perjuicio de que el primero pueda actuar contra el operador de compensación que haya incurrido en incumplimiento de sus compromisos contractuales (44).

Sobre el contenido previsto del contrato, nada se dice, aunque es lógico pensar que la determinación de las obligaciones contractuales estará fuertemente correlacionada con el contenido de las medidas prescritas por la autoridad administrativa. Sobre su naturaleza, tampoco. En este sentido, VAN LANG (2016a: 590) aboga por instituir esta modalidad en contrato administrativo, habida cuenta de su finalidad de compensación de la biodiversidad, que tiene como objetivo asegurar un interés general, con independencia de la naturaleza de las partes contratantes.

La Ley introduce, además, un nuevo criterio —que será junto a los anteriores, objeto de análisis posterior— al disponer que las medidas de compensación serán implementadas prioritariamente sobre el sitio dañado o, en todo caso, a *proximidad* del mismo, con el fin de garantizar sus funcionalidades de manera perenne (proximidad, en relación con la equivalencia funcional y la permanencia en el largo plazo) —artículo L. 163-1, II, *in fine*, del Code de l'environnement—.

En cualquier caso, las modalidades de cumplimiento recogidas en este artículo, responderían a un esquema que algunos autores han clasificado del *lado de la demanda* y del *lado de la oferta* (45). Las modalidades del lado de la demanda serían aquellas consistentes en ejecutar las acciones prescritas por la administración para garantizar la compensación ecológica, tanto directamente (por el promotor), como mediante delegación (a través de un operador de compensación). Actualmente, constituyen una obligación

---

(43) Vid. LUCAS (2017: 31) en DUPONT y LUCAS (2017: 156 y ss.).

(44) Artículo L. 163-1, II, párrafo 2º, del Code de l'environnement, donde se indica que el promotor se mantiene como único responsable frente a la autoridad administrativa, en todos los casos.

(45) Vid. BORN, DUPONT Y PONCELET (2012); *vid. et.* THIEVENT (2017), ETRILLARD (2017).

de medios más que de resultado, pues sólo prescriben la realización de las acciones oportunas y, si bien corresponde a la administración el seguimiento y la verificación del resultado ecológico perseguido, tal producto no deja de ser una mera estimación al momento del otorgamiento de la autorización. Por otro lado, nos encontraríamos con la compensación por el lado de la oferta: el recurso a las unidades de compensación en el marco de un *site naturel de compensation*. Este mecanismo, como veremos en epígrafes sucesivos, puede presentar, por su juventud, incertidumbres de toda índole; no obstante, algunas de sus ventajas con respecto al sistema de compensación a la demanda, son *a priori* constatables (46).

En primer lugar, favorece la satisfacción del objetivo de resultado y la eficacia de la compensación permitiendo conocer de antemano, en el momento de la autorización, en qué términos y sobre qué valores ecológicos se producirá ésta, pues el promotor estará adquiriendo, desde el primer momento, el resultado —medido y valorado— de una acción de mejora o restauración anterior (anticipada). En segundo lugar, en relación al objetivo de no pérdida neta de biodiversidad, al que se orientan todas las medidas de compensación, el recurso a las unidades de un lugar de compensación presentaría, además, la ventaja añadida de que, al desarrollar la ganancia de biodiversidad antes de la producción del impacto, podrían evitarse las *pérdidas intermedias*. Es decir, aquellas que se producen entre el momento de la destrucción de biodiversidad y aquel en que surten efecto las medidas de compensación. Pérdidas constatables en los mecanismos del lado de la demanda (47).

Su inclusión en último lugar al citar el elenco de modalidades, no obstante, lleva a algunos autores, como TRÉBULLE (2017: 2), a afirmar que el recurso a las unidades de compensación no es sino subsidiario con respecto a los otros modos de compensación, siendo los dos anteriores preferidos. Este presupuesto, sin embargo, parece no concordar con el empeño demostrado por el legislador en su desarrollo y en la difusión de sus ventajas operativas y ecológicas.

De lo que sí existe evidencia es de que el reconocimiento legal del recurso a las unidades de compensación ha sido una de las reformas más controvertidas acometidas por la Ley para la reconquista de la biodiversidad. Tras la publicación del texto, las críticas a su inclusión han sido cuantiosas desde todas las disciplinas; encontrando, también, fervientes partidarios. En cualquier caso, su introducción, aunque sucinta, responde a un largo proceso de tramitación parlamentaria que no fue, ni mucho menos, sencillo.

---

(46) De ello hace alarde el propio Ministerio encargado de los asuntos medioambientales, con la publicación de un documento oficial titulado «Sites naturels de compensation, un outil prometteur au service de la biodiversité», con fecha diciembre de 2017, disponible en la página web de la institución, *op. cit.*, nota 24.

(47) MTES (2017: 1).

### 3. La sucinta pero decisiva inclusión de los *sites naturels de compensation* y su definición

Ausentes de la versión inicial de la Ley presentada por el gobierno en 2014, los *sites naturels de compensation* serán incorporados en primera lectura en la Assemblée Nationale francesa, bajo la denominación de *réserves d'actifs naturels*, en reconocimiento de la denominación otorgada a la Réserve d'actifs naturels de Cossure, primer proyecto experimental de creación de unidades de compensación llevado a cabo en Francia, en el año 2008, sobre el territorio de la llanura de Crau. En segunda lectura, no obstante, este nombre será sustituido por su apelativo actual.

La mayor parte de las enmiendas presentadas al proyecto de ley incluían la supresión de toda alusión a este mecanismo. La principal crítica, como era esperable, vino de la mano del temor a una mercantilización de la naturaleza. No cabe duda, por tanto, de que el cambio de denominación haciendo desaparecer cualquier referencia a *activos, bancos o créditos de compensación*, fue uno de los recursos empleados por el legislador para sobrellevar los posibles reproches, en una apuesta decidida por dar impulso a este instrumento (48). Finalmente, el texto será aprobado el 8 de agosto de 2016, dando reconocimiento legal y sentando las bases para la futura reglamentación de los *sites naturels de compensation*. Así, el artículo 69 de la Ley para la reconquista de la biodiversidad, además de prever expresamente el recurso a las unidades de compensación como una de las tres modalidades de satisfacción de la obligación antevistas, introduce en el Code de l'environnement el artículo L. 163-3, fijando la definición de los *sites naturels de compensation* en los siguientes términos (traducido):

Las operaciones de restauración o desarrollo de elementos de la biodiversidad, denominadas «sites naturels de compensation», pueden ser implementadas por personas públicas o privadas, con el fin de ejecutar las medidas de compensación definidas en el punto I del artículo L. 163-1, de manera anticipada y mutualizada.

Los «sites naturels de compensation» están sujetos a autorización previa del Estado, de acuerdo con los procedimientos definidos por decreto (49).

---

(48) VAISSIÈRE, QUÉTIER y LEVREL (2017: 127).

(49) «Des opérations de restauration ou de développement d'éléments de biodiversité, dénommées "sites naturels de compensation", peuvent être mises en place par des personnes publiques ou privées, afin de mettre en œuvre les mesures de compensation définies au I de l'article L. 163-1, de manière à la fois anticipée et mutualisée.

»Les sites naturels de compensation font l'objet d'un agrément préalable par l'État, selon des modalités définies par décret».

De este modo, para su constitución se exigirá una operación de restauración o de desarrollo, es decir, no basta la mera conservación. Esta acción puede provenir de la iniciativa tanto de una persona (50) privada como pública y, además, su establecimiento estará sometido a autorización previa favorable de la administración, regulada por vía reglamentaria. Esta previsión dará lugar a dos decretos, publicados apenas seis meses después, el 28 de febrero de 2017 (Decreto nº 2017-264 y Decreto nº 2017-265). Estos introducirán en el Code de l'environnement un total de diez artículos regulando las condiciones relativas al otorgamiento y contenido de la autorización, a su validez y modificación, así como obligaciones para los *sites naturels* y normas respecto de su seguimiento y evaluación.

### **III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS *SITES NATURELS DE COMPENSATION* RESPECTO DE LOS CRITERIOS MARCO PARA LA EJECUCIÓN DE MEDIDAS COMPENSATORIAS**

Tal y como señalábamos en el apartado introductorio, el modelo elemental de funcionamiento de este mecanismo no es sino el de los bancos de hábitat de origen norteamericano, con independencia de la denominación que reciban —en España, bancos de conservación de la naturaleza—. De este modo y de acuerdo con la nueva previsión legislativa, cualquier persona podrá, en territorio francés, solicitar una autorización para la constitución de un *site naturel de compensation* y, tras su otorgamiento, iniciar operaciones de restauración o desarrollo de un territorio determinado. Posteriormente, esta acción de mejora podrá ser vendida en forma de unidades de compensación a los promotores de proyectos, planes o programas, con impactos residuales que deban ser compensados; los cuales podrán satisfacer esta obligación mediante la adquisición de dichas unidades de conservación, tal y como se dispone expresamente en el artículo L. 163-1, II, párrafo 1º del Code de l'environnement francés, anteriormente analizado.

Nótese que, en la definición de *site naturel de compensation*, se omite cualquier referencia a la venta de estas unidades. La definición, breve, de esta herramienta, se centra en exclusiva en la acción de mejora de la biodiversidad inicial. De este modo, el legislador pretende apaciguar las críticas en torno a la mercantilización de la naturaleza inherentes a los mecanismos de mercado. En este mismo sentido parece incidir al conceptualizar qué es una unidad de

---

(50) Esta persona podría ser tanto persona física como jurídica, al no especificarse detalle en la Ley. No obstante, el requerimiento técnico y presupuesto necesario para la puesta en marcha de estas operaciones, hace inviable en la práctica su implementación a cargo de una persona física.

compensación, en el documento institucional «Sites naturels de compensation, un outil prometteur au service de la biodiversité» (51). Así, para el legislador francés, una unidad de compensación se corresponde con la prestación de un servicio delimitado en el tiempo y en el espacio. En particular, representa la implementación de medidas de restauración o de creación específicas sobre un hábitat o una especie. A esta unidad, continúa el documento, se asocian las medidas de seguimiento de la eficacia de la compensación y recalca: lo que el promotor obligado a compensar está pagando es el servicio de reparación o mejora acometido previamente por el operador del *site naturel de compensation*. No se da, en modo alguno, venta de ningún elemento de biodiversidad. Así mismo, la adquisición de unidades tampoco supone transferencia de la responsabilidad legal de compensar del promotor hacia el operador del *site*, respondiendo el primero en exclusiva frente a la administración. Será necesario, no obstante, que más allá de documentos informativos el legislador incluya en la normativa una definición clara de lo que representa una unidad de compensación.

La regulación actual de los *sites de compensation* tendrá que ampliarse y precisarse en años venideros, a la luz de los retos científicos y operacionales que supone la puesta en marcha de este mecanismo. También, por los riesgos asociados a un uso inadecuado, que obligan a implementar un estricto marco de seguimiento, evaluación y garantías. Para ello, el legislador francés encontrará un apoyo fundamental en la experimentación nacional, como veremos más adelante. Por el momento, la regulación contenida en los dos decretos de desarrollo (Decreto n° 2017-264 y Decreto n° 2017-265, antes citados), más una orden ministerial que fijará la composición del expediente de solicitud (52) componen el marco normativo sobre el que asentar las distintas experiencias.

De este modo, la implementación de un *site naturel de compensation* estará siempre orientada hacia el objetivo esencial de la compensación, la no pérdida neta de biodiversidad. Igualmente, deberá observar los criterios mencionados en el apartado anterior introducidos para garantizar el éxito ecológico de cualquier operación compensatoria. En particular, podemos identificar un criterio material, el de equivalencia ecológica; un criterio espacial, con la generalización del requisito de proximidad, y un último criterio marco relativo a la permanencia en el largo plazo, incluso a perpetuidad, de la

---

(51) MTES (2017: 3).

(52) Arrêté du 10 avril 2017 fixant la composition du dossier de demande d'agrément d'un site naturel de compensation prévu à l'article D. 163-3 du code de l'environnement [Orden, de 10 de abril de 2017, que fija la composición del expediente de solicitud de autorización de un *site naturel de compensation* previsto en el artículo D. 163-3 del Code de l'environnement].

compensación. Habida cuenta de que estos no se dan de forma aislada, sino interrelacionados.

## 1. Respeto a la equivalencia ecológica

La propia definición del concepto de medidas compensatorias, recogida en el artículo L. 163-1, I, párrafo 1º del Code de l'environnement, señala que son aquellas destinadas a compensar, *dentro del respeto a su equivalencia ecológica*, los daños previstos o previsibles a la biodiversidad producidos por causa de un proyecto, plan o programa. ¿Qué significa, por tanto, la equivalencia ecológica y qué implicaciones tiene? ¿Qué medidas adoptarán los *sites naturels de compensation* para garantizar el respeto a esta equivalencia ecológica?

En respuesta a la primera de las cuestiones planteadas, la equivalencia ecológica supone que las medidas compensatorias deben ser capaces de restituir, en proporciones semejantes, tanto en el plano cuantitativo como en el plano cualitativo, los elementos de la biodiversidad degradados (53). Esta interpretación, orientada al principio de no pérdida neta, nos está indicando que debe producirse una restitución *in natura* de los valores impactados, donde la compensación permita la correspondencia entre los elementos de biodiversidad dañados y los creados, en términos cuantitativos y cualitativos —de especies, hábitats y funciones ecológicas (54)—. Nótese que, en el ámbito de la responsabilidad (compensación *ex post*), la propia Directiva de responsabilidad ambiental establece el uso, en primer lugar, de los criterios de equivalencia recurso-recurso o servicio-servicio, obligando a considerar prioritariamente aquellas «acciones que proporcionen recursos naturales y/o servicios del mismo tipo, calidad y cantidad que los dañados» (55).

La equivalencia ecológica es, a día de hoy, uno de los aspectos más controvertidos de compensación medioambiental. La realidad es que, en la actualidad, no existe ninguna unidad de medida capaz de expresar el valor de un elemento de biodiversidad en toda su complejidad. El estado de la ciencia

---

(53) Aproximación al concepto de equivalencia ecológica, según las autoras DUPONT y LUCAS (2017: 147). Para más información sobre el criterio de equivalencia ecológica y su interpretación, en Francia, desde una orientación científica que va más allá del objeto de este trabajo, *vid.* QUÉTIER *et. al.* (2012).

(54) Clasificación de elementos de la biodiversidad (especies, hábitats y funciones ecológicas) recogida en el artículo L. 110-1, II, 2º del Code de l'environnement, que define el principio de acción preventiva y corrección por prioridad en la fuente.

(55) Anexo II, apartado 1.2.2. de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, en GARCÍA URETA (2015: 342).

y las capacidades técnicas disponibles son igualmente insuficientes a la hora de determinar el valor ecológico inicial de un territorio, así como el impacto que podrán tener determinadas medidas de restauración o desarrollo (56). Lo mismo ocurrirá con la evaluación del estado final, en relación al éxito o fracaso de las medidas prescritas. Será fundamental, por lo tanto, en la aplicación de este criterio, escoger los indicadores ecológicos más avanzados, capaces de ofrecer un acercamiento omnicomprendivo de los valores que aporta la biodiversidad, a la vez que se invierte en el desarrollo de metodologías que permitan mejorar en precisión y representatividad.

Ante la ausencia de certezas, uno de los criterios aplicados en la actualidad es el de la sobrecompensación. De este modo, la ratio de equivalencia recurso dañado-compensado se mantendrá, o debería mantenerse, en la mayoría de las ocasiones por encima del 1:1. En apoyo de esta interpretación, la Comisión Europea, al considerar el grado de compensación derivado de la Directiva de Hábitats, sostenía que «los coeficientes deben estar ampliamente por encima del 1:1. Así pues, los coeficientes de compensación de 1:1 o inferiores deben considerarse sólo cuando se demuestre que, con ellos, las medidas tendrán una eficacia del 100% en la restauración de la estructura y la funcionalidad en un período breve» (57).

En Francia, la legislación nacional no ofrece ninguna indicación en lo referente a métodos y ratios a utilizar. Hay autores, como la profesora CAMPROUX-DUFFRÈNE (2008: 87) (58) que manifiestan que la afirmación del objetivo de equivalencia ecológica es una falsedad y un contrasentido ecológico y jurídico,

---

(56) Por ejemplo, según un estudio que analiza las propiedades del suelo cincuenta años después en zonas degradadas que fueron objeto de repoblación forestal, los resultados concluyen que no hay diferencias significativas entre los terrenos revegetados artificialmente y aquellos en los que la revegetación se produjo de manera natural (NADAL-ROMERO y CAMMERAAAT, 2015).

(57) Documento orientativo sobre el apartado 4 del artículo 6 de la «Directiva sobre Hábitats» 92/43/CE, publicado por la Comisión Europea en el año 2000, apartado 15.4, en GARCÍA URETA (2015: 335). El autor desarrolla asimismo este concepto mostrando su reflejo en algunos dictámenes de la Comisión. Por ejemplo, en la página 337, se recoge una experiencia en la cual las medidas compensatorias presentadas para la autorización de la ampliación y profundización de un canal en un río en Alemania, ostentaban una ratio de casi 1:7 y 1:4 en los dos hábitats prioritarios, teniendo en consideración el período requerido para su recreación, de incluso varias décadas —referencia: Dictamen C (2013) 1871 final, de 5 de abril de 2013, página 4—.

(58) En VAN LANG (2016a: 588). En este pasaje, VAN LANG recoge más opiniones de expertos que desconfían de la posibilidad de alcanzar una equivalencia ecológica real, como la de la diputada ecologista Laurence Albeille, que durante los debates parlamentarios relativos a la aprobación de la Ley para la reconquista de la biodiversidad sostuvo que la sola idea de la compensación ecológica es ilusoria.

pues tal concepción no es alcanzable (59). Así, la autora critica fuertemente el mecanismo de la compensación por el lado de la oferta (a la que responden los *sites naturels de compensation*) asegurando que compensar por anticipación es negar el funcionamiento de los ecosistemas y de su especificidad. En el caso de la compensación anticipada, continúa, ésta no tiene como efecto restituir el equilibrio anterior destruido, puesto que esto aún no ha sucedido. De este modo, con la compensación *ex ante* lo que verdaderamente se está haciendo es organizar una destrucción futura y prever las contrapartidas. Y añade: la neutralidad ecológica no existe, una destrucción y una creación no pueden anularse.

Es innegable, por tanto, la existencia de una controversia candente en lo que se refiere a la posibilidad de alcanzar, o no, una equivalencia ecológica en la compensación ambiental. En atención a las dificultades que esto plantea, ¿cómo ha implementado el legislador francés este criterio en la regulación de los *sites naturels de compensation*?

En primer lugar, la solicitud de autorización de la implementación de un *site naturel de compensation*, que irá dirigida al ministro encargado de los asuntos medioambientales (60), habrá de contener un informe aportado por el solicitante (61) que describa, *inter alia*, el estado ecológico inicial del *site naturel de compensation* y el estado ecológico final esperado; así como la identificación de los hábitats y especies susceptibles de ser compensables mediante la adquisición de unidades de compensación. Recogerá también este informe la articulación del sitio con respecto a los instrumentos de planeamiento y estrategias relativas al urbanismo y la biodiversidad, previendo potenciales continuidades ecológicas (62).

Curiosamente, el legislador deja al arbitrio del solicitante la determinación de las unidades de compensación (composición, nombre, precio unita-

---

(59) Incluso la propia CGDD, en su documento de 2013 «Lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur le milieu naturels», *op. cit.*, admitía que no todo será compensable y que habrá de tenerse en cuenta que, dado el estado actual del conocimiento y las técnicas científicas, por razones prácticas o de coste, no será siempre posible obtener esta equivalencia (TRÉBULLE, 2017: 2).

(60) Mediante correo certificado con acuse de recibo (Artículo D. 163-3, párrafo 1º, del Code de l'environnement).

(61) Artículo 2, 6º, de la Orden de 10 de abril de 2017, que regula el contenido del informe aportado por el solicitante como parte del expediente de solicitud.

(62) Precisamente, la posibilidad de una mejor coordinación con los instrumentos de planeamiento era una de las ventajas de los mecanismos de compensación del lado de la oferta, debido a su factor de anticipación, con respecto a los mecanismos del lado de la demanda, donde las medidas se determinan de forma aislada, caso por caso. Esta anticipación permitiría, además, diseñar medidas de mayor amplitud y coherencia ecológica territorial (MTES, 2017: 1).



rio...) que se recogerá así mismo en dicho informe adjunto a la solicitud de autorización. También deberá el futuro operador incluir el tipo de medidas ecológicas previstas para lograr una ganancia ecológica y las modalidades de evaluación de dicho resultado (método de equivalencia, indicadores...). Así como el nombre y condición de los expertos a quienes se encarga la evaluación del estado inicial del lugar, de la futura ganancia ecológica y de las equivalencias ecológicas.

Prevé también la orden ministerial que el solicitante adjunte un calendario de ejecución de las operaciones técnicas programadas, así como de las operaciones de seguimiento y evaluación. Este calendario recogerá, asimismo, la planificación y las modalidades de comercialización previstas de las unidades de compensación (fases del proyecto, duración de la venta, etc.) que, nuevamente, se dejan al arbitrio del solicitante.

La normativa francesa da, por lo tanto, libertad al futuro operador para fijar condiciones esenciales como la determinación de las unidades de compensación o el método de equivalencia y los indicadores utilizados. Posteriormente, será la administración quien evalúe la adecuación del expediente. En caso de otorgamiento, la autorización deberá contener el estado ecológico inicial y final, las condiciones previas a la puesta en venta de las unidades de compensación y la duración del periodo de venta, así como las modalidades de seguimiento de la ganancia ecológica (que pueden coincidir, o no, con las previsiones incluidas por el solicitante en el informe). La autorización incluirá asimismo el tipo de daños susceptibles de ser compensados por las unidades del *site* que se pongan en venta (63). Como garantía adicional, la legislación prevé que la decisión de autorización se someterá a dictamen previo (64) del Conseil national de la protection de la nature.

La puesta en venta de unidades de compensación no es un procedimiento inmediato, desde la autorización de la operación hasta el momento de la venta habrá de transcurrir un tiempo suficiente para, al menos, haber ejecutado las medidas de restauración o mejora previstas. Así lo confirma el artículo D. 163-8 del Code de l'environnement, que regula las obligaciones de los *sites naturels de compensation* y que, en su párrafo 2º, precisa que antes de la venta de unidades éstas deben permitir la satisfacción efectiva de la obligación compensatoria en virtud de la cual se adquieren. Es decir, las medidas de restauración o mejora deben estar efectivamente implementadas sobre el

---

(63) Artículo D. 163-4 del Code de l'environnement, que fija el contenido de la autorización.

(64) Traducción de «avis préalable» [dictamen previo]. Artículo R. 163-2 del Code de l'environnement.

lugar, de modo que la unidad adquirida represente la prestación efectiva de un servicio delimitado en el tiempo y en el espacio (65).

Parece lógico que, siguiendo un criterio de economía de medios, la administración deje en manos del futuro operador la delimitación de los aspectos esenciales antes vistos, determinantes de la equivalencia ecológica; siempre y cuando ella misma verifique su adecuación y decida, en consecuencia, otorgar o no la autorización. Por ello, quizá lo más sorprendente de la regulación de los *sites naturels de compensation* sea el sentido del silencio administrativo que el legislador ha previsto en el artículo R. 163-2, *in fine*, del Code de l'environnement. Así, la ausencia de respuesta del ministro encargado de los asuntos medioambientales, a la expiración de un plazo de seis meses a contar desde la recepción de la solicitud de autorización, tendrá el efecto de aprobación de la misma.

Es preciso señalar que el artículo L. 163-4 del Code de l'environnement prevé expresamente que, si la administración constata la ineficacia de las medidas prescritas para garantizar la equivalencia ecológica, podrá ordenar medidas complementarias, en cualquier momento. Sin embargo, no puede dejar de sorprendernos la decisión del legislador de implementar un silencio administrativo en sentido positivo que, sin perjuicio de que estos instrumentos de mercado se sometan a seguimiento y evaluación de la efectividad, autorizaría tácitamente el inicio de la intervención sobre un territorio de valor ecológico (actual y/o potencial). Esto, sin duda, sirve de acicate a aquellos que critican los mecanismos de compensación a la oferta y la inexistencia de garantías suficientes para asegurar un respeto a la equivalencia ecológica; criterio cuyo cumplimiento, hoy por hoy, es imposible de verificar.

## 2. Requisito de proximidad geográfica

La Ley para la reconquista de la biodiversidad, al introducir en el Code de l'environnement que las medidas de compensación serán implementadas prioritariamente sobre el sitio dañado o, en todo caso, a proximidad del mismo —artículo L. 163-1, II, *in fine*—, retoma el concepto de compensación *in situ*, reconociendo que los distintos hábitats y ecosistemas tienen unas funciones ecológicas determinadas que es preciso salvaguardar (66). No en vano, este requisito aparece expresamente mencionado en el artículo 191.2 del TFUE

---

(65) En consonancia con la definición de *unidad de compensación* que se recogía en el documento interpretativo MTEs (2017: 3), *op. cit.*

(66) DUPONT y LUCAS (2017: 153) señalan que el principio de reparación *in situ* ya estaba presente en el ordenamiento jurídico francés desde su introducción por el Décret n° 2011-2019, du 29 décembre 2011 portant réforme des études d'impact [Decreto n° 2011-2019, de 29 de diciembre de 2011, sobre la reforma de los estudios de impacto].

como uno de los principios orientadores de la política medioambiental de la Unión Europea, formulado como *principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma* (67).

En lo que respecta al derecho de la Unión Europea, GARCÍA URETA (2015: 337) señala que, si bien la Directiva de Hábitats no indica el ámbito territorial de la compensación, sí lo hace la Comisión (68), afirmando que el área seleccionada deberá encontrarse en la «misma región biogeográfica [...] o dentro del área de distribución natural, la ruta migratoria o la zona de invernada de las aves, en el Estado miembro de que se trate». No obstante, la propia Comisión reconoce a continuación que esto no siempre es posible, como acertadamente señala GARCÍA URETA; de ahí que el principio disponga la corrección sobre la fuente como prioritaria, pero no obligatoria. Nada se indica, además, sobre la posibilidad de compensación en otro Estado miembro de la Unión Europea.

Es preciso tener en cuenta, asimismo, que la corrección en la fuente no siempre tiene el efecto deseado desde un punto de vista ecológico. De este modo, la experiencia internacional ha demostrado que, en determinados supuestos, la compensación en el lugar del impacto finalmente derivaba en un mosaico de hábitats aislados, degradados y difíciles de gestionar (69). Por ello, es posible que, en ocasiones, una compensación *ex situ* planteada desde una perspectiva funcional (proximidad funcional) sea más adecuada en términos ecológicos que una compensación en la fuente o zonas adyacentes (proximidad geográfica). Las medidas compensatorias, en atención al valor superior de equivalencia ecológica, deberían situarse efectivamente allí donde las posibilidades de éxito en términos de reconstitución o restauración sean elevadas; teniendo en cuenta factores como la diversidad de los hábitats y su conectividad, las exigencias ecológicas de las distintas especies y la ocupación de terrenos contiguos. En cualquier caso, corresponderá al promotor y a las autoridades competentes motivar la elección del lugar de implementación de estas medidas (70).

No obstante, si la compensación en un lugar distinto de aquel de producción del daño puede ser preferible en ocasiones como las anteriores, es innegable que, tal como señala DE GUERRERO MANSO (2016: 102) al hablar sobre la implementación de bancos de conservación de la naturaleza en España, la compensación *ex situ* genera una serie de desequilibrios de difícil valoración,

---

(67) Artículo 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que recoge los principios de acción preventiva, corrección de los atentados al medio ambiente por preferencia en la fuente misma y el principio quien contamina paga.

(68) En el documento orientativo sobre el apartado 4 del artículo 6 de la «Directiva sobre Hábitats» 92/43/CE, *op. cit.*, nota 57.

(69) SOCHI y KIESECKER (2016: 320), en DUPONT y LUCAS (2017: 154).

(70) DUPONT y LUCAS (2017: 154).

especialmente percibidos por los ciudadanos que residen en el entorno cercano. Y es que «si la promoción [de un proyecto] se lleva a cabo en Galicia y la compra de créditos naturales se concreta en Córdoba, puede lograrse el objetivo de no pérdida neta de biodiversidad, pero se producirá un desequilibrio medioambiental». ¿Qué hacer, entonces, en un supuesto como el que propone DE GUERRERO MANSO respecto de los bancos de conservación? ¿Qué ha previsto el legislador francés para los *sites naturels de compensation*?

En el caso de los mecanismos del lado de la oferta, la corrección en el lugar de producción del impacto es materialmente imposible, puesto que la implementación de medidas de restauración o mejora se realiza con anterioridad a conocer cuál será el impacto residual a compensar y dónde se producirá. Para hacer frente a esta cualidad, el legislador francés opta por incluir un criterio de proximidad geográfica en la regulación de los *sites naturels de compensation*, que resulta preferido por encima de la compensación desde una perspectiva funcional. Criterio geográfico que algunos autores califican de vago y poco preciso (71).

Así, el Code de l'environnement (artículo D. 163-4, apartados 3º y 4º), dispone que la autorización de un *site naturel de compensation* deberá incluir, además de la localización y las referencias catastrales de las parcelas donde se prevé la implementación del mismo, la delimitación de la zona en la cual se encontrarán los proyectos con impactos residuales susceptibles de ser compensados mediante la adquisición de unidades compensación de ese lugar. Estos datos serán aportados por el futuro operador, en el expediente de solicitud de la autorización, que incluirá la cartografía y las referencias geográficas exactas del lugar propuesto para su transformación, así como la cartografía de la zona delimitada en la cual habrán de encontrarse los proyectos con daños residuales compensables (72).

La regulación contenida en estos artículos expresa un elemento esencial de la figura de los *sites naturels de compensation*. Si bien estos son un instrumento de mercado, en Francia, como señala TRÉBULLE (2017: 3), se tratará necesariamente de un mercado local. Si es que realmente puede llamarse mercado. En la experiencia del proyecto piloto de la Réserve d'actifs naturels

---

(71) En particular, VAISSIÈRE, QUÉTIER y LEVREL (2017: 129) consideran que primar la proximidad geográfica por encima de la funcional es contrario al propio objetivo ecológico de la compensación. De este modo, abogan por un modelo que priorice criterios de proximidad funcional (por ejemplo: misma hidroecorrección, misma especie, etc.), al estilo de los bancos de hábitats norteamericanos, que usan esta funcionalidad para definir áreas de servicio en las cuales los operadores podrán vender créditos ambientales del banco correspondiente.

(72) De acuerdo con el artículo 2, apartados 3º y 4º de la Orden de 10 de abril de 2017, *op. cit.*, que regula el contenido del informe aportado por el solicitante como parte del expediente de solicitud.

de Cossure, la cual abordaremos más adelante, esto se tradujo en la compensación de impactos de proyectos situados en un radio de 25 kilómetros, aproximadamente. Quedaría fuera de debate, por consiguiente, toda referencia a un posible mercado secundario de activos al estilo del sistema de *habitat banking* norteamericano. Al menos, de momento.

### 3. Permanencia en el largo plazo (perpetuidad)

Junto al respeto a la equivalencia ecológica y las consideraciones sobre el distanciamiento del lugar afectado, otro de los aspectos más debatidos de la compensación ambiental es sin duda aquel relativo a su mantenimiento en el largo plazo. El artículo L. 163-1, 2º del Code de l'environnement francés, establece que las medidas compensatorias de daños al medio ambiente deben, además de traducirse en una obligación de resultado, ser efectivas durante toda la duración de los impactos. Sin embargo, más allá de la reproducción de esta cautela, que responde al contenido propio del objetivo de no pérdida neta de biodiversidad, la Ley de 8 de agosto de 2016 no contiene ninguna disposición que afronte cómo garantizar dicha equivalencia temporal.

En este ámbito, el modelo de los *sites naturels de compensation* presentaría una ventaja notable. Mediante la generación de biodiversidad antes de que se produzca su pérdida, es decir, implementando medidas de creación de valor natural antes de que el impacto haya tenido lugar, se evitarían eventuales pérdidas intermedias (aquellas que se producen entre el momento de la destrucción y el momento de la compensación). Por consiguiente, los *sites naturels de compensation* favorecen un cumplimiento más fiel a la equivalencia temporal en el origen, ya que la compensación será una realidad tangible desde el momento de su prescripción. Mientras que, en el resto de supuestos, se produce un desfase entre la producción del daño y el éxito de las medidas compensatorias que vulnera, por tanto, la prescripción de que éstas sean efectivas durante *toda* la duración de los impactos.

La mayor controversia, no obstante lo anterior, viene de la mano del sostenimiento de la compensación en el tiempo, una vez que las medidas se han implementado. Especialmente, en aquellos supuestos en que se producen daños de larga duración o irreparables (en cuyo caso, ni siquiera una medida a perpetuidad sería suficiente para lograr el objetivo de la compensación). También en aquellas ocasiones, no infrecuentes, en que es imposible medir la totalidad de las implicaciones de una afección y su duración, por razones técnicas u operacionales (73).

---

(73) Uno de los recursos habituales para mitigar estos efectos negativos —además de la prohibición de autorizar proyectos cuyos impactos no sean evitables, ni reducibles, ni

Esta preocupación, común al conjunto de las medidas compensatorias, alcanza particularmente al modelo de los *sites naturels de compensation*, en el que se da un mayor número de agentes y factores implicados y donde las unidades de compensación representan una acción correctora en un espacio determinado y durante un período de tiempo concreto. ¿Cómo garantizar el valor de esas unidades en el largo plazo? ¿Cómo verificar que se cumplen los objetivos de la compensación décadas después de su imposición? ¿Qué instrumento jurídico es más adecuado para favorecer que se cumpla una obligación en el largo plazo o incluso a perpetuidad? ¿A quién corresponde esta responsabilidad? Las respuestas a estas cuestiones no son sencillas. Ni siquiera en los países, como Estados Unidos, donde el modelo se encuentra más avanzado.

Por su parte, el legislador francés, a través de la regulación específica de los *sites naturels de compensation* contenida en los decretos y en la orden ministerial, articula un sistema de protección para garantizar la permanencia mediante un entramado de actuaciones administrativas y previsiones legales que veremos a continuación, compuesto de: verificaciones *ex ante*, plazos mínimos de validez, obligaciones de información y rendición de cuentas, y medidas de seguimiento y publicidad.

De este modo, la administración se reserva un primer control sobre la idoneidad del operador en el momento de presentación de la solicitud. Así, de acuerdo con el artículo D. 163-1, apartado 1º, del Code de l'environnement, sólo serán susceptibles de ser autorizadas aquellas iniciativas que provengan de una persona que disponga de las capacidades técnicas y financieras necesarias. El solicitante aportará en el expediente de demanda todos los documentos que permitan a la administración evaluar su capacidad financiera y técnica, así como la de eventuales subcontratantes (74). De este modo, la administración constata que el operador que va a ser autorizado es capaz de implementar con éxito la restauración o mejora ecológica y mantenerla en largo plazo (de acuerdo con la información disponible en el momento presente).

Así mismo, este artículo incluye un segundo requisito (apartado 2º). El solicitante, además de cumplir las condiciones técnicas y financieras, deberá justificar los derechos que permitan realizar la operación en los terrenos donde

---

compensables— es la sobrecompensación, como veíamos en el apartado relativo a la equivalencia ecológica, con ratios muy superiores al 1:1, con el fin de *inclinarse la balanza* hacia el lado de la ganancia ecológica. Pero, por sí misma, la sobrecompensación no garantiza el objetivo de no pérdida neta y, además, igualmente puede requerirse su mantenimiento durante un largo período hasta lograr su efectividad.

(74) Artículo 2, 2º de la Orden de 10 de abril de 2017, *op. cit.* En particular, se prevé la entrega de documentos como: lista de recursos humanos y financieros movilizados para el proyecto, *currículum vitae*, experiencia en ingeniería ecológica o como operador de compensación ecológica y cuentas anuales y libros contables del solicitante en los años precedentes.

se asentará el *site naturel de compensation*. En este sentido, el régimen de ejecución de medidas compensatorias prevé expresamente que, cuando éstas deban implementarse en un terreno que no pertenezca ni a la persona obligada, ni al operador de compensación si se hubiere designado uno, deberá formalizarse un contrato con el propietario o, en su caso, con el arrendatario, que recoja la naturaleza y modalidades de las medidas a llevar a cabo y su duración (75).

Como dato llamativo, el artículo 70 de la Ley para la reconquista de la biodiversidad, prevé la creación de un inventario nacional que identifique espacios naturales con un potencial elevado de ganancia de biodiversidad, pertenecientes a personas jurídicas de derecho público o en estado de abandono, susceptibles de ser objeto de la ejecución de medidas compensatorias. Este inventario, realizado por la Agence française pour la biodiversité [Agencia francesa para la biodiversidad] en coordinación con otras instancias, persigue localizar de antemano terrenos con gran potencial de restauración ecológica y cuyo régimen de propiedad resulte menos problemático, lo cual facilitaría la perdurabilidad de las medidas en el largo plazo.

En cualquier caso, el candidato habrá de aportar, en el expediente de solicitud, la localización precisa del lugar mediante referencia catastral y toda la documentación que justifique la disponibilidad de los terrenos (escritura de propiedad o copia del o de los contratos formalizados) durante, al menos, la validez total de la autorización, que será como mínimo de treinta años (76).

En efecto, el artículo D. 163-5 del Code de l'environnement prescribe que la duración de la validez de la autorización no puede ser inferior a treinta años. En otras palabras, el legislador ha decidido que ésta sea la duración mínima de un *site naturel de compensation*. Nada impide que el operador adopte una duración mayor. En cualquier caso, si solicita autorización por un plazo más amplio, deberá motivarlo en la carta que acompaña al expediente de solicitud (77). No parece pues, a razón de este precepto, que su redactor esté pensando, por ahora, en establecer obligaciones a perpetuidad. No en vano, ni siquiera existen certezas sobre qué ocurriría una vez transcurrido el plazo mínimo legal.

En este sentido, TRÉBULLE (2017: 5) se plantea que, bajo esta regulación cuyo instrumento jurídico estructural es el contrato, no existe ninguna garantía una vez extinguido el compromiso contractual. Al término del plazo de duración previsto del *site naturel*, treinta o más años, el propietario recuperaría la libre disposición de los terrenos. Este período, prosigue el autor, sería en

---

(75) Artículo L. 163-2 del Code de l'environnement.

(76) Artículo 2, 5º de la Orden de 10 de abril de 2017, *op. cit.*

(77) Artículo 2, 1º, c) de la Orden de 10 de abril de 2017, *op. cit.*

la mayoría de los casos insuficiente para alcanzar una justa compensación. Por ello, TRÉBULLE invita a pensar si no resultaría más apropiado buscar soluciones del lado de los derechos reales, ligando los terrenos correspondientes a su finalidad compensatoria, lo que ofrecería una protección por encima de los plazos habituales del derecho de obligaciones. Especialmente cuando el legislador ha previsto, en el artículo 72 de la Ley para la reconquista de la biodiversidad, las *obligations réelles environnementales* [obligaciones reales ambientales], pudiendo ser un instrumento más adecuado en la búsqueda de la permanencia en el largo plazo (78).

---

(78) Las *Obligations Réelles Environnementales* (ORE) [obligaciones reales ambientales] son introducidas en el artículo L. 132-3 del Code de l'environnement, en virtud del artículo 72 de la Ley para la reconquista de la biodiversidad. Se configuran como un instrumento que permite a los propietarios de bienes inmuebles formalizar un contrato con una administración pública, entidad pública o persona jurídica de derecho privado que cuente entre sus fines con la protección del medio ambiente, con el fin de hacer nacer, a su cargo, así como a cargo de los propietarios ulteriores del bien, las obligaciones reales que consideren oportunas, siempre que tales obligaciones tengan por finalidad el mantenimiento, la conservación, la gestión o la restauración de elementos de la biodiversidad o de sus funciones ecológicas. Textualmente, en su redacción original (en francés):

«Art. L. 132-3.– Les propriétaires de biens immobiliers peuvent conclure un contrat avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement en vue de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques».

Tal y como señalan DUPONT y LUCAS (2017: 160), estas obligaciones reales ambientales poseen un elemento particular con respecto a las servidumbres clásicas ya que, por un lado, se constituyen en beneficio de una persona en lugar de un fundo dominante y pueden, por otro lado, incluir obligaciones de hacer además de obligaciones de no hacer.

Es importante mencionar que el legislador ha querido atraer especialmente a esta figura el interés de la compensación previendo específicamente, en el párrafo segundo del artículo antes mencionado, que «les obligations réelles environnementales peuvent être utilisées à des fins de compensation» [las obligaciones reales ambientales podrán ser utilizadas para fines de compensación]. Sin embargo, nótese que los únicos beneficiarios autorizados por la ley son administraciones públicas, entidades públicas o personas jurídicas privadas que cuenten entre sus fines con la protección del medio ambiente —asociaciones de protección medioambiental—. Por tanto, a menos que el deudor de la obligación compensatoria se encuentre entre ellos, se estaría excluyendo la constitución directa de la obligación entre el promotor y el propietario del terreno.

A pesar de lo anterior, DUPONT y LUCAS insisten, el interés de la ORE para la compensación es doble: por un lado, mantener en el tiempo las obligaciones de hacer (restauración o mejora); por otro, la obligación de no hacer, de modo que estas medidas puedan ligarse al lugar de la compensación en caso de ventas ulteriores, buscando la permanencia en el largo plazo.

VAISSIÈRE, QUÉTER y LEVREL (2017: 130, 133) recuerdan, no obstante, que en el Derecho francés existe un principio general de prohibición de los compromisos a perpetuidad, que no permite la formalización de contratos perennes no rescindibles. Sin embargo, no se prohíbe la constitución de contratos de duración indeterminada (rescindibles) o de duración determi-



Todas estas consideraciones, se aplican en relación al sostenimiento en el tiempo. Pero, el sostenimiento en el tiempo no garantiza el éxito de la compensación si no existen unos mecanismos de control que certifiquen que los distintos actores cumplen el compromiso establecido, e indicadores que muestren que no se ha producido degradación del valor ecológico creado, ni pérdida en el *poder compensatorio* de las unidades adquiridas. Es por ello que la legislación articula un régimen de seguimiento y modificación de la autorización una vez otorgada.

En primer lugar, se establece, de forma general para todas las medidas compensatorias, un novedoso mecanismo de publicidad. Éste supone la creación de un sistema nacional de información geográfica, accesible al público a través de internet. En él, se encuentran contenidas todas las medidas de compensación implementadas en territorio francés, con información actualizada proporcionada por los propios promotores. En este sentido, la regulación específica de los *sites naturels de compensation*, recoge entre sus obligaciones de seguimiento la provisión anual de información a este sistema geográfico nacional, respecto de los aspectos siguientes: la evaluación de las medidas implementadas y su eficacia, el seguimiento de las unidades de compensación vendidas mediante un registro de ventas, acontecimientos destacables ocurridos durante el período y el plan previsto de estos elementos para el año próximo (79).

A su vez, se prevé la creación de un comité de seguimiento local del *site naturel de compensation*, cuya composición es propuesta por el promotor en el informe que acompaña al expediente de la solicitud. Este comité será presidido por el *préfet de région* [prefecto de la región], quien fijará definitivamente la composición y la frecuencia de las reuniones del comité. La finalidad principal de este organismo será verificar que se cumplen las obligaciones impuestas por la ley y seguir la venta de unidades de compensación. Las conclusiones de

---

nada renovable. En cualquier caso y soslayando dicho principio, los autores abogan por un modelo de *sites naturels de compensation* establecido sobre OREs perpetuas y no rescindibles, a imagen de las servidumbres ambientales norteamericanas, que pueden constituirse incluso por exigencia de la autoridad pública. Así mismo, VAISSIÈRE, QUÉTIER y LEVREL describen cómo durante la tramitación parlamentaria de la Ley, se discutió reiteradamente acerca de la duración máxima atribuible a los contratos de ORE, que en las primeras propuestas oscilaban entre los 30 y los 99 años. Sin embargo, ante las presiones de distintos colectivos sociales (agricultores, cazadores...) que veían riesgos para sus libertades, finalmente el legislador optó por no incluir ninguna limitación temporal en la redacción de la disposición.

(79) La previsión relativa a la creación del sistema nacional de información para la totalidad de las medidas compensatorias en territorio francés se encuentra en el artículo L. 163-5 del Code de l'environnement. La obligación para los *sites naturels de compensation* de proporcionar anualmente las informaciones mencionadas en el texto, se regula en el artículo D. 163-8, 2º del Code de l'environnement.

las reuniones del comité se transmitirán al ministro encargado de los asuntos medioambientales (80).

Por último, se prevé un sistema de modificación de las condiciones de la autorización e incluso su retirada. Así, el artículo D. 163-6 del Code de l'environnement, estipula que el promotor podrá instar la modificación, mediante solicitud dirigida al ministro y acompañada de los correspondientes documentos justificativos, mientras que no se haya vendido ninguna unidad de compensación al término del plazo previsto para su comercialización. Además, este artículo insiste: las unidades de compensación ya vendidas no podrán ser objeto de ninguna modificación. Por tanto, es la venta de unidades el acontecimiento que fija las condiciones del *site naturel de compensation*. Se pretende así proteger el valor de las unidades de compensación en el tiempo y dar seguridad jurídica a los promotores respecto del cumplimiento de su obligación ya que, recordemos, el promotor se mantiene como único responsable ante la administración de la realización de las medidas impuestas. No hay, por tanto, en ningún momento, transferencia de responsabilidad del promotor al operador del lugar de compensación.

La autorización podrá, así mismo y de acuerdo con el artículo D. 163-7 del Code de l'environnement, ser modificada o retirada de oficio por la Administración si se constata que no se cumple alguna de las obligaciones legalmente establecidas. En caso de retirada, se avisará previamente al operador del *site naturel de compensation* para que pueda plantear las observaciones que crea correspondientes o regularice la situación en un plazo de dos meses. Los promotores que hayan adquirido unidades de compensación serán a su vez informados de la apertura del procedimiento. Sin embargo, nada dice la legislación acerca de las consecuencias para estos de la eventual retirada de autorización del *site naturel*. En principio, si el lugar no cumple con la duración prevista por falta de atención a sus obligaciones, no se satisfaría la obligación de compensación del promotor, quien había instrumentado ésta mediante la adquisición de unidades (que representan una gestión concreta en un tiempo determinado). Dado que el promotor mantiene la responsabilidad frente a la administración, sería a éste al que habría que exigir, entonces, una serie de medidas complementarias. Pero, ¿dónde quedaría un promotor, por ejemplo, veinticinco años después de la realización del proyecto originario?

La respuesta a estos interrogantes, junto al resto de cuestiones planteadas en este apartado, suponen un reto legislativo que el gobierno francés tendrá

---

(80) La regulación del comité de seguimiento se encuentra en el artículo D. 163-9 del Code de l'environnement. La previsión relativa a la propuesta de su composición por parte del promotor en el expediente de solicitud, se recoge en el artículo 2, 6º, i) de la Orden de 10 de abril de 2017, *op. cit.*

que afrontar en los próximos años. El objetivo: perfeccionar un sistema dotado de gran potencial, pero que necesita de un encuadre legal estricto. Un marco regulativo que dote de seguridad jurídica a los actores implicados, que minimice las posibilidades de utilización fraudulenta y, sobre todo, que permita alcanzar de manera eficaz los objetivos ecológicos de la compensación.

#### **IV. SITES NATURELS DE COMPENSATION: UN MODELO ENRAIZADO EN LA EXPERIENCIA**

El actual régimen jurídico de los *sites naturels de compensation*, recién expuesto, no constituye sino un primer intento regulativo, que reconozca y acreciente el interés por esta figura. Así, se requiere el compromiso de los distintos agentes involucrados en la identificación de los aspectos problemáticos, que puedan abordarse posteriormente desde el plano legislativo. En este sentido, la experimentación propia constituirá un elemento fundamental. No obstante, es innegable la influencia en el modelo de la experiencia internacional, principalmente norteamericana, lugar de procedencia del dispositivo. Pero también la de otros países donde este mecanismo se ha implementado con resultados destacables, como Australia o, en el ámbito de la Unión Europea, Alemania. El modelo de *sites* francés, no obstante, aunque inspirado por sus homólogos, mantiene las especificidades y exigencias nacionales.

Así, la regulación introducida por la Ley para la reconquista de la biodiversidad y los decretos de desarrollo posteriores, tuvo un sustrato empírico fundamental: los primeros retornos de la experiencia de la Réserve d'actifs naturels de Cossure (81), en el territorio de la llanura de Crau (Bouches-du-Rhône), puesta en marcha en 2008 y gestionada por CDC Biodiversité (82), al amparo del ministerio encargado de los asuntos medioambientales.

La llanura de Crau es un amplio territorio de unos 500 km<sup>2</sup>, tradicionalmente de suelo estepario, seco y pedregoso, utilizado como pasto para el ganado ovino cientos de años atrás. Sin embargo, esta llanura ha sido transformada por razón de nuevos usos agrícolas, mediante regadío intensivo y, más recientemente, por la implantación de importantes infraestructuras y equipamientos industriales. Actualmente, apenas queda un cuarto de aquella vasta extensión de suelo estepario, donde la mayor parte se encuentra protegida, desde el año 2001, en el territorio de la Reserva Natural de Coussouls de Crau.

---

(81) Recuérdese que *réserve d'actifs naturels* era la denominación anterior de este instrumento antes de la publicación de la Ley para la reconquista de la biodiversidad en 2016, en virtud de la cual se sustituyó por *sites naturels de compensation*.

(82) Filial del grupo Caisse des Dépôts et Consignations, institución financiera del sector público francés.

En 2008, CDC Biodiversité adquirió en dicha llanura, concretamente en el emplazamiento de Cossure en Saint-Martin-de-Crau, un territorio correspondiente a 357 hectáreas de antiguos vergeles abandonados, con un triple objetivo: rehabilitar las continuidades ecológicas de la reserva natural adyacente, recuperar un espacio favorable para la ganadería ovina local y, por supuesto, experimentar el primer mecanismo de compensación por el lado de la oferta en Francia. La filial se compromete asimismo a mantener estos objetivos ecológicos, con un seguimiento efectivo, por un tiempo de treinta años (2008-2038).

Tal y como señalan DUTOIT *et. al.* (2015: 65), la meta ecológica de la restauración era, principalmente, la rehabilitación de una vegetación seca mediterránea favorable a la nidificación de una avifauna esteparia protegida y emblemática de la vecina Reserva Natural de Coussouls de Crau. El propósito, prosiguen los autores, no era por tanto el de restablecer la integridad del ecosistema estepario preexistente antes del regadío intensivo, sino recuperar una función de éste como es la capacidad de acoger avifauna esteparia. En el mismo sentido, también se perseguía la restauración de la finalidad socio-territorial de la zona, recuperando los usos tradicionales para la ganadería ovina.

Tras implementar las medidas de restauración designadas por los responsables científicos y operativos, a su costa y por un total de 12,5 millones de euros —repartidos entre la compra del terreno, los trabajos de rehabilitación y los gastos correspondientes a la gestión y el seguimiento— y, una vez que las ganancias ecológicas son evaluadas y validadas por la autoridad administrativa, en el año 2011 CDC Biodiversité es autorizada a vender la mejora ecológica generada, en forma de unidades de compensación. Así, se decide poner a la venta un total de 357 unidades o activos, uno por cada hectárea sobre la que recae el valor de las medidas de restauración implementadas.

Tras la firma de dos acuerdos de suma importancia para el proyecto, entre el Ministerio y CDC Biodiversité, se fija el marco con las condiciones para la venta experimental de estas primeras unidades de compensación. De este modo, se explicita qué proyectos, potencialmente sujetos a compensación, podrán beneficiarse de este recurso. En particular, aquellos cuyos daños residuales impacten sobre: hábitats o especies idénticos a los del emplazamiento de Cossure y hábitats o especies suficientemente conectados ecológicamente con éste, como para asegurar la conservación de las especies impactadas. La ratio compensatoria (número de unidades a adquirir en relación a la extensión del daño producido) será establecida por los servicios descentralizados del Estado francés y evaluado caso por caso.

En el año 2016, fecha de publicación del *bilan de l' experimentation* del sitio de compensación y cinco años después del inicio de la venta, cinco operadores de plataformas logísticas de la llanura de Crau (una colectividad local, un organismo público y tres sociedades privadas) y una plataforma petrolera

habían adquirido unidades de compensación. En conjunto, 165 activos, un 46% del total puesto a la venta. Todos ellos, por daños producidos en un radio de 25 kilómetros. El precio de cada unidad fue fijado por CDC Biodiversité, evolucionando desde los 37.406 euros en 2011 hasta 41.381 euros en 2016.

¿El resultado? Éxito relativo. En lo que respecta a la aceptación del mecanismo, podría decirse que, para una obligación a treinta años, haber vendido casi la mitad de las unidades disponibles en sólo cinco, no es un mal resultado. Si bien, en este caso, el éxito principal no se mide en términos comerciales, sino en creación de valor ecológico que la puesta en venta de unidades de compensación ayuda a financiar. El estado actual de los conocimientos científicos y medios técnicos disponibles es insuficiente para predecir el rendimiento ecológico de una restauración, así como para calcular el tiempo necesario para la obtención de resultados perennes. No obstante, por comparación con el estado ecológico de la reserva natural adyacente, se han podido constatar algunas esperanzadoras muestras de éxito —relativo—, como el regreso de aves esteparias tras la rehabilitación. Desde un punto de vista institucional, como señalan nuevamente DUTOIT *et. al.* (2015: 69) hay una ventaja clara: fondos privados han permitido conducir una experimentación a gran escala, que no hubiera sido posible llevar a cabo con la sola concurrencia presupuestaria del Estado y las colectividades locales.

Lo que sí podemos afirmar con rotundidad, es la voluntad del gobierno francés de seguir avanzando en la implementación de los *sites naturels de compensation* sirviéndose de la experiencia para identificar las necesidades de un futuro y más completo marco regulativo. Desde Cossure, una nueva llamada a la constitución de proyectos se realizó en 2011, obteniendo como resultado la constitución de tres lugares de compensación adicionales, con un período de compromiso también de treinta años (2015-2045). Estas operaciones experimentales se conocen como: operación Combe-Madame, operación Yvelinoise y operación Dervenn, actuando cada una sobre un medio natural específico (83).

En el documento institucional «Sites naturels de compensation, un outil prometteur au service de la biodiversité», publicado en 2017, el propio Ministerio pone de manifiesto la repercusión de la operación experimental de Cossure respecto de la reglamentación contenida en la Ley de 2016 y en los decretos posteriores. Por ejemplo, para la determinación del plazo mínimo de vigencia (30 años) o en la instauración de un comité de seguimiento,

---

(83) Para más información sobre las operaciones piloto de Combe-Madame, Yvelinoise, Dervenn y Cossure, pueden consultarse los expedientes relativos a su constitución en la página web del Ministère de la Transition Écologique et Solidaire [Ministerio de la Transición Ecológica y Solidaria], *op. cit.*, nota 24.

a imagen del establecido en Cossure. Del mismo modo, expresa cómo los retornos de experiencia de los otros tres proyectos piloto implementados, permitirán focalizar la atención sobre los aspectos manifiestamente mejorables, poniendo de relevancia las necesidades de los actores y los elementos condicionantes del éxito de las operaciones. En especial sobre la determinación de objetivos medibles, la necesidad de establecer indicadores consensuados, el dimensionamiento de los *sites de compensation* (tamaño, tipo de hábitats, acciones de restauración y número de unidades de compensación creadas), la identificación precisa de los proyectos cuyos impactos podrán ser compensados, la capacidad de los operadores para reunir los fondos que aseguren la inversión inicial y otros como la aceptabilidad social en el seno del territorio concernido (MTES, 2017: 3).

## **V. VALORACIÓN FINAL-UN PRECEDENTE PARA EL DESARROLLO DE LOS BANCOS DE CONSERVACIÓN DE LA NATURALEZA EN ESPAÑA**

La finalidad de los bancos de protección de la naturaleza, reciban la denominación que reciban, es primordialmente la de ofrecer una solución mejor y más eficaz dentro del sistema de compensaciones ambientales. La compensación ambiental, por su parte, responde al objetivo de neutralizar aquellos impactos residuales de proyectos, planes o programas, que no hayan podido ser evitados, ni reducidos.

El pronunciamiento anterior contiene en sí un doble debate, habitualmente entremezclado. Por un lado, aquel relativo a la mercantilización de la naturaleza y el ínclito *derecho a destruir*, que es común a todo el sistema de compensaciones y cuya legitimidad se cuestiona. Por otro, aquel que versa sobre los bancos de conservación e intenta dilucidar si esta herramienta es útil para mejorar la eficacia de las compensaciones y garantizar los objetivos ecológicos. No deben confundirse, a nuestro parecer, ambas discusiones. Y es que, en un sistema donde la compensación ambiental parece estar cada día más asentada, se corre el riesgo de dificultar la entrada de mecanismos más protectores, que mejoren los términos actuales, ante el desconocimiento de lo que había, el temor a lo que podría haber y la confusión de la parte por el todo.

Teniendo en cuenta lo anterior, es innegable que tanto la compensación ambiental en general, como los bancos de conservación en particular, requieren de una regulación minuciosa que garantice la observancia de principios superiores, como el de prevención, el cumplimiento de la jerarquía de mitigación o el respeto a la equivalencia ecológica. Así, con una adecuada implementación, los bancos de conservación podrían suponer una ayuda al

objetivo global de protección de la biodiversidad. Principalmente, estimulando la iniciativa privada tanto en términos de compromiso, como en términos de financiación, pues el capital público es limitado. Los bancos de conservación, además, dada la anticipación en la creación de valor natural respecto del momento de producción del impacto, permitirían, como comentábamos en el texto, una mayor integración con las estrategias de urbanismo e instrumentos de planeamiento y la prevención de pérdidas intermedias.

Sin embargo, es también por su condición de instrumentos de mercado por lo que se requiere de este estricto régimen de implementación, seguimiento y garantías. Pues, entre otras razones, todo instrumento que opera en un sistema de oferta-demanda cuenta detrás de sí con un operador económico que aspira a obtener un beneficio. Por lo tanto, al igual que en otras transacciones, existe el peligro del fraude y la especulación. Sólo que en este caso, las consecuencias sobre un valor universal como la biodiversidad, son irreversibles.

En la búsqueda de este estricto marco de garantías y controles administrativos, y habiendo contraído la obligación legal de desarrollar reglamentariamente este instrumento en nuestro país, no puede desperdiciarse ninguna oportunidad de analizar detenidamente los procesos concluidos más allá de nuestras fronteras. Tanto para imitar los éxitos, como para aprender de los fracasos. En especial, habremos de fijar nuestra atención en aquellos lugares donde el modelo ha tenido un mayor desarrollo, como Estados Unidos o Australia. Pero, igualmente, en territorios donde la proximidad entre ordenamientos jurídicos permitiría una incorporación natural de sus disposiciones, además de facilitar respuestas a desafíos comunes.

Por ello, Francia y el modelo de los *sites naturels de compensation* son una buena referencia para una futura implantación de los bancos de conservación en España. En cierto modo, un precedente. Algunas previsiones, no obstante, deben ser tomadas con precaución en atención a nuestro sistema. Entre ellas, por ejemplo, la regulación del silencio administrativo en el procedimiento de otorgamiento de la autorización (positivo en el caso francés). También la selección del criterio de proximidad geográfica en detrimento de la proximidad funcional o la limitación temporal de 30 años de duración mínima.

Otras iniciativas, por el contrario, podrían tener una acogida más natural. Por ejemplo, las previsiones relativas a la propiedad de los terrenos, buscando favorecer la permanencia en el largo plazo. En especial, la realización de un inventario de lugares en abandono o pertenecientes a entidades públicas, lo cual evitaría, además, la adjudicación azarosa por razones de urgencia. Igualmente, la elaboración de un sistema nacional de geolocalización que agrupe los terrenos sometidos a compensación y su estado actual. Y, de forma destacada, las previsiones sobre las obligaciones de los *sites naturels de compensation* y la instrumentación de su seguimiento.

Interesante es explorar, así mismo, la figura de la obligación real ambiental, aunque no haya sido objeto del presente trabajo. Todo ello habida cuenta de que el modelo francés es un modelo llamado a evolucionar, con la puesta en marcha ahora mismo de cinco experiencias piloto. Por lo tanto, habremos de volver la mirada sobre nuestros vecinos en el corto plazo.

Es preciso, no obstante, realizar ciertas apreciaciones en la comparativa entre los modelos francés y español (teniendo en cuenta la escasa regulación existente para este último). En primer lugar, aunque ambos sistemas cumplan la misma función existe una diferencia conceptual importante. Así, mientras que para el legislador francés un *site naturel de compensation* es un conjunto de operaciones de restauración o de desarrollo de elementos de la biodiversidad, que pueden servir para instrumentar medidas compensatorias (84), para la norma española, los bancos de biodiversidad son «un conjunto de títulos ambientales o créditos de conservación [...] que representan valores naturales creados o mejorados específicamente» (85). La determinación de la naturaleza de la herramienta es sustancial. No en vano, para el ordenamiento francés, el *site* nace desde el mismo momento en que se inician las operaciones de restauración o mejora, habiéndose concedido autorización previa. Posteriormente, cuando las medidas implementadas hayan obtenido un concreto rendimiento, se pondrán a la venta las unidades de compensación correspondientes. En derecho español, sin embargo, no existiría banco de conservación hasta que no se hubiesen generado dichas unidades (créditos o títulos ambientales), dada su definición legal. Se desconoce, por tanto, si las operaciones necesarias para la generación de esos activos se someterán a un procedimiento de autorización particular para este supuesto. Consideramos que, en este caso, la previsión del legislador francés es más acertada por abarcar la totalidad del proceso y, en consecuencia, dotarlo de un espectro de protección mayor.

Sin duda, el esfuerzo de la norma francesa por soslayar los aspectos controvertidos de esta herramienta es destacable. Mientras que, por un lado, se ensalzan las virtudes de los *sites naturels de compensation* para favorecer un sistema exitoso de compensación, por otro se esconde cualquier referencia mercantilista. Esto contrasta de nuevo con las previsiones de la norma española, que expresamente determina que «los créditos otorgados para cada banco se podrán transmitir en régimen de libre mercado» (86). Teniendo en cuenta, además, que la limitación de proximidad geográfica introducida en el modelo francés nos haría pensar en un mercado local, en lugar de en un mercado de

---

(84) Artículo L. 163-3 del Code de l'environnement.

(85) Disposición adicional octava, apartado 1º, de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental.

(86) Disposición adicional octava, apartado 5º, de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental.



ámbito nacional. La configuración de la norma francesa niega la posibilidad de un mercado secundario, pues las unidades sólo podrán ser adquiridas en el marco del *site naturel*, mientras que la redacción empleada por la Ley de Evaluación Ambiental no cierra ninguna puerta.

La opción del legislador francés es, de acuerdo con lo visto, mucho más prudente. Esta prudencia, por otro lado, le permite dar impulso a este mecanismo y orquestar proyectos piloto, sin detenerse por ahora en los aspectos que puedan generar un mayor rechazo. La ventaja regulativa y empírica de Francia en relación a los bancos de conservación convierte el modelo, por tanto, en una experiencia que merece toda nuestra atención y que la merecerá más si cabe en un futuro. Habrá de tenerse en cuenta, no obstante, la especificidad del Estado español y, en particular, la cuestión autonómica. Con todo ello, la experiencia, de cualquier origen, siempre es fuente de conocimiento y, quizás, el tiempo que llevamos *de retraso* permita pulir los aspectos controvertidos que hicieron fracasar el anterior intento de elaborar un reglamento que regule el régimen general, la organización, el funcionamiento y los criterios técnicos para la implementación de los bancos de conservación de la naturaleza en España.

## VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BBOP-BUSINESS AND BIODIVERSITY OFFSETS PROGRAMME (2012): *Resource Paper: No Net Loss and Loss-Gain Calculations in Biodiversity Offsets*, Washington D. C., recurso en línea, disponible en: [http://bbop.forest-trends.org/guidelines/Resource\\_Paper\\_NNL.pdf](http://bbop.forest-trends.org/guidelines/Resource_Paper_NNL.pdf).
- BORN, Charles-Hubert; DUPONT, Valérie y PONCELET, Charles (2012): «La compensation écologique des dommages causés à la biodiversité: un mal nécessaire?», en *Aménagement, environnement, urbanisme et droit foncier: revue d'études juridiques*, núm. Especial 3, pp. 12-40.
- CAMPROUX-DUFFRÈNE, Marie-Pierre (2008): «Le marché d'unités de biodiversité: questions de principe», en *Revue Juridique de l'Environnement (RJE)*, vol. 33, núm. 1, pp. 87-93.
- CGDD-COMMISSARIAT GÉNÉRAL AU DÉVELOPPEMENT DURABLE (2013): *Lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur le milieu naturels*, recurso en línea, disponible en la página institucional del Ministère de la Transition Écologique et Solidaire, en la dirección: <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/eviter-reduire-et-compenser-impacts-sur-lenvironnement>.
- CONDE ANTEQUERA, Jesús (2014): «La compensación de impactos ambientales mediante adquisición de créditos de conservación: ¿una nueva fórmula de prevención o un mecanismo de flexibilización del régimen de evaluación ambiental?», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. Especial 99-100, mayo-diciembre de 2014, pp. 979-1005.

- CUYÁS PALAZÓN, M<sup>ª</sup> Mercedes (2016): «Los bancos de compensación ambiental o *mitigación banking* en el ordenamiento estadounidense, ¿un modelo a importar?», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 179, julio-septiembre de 2016, pp. 335-368.
- DE GUERRERO MANSO, María del Carmen (2016): «Claves para una adecuada implantación de los bancos de conservación de la biodiversidad en España», en *Monografías de esta REVISTA*, núm. XVI, pp. 85-114.
- DUPONT, Valérie y LUCAS, Marthe (2017): «La loi pour la reconquête de la biodiversité: vers un renforcement du régime juridique de la compensation écologique?», en *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, núm. 7/2017, pp. 143-165.
- DURÁ ALEMAÑ, Carlos Javier (2013): *La custodia del territorio y sus nuevas técnicas para la conservación del patrimonio natural, el paisaje y la biodiversidad: un invento norteamericano y su expansión al resto del mundo*. Tesis doctoral defendida en la Universidad de Alcalá, Instituto Benjamin Franklin de Estudios Norteamericanos, el 18 de diciembre de 2013, 820 pp.
- DUTOIT, Thierry *et. al.* (2015): «Première expérimentation de compensation par l'offre: bilan et perspective», en *Sciences Eaux & Territoires*, vol. 2015/1, núm. 16, pp. 64-69.
- ETRILLARD, Claire (2017): «La transmission de l'exploitation agricole à l'épreuve des obligations environnementales», en *Defrénois*, 23 de noviembre de 2017, núm. 28, p. 53.
- GARCÍA URETA, Agustín (2015): «Protección de la biodiversidad, mercados, compensación por daños y bancos de conservación», en *Revista de Administración Pública*, núm. 198, septiembre-diciembre de 2015, pp. 327-360.
- GRIMONPREZ, Benoît (2016): «La compensation écologique d'après la loi "biodiversité"», en *Revue Droit et Patrimoine (Dr. & Patrimoine)*, núm. 263, noviembre de 2016, pp. 22-28.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2016): «La aceptación legislativa del principio de no regresión en Francia», en *Revista de Administración Pública*, número 201, septiembre-diciembre de 2016, pp. 269-277.
- LUCAS, Marthe (2015): *Étude juridique de la compensation écologique*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 629 pp.
- (2017): «Le contrat au service de la compensation écologique», en *Énergie, environnement, infrastructures*, núm. 6, junio de 2017, Dossier núm. 11.
- MEDTL-MINISTÈRE DE L'ÉCOLOGIE, DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DES TRANSPORTS ET DU LOGEMENT (2012): *Doctrine relative à la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur le milieu naturel*, recurso en línea, disponible en la página institucional del Ministère de la Transition Écologique et Soli-

- daire, en la dirección: <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/eviter-reduire-et-compenser-impacts-sur-lenvironnement>.
- MEEM-MINISTÈRE DE L'ENVIRONNEMENT, DE L'ÉNERGIE ET DE LA MER (2017): *La séquence «éviter, réduire et compenser», un dispositif consolidé*, recurso en línea, disponible en la página institucional del Ministère de la Transition Écologique et Solidaire, en la dirección: <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/eviter-reduire-et-compenser-impacts-sur-lenvironnement>.
- MERCIER, Virgine y BRUNENGO-BASSO, Stéphanie (2016): *Compensation écologique. De l'expérience d'ITER à la recherche d'un modèle*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix Marseille, 85 pp.
- MTES-MINISTÈRE DE LA TRANSITION ÉCOLOGIQUE ET SOLIDAIRE (2017): *Sites naturels de compensation, un outil prometteur au service de la biodiversité*, recurso en línea, disponible en la página institucional del Ministère de la Transition Écologique et Solidaire, en la dirección: <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/eviter-reduire-et-compenser-impacts-sur-lenvironnement>.
- NADAL-ROMERO, Estela y CAMMERAAT, Erik (2015): «Consecuencias ambientales de las repoblaciones forestales en zonas de montaña mediterránea», en *Libro de resúmenes de las IV Jornadas del IUCA (Instituto Universitario de Investigación en Ciencias Ambientales de Aragón)*, noviembre de 2015, Zaragoza, p. 52.
- QUÉTIER, Fabien *et al.* (2012): «Les enjeux de l'équivalence écologique pour la conception et le dimensionnement de mesures compensatoires d'impacts sur la biodiversité et les milieux naturels», en *Sciences Eaux and Territoires: la Revue du IRSTEA*, Article hors-série, núm. 7, 7 pp.
- SOCHI, Kei y KIESECKER, Joseph (2016): «Optimizing regulatory requirements to aid in the implementation of compensatory mitigation», en *Journal of Applied Ecology*, vol. 53, núm. 2, pp. 317-322.
- THIEVENT, Philippe (2017): «La pratique de la compensation écologique», en *Énergie, environnement, infrastructures*, núm. 6, junio de 2017, Dossier núm. 9.
- TRÉBULLE, François-Guy (2017): «Le marché des unités de biodiversité, quelles perspectives?», en *Énergie, environnement, infrastructures*, junio de 2017, Dossier núm. 12.
- UNTERMAIER, Jean (1986): «De la compensation comme principe général du droit et de l'implantation de télésièges en site classé», en *Revue Juridique de l'Environnement (RJE)*, vol. 11, núm. 4, pp. 381-412.
- VAISSIÈRE, Anne-Charlotte; QUÉTIER, Fabien y LEVREL, Harold (2017): «Le nouveau dispositif des sites naturels de compensation: est-ce trop tôt?», en *Loi Biodiversité. Ce qui change en pratique. Avec les témoignages de juristes, chercheurs, avocats, associations*, París, Éditions Législatives, pp. 126-135.

- VAN LANG, Agathe (2016a): «La compensation des atteintes à la biodiversité: de l'utilité technique d'un dispositif éthiquement contestable», en *Revue de Droit Immobilier (RDI)*, núm. 11, novembre de 2016, pp. 586-591.
- (2016b): «La loi Biodiversité du 8 août 2016: une ambivalence assumée. Le droit nouveau: la course à l'armement (1re Partie)», en *L'Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, núm. 42/2016, 12 de diciembre de 2016, pp. 2381-2390.

# MECANISMOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

DANIEL SERNA BARDAVÍO

*SUMARIO. I. EL NACIMIENTO DE LA CONCIENCIA AMBIENTAL EN ESPAÑA.– II. LA INTRODUCCIÓN DE PREOCUPACIONES AMBIENTALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: EUROPA Y ESPAÑA.– III. MECANISMOS PARA LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: 1. La introducción de cuestiones ambientales como criterios de solvencia. 2. La elección de consideraciones medioambientales como criterios de adjudicación. 3. La introducción de cláusulas ambientales como condiciones de ejecución del contrato. 4. La prohibición de contratar como instrumento de prevención ambiental.– IV. CONCLUSIONES.– V. BIBLIOGRAFÍA.*

*RESUMEN:* La utilización de criterios ambientales en los procesos de contratación pública ha sufrido una evolución en la normativa comunitaria y nacional, que culmina con la incorporación de los mismos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público, y en las distintas fases del procedimiento de contratación. El presente documento analiza la configuración de la protección ambiental como política transversal desde la perspectiva de su cada vez más importante papel como una de las políticas públicas principales de la Unión Europea y de sus Estados Miembros.

*Palabras clave:* contratación pública; criterios ambientales; Unión Europea; protección ambiental.

*ABSTRACT:* The use of environmental criteria in public procurement processes has undergone an evolution in European Union and national regulations, culminating in the incorporation of the same in the new Public Procurement Law, through the different phases of the procedure. This paper analyzes the configuration of environmental protection as a transversal policy from the perspective of its increasingly transcendent role as one of the most main public policies of the European Union and its Member States.

*Key words:* public procurement; environmental criteria; European Union; environmental protection.

## I. EL NACIMIENTO DE LA CONCIENCIA AMBIENTAL EN ESPAÑA

A día de hoy, nadie puede negar que la conciencia ambiental y, más concretamente, el interés por salvaguardar un medio ambiente adecuado, afecta de una forma directa o, en su caso, al menos transversal, a todos los ámbitos, materias y políticas públicas.

Sin perjuicio de lo anterior, esta preocupación es relativamente reciente, diferenciándose en el caso español tres etapas fundamentales atendiendo al mayor o menor interés que la cuestión ambiental despertó en el legislador y que, casualmente, se correspondieron con tres etapas políticas y organizativas perfectamente diferenciadas en el tiempo.

Así, tenemos una primera etapa, que abarcaría hasta la aprobación de la Constitución Española en 1978, en la que empiezan a surgir las primeras referencias inequívocas a la protección del medio ambiente, adquiriendo una fuerza especial en los años 70. Como antecedente remoto es necesario citar la Ley de Parques Nacionales de 1916 (1) ya que en la misma se constata la existencia de un interés puramente ambiental, a diferencia de los textos anteriores en los que la salvaguarda del medio ambiente se vinculaba a intereses netamente económicos.

Ahora bien, si realmente debiéramos citar el primer texto que supuso un cambio en la perspectiva ambiental española de forma previa a la instauración del actual régimen constitucional, sin ninguna duda, tanto por el paso adelante que supuso en materia de protección del medioambiente como por su prolongada vigencia (2), deberíamos recurrir al Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 1961 (3).

---

(1) En este sentido, debe hacerse referencia al contenido del artículo 2.º de la meritada Ley en el que se expresaba que la finalidad de la norma era la de «favorecer su acceso por vías de comunicación adecuadas, y de respetar y hacer que se respete la belleza natural de sus paisajes, la riqueza de su fauna y de su flora y las particularidades geológicas e hidrológicas que encierren, evitando de ese modo con la mayor eficacia todo acto de destrucción, deterioro o desfiguración por la mano del hombre».

(2) Fue derogado expresamente por la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera. Sin perjuicio su derogación no fue total, vinculándose con la existencia o no de regulación autonómica sobre el tema. A estos efectos, resulta especialmente ilustrativo BAENA PINEDO (2012), y su análisis sobre la vigencia parcial del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas a pesar de su derogación en el 2007, con especial atención a los pronunciamientos sobre esta cuestión del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

(3) Vid. Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas. En el artículo 1 de este Reglamento, destinado a fijar cual era el objeto del mismo, se recogía lo siguiente: «El presente Reglamento de obligatoria observancia en todo el territorio nacional, tiene por objeto evitar que las ins-

Sin perjuicio de la existencia de varios antecedentes como los citados, fue en los años setenta cuando realmente despuntó una verdadera preocupación del legislador por la protección del medio ambiente, destacando, entre las de marcado carácter proteccionista, la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico de 1972 (4), o la Ley de Desechos y Residuos Sólidos Urbanos de 1975 (5). En ellas la protección medioambiental se configura ya como una motivación de primer nivel, abandonando definitivamente su sometimiento íntegro y absoluto a los intereses económicos (6).

Estos primeros avances normativos fueron absolutamente trascendentes, ya que constituyeron, en su más pura esencia, el inicio de nuestro derecho ambiental tal y como hoy lo conocemos, dejándonos a las puertas de una transición política que, entre otras cosas, iba a suponer el reconocimiento constitucional del derecho a un medio ambiente adecuado.

Tras dicho momento, vendría una segunda etapa, cuyo inicio coincidió con la aprobación de nuestra Constitución. En ella se producen dos hitos fundamentales a efectos de entender la evolución de la protección ambiental en España, a saber: por un lado, tiene lugar el reconocimiento del derecho

---

talaciones, establecimientos, actividades, industrias o almacene, sean oficiales o particulares, públicos o privados, a todos los cuales se aplica indistintamente en el mismo la denominación de «actividades», produzcan incomodidades, alteren las condiciones normales de salubridad e higiene del medio ambiente ocasionando daños a la riqueza pública o privado o implique riesgos graves para las personas o los bienes».

(4) Vid. Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección del medio ambiente atmosférico, cuya exposición de motivos rezaba: «La degradación del medio ambiente constituye, sin duda alguna, uno de los problemas capitales que la Humanidad tiene planteados en esta segunda mitad del siglo, problema cuya gravedad no es preciso ponderar. La explotación intensiva de los recursos naturales, el desarrollo tecnológico, la industrialización y el lógico proceso de urbanización de grandes áreas territoriales son fenómenos que, incontrolados, han llegado a amenazar en determinadas regiones la capacidad asimiladora y regeneradora de la Naturaleza, y que de no ser adecuadamente planificados, pueden abocar a una perturbación irreversible del equilibrio ecológico general, cuyas consecuencias no son fácilmente previsibles».

(5) Vid. Ley 42/1975, de 19 de noviembre, sobre desechos y residuos sólidos urbanos, en cuyo artículo 1.1, venía a recogerse lo siguiente: «La presente Ley tiene por objeto establecer el régimen jurídico para la ordenación y vigilancia de recogida y tratamiento de los desechos y residuos sólidos urbanos en orden a la protección debida del medio ambiente y el subsuelo, fomentando el aprovechamiento de los mismos mediante la adecuada recuperación de los recursos en ellos contenidos».

(6) Vid. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ (2008: p. 41), quien, introduciendo la cuestión relativa a la incorporación de criterios ambientales en la contratación pública, refiere la protección del medio ambiente como «una función pública, sobre la base de la cláusula del Estado social; debiendo destacarse en este punto el papel de las Administraciones Públicas en ejercicio de tal función pública de protección ambiental, a cuyo servicio utiliza potestades administrativas reconocidas por el ordenamiento jurídico».

a disfrutar de un medio ambiente adecuado (7) y, por otro lado, se fija el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en todas las materias, incluidas las ambientales (8).

Este periodo, que concluirá con la efectiva entrada de España en la Unión Europea, se caracteriza por el reforzamiento de las políticas de protección ambiental y por el surgimiento de regulación autonómica, si bien, todavía de manera tímida. Sirva de ejemplo de evolución, tanto formal (provocada por el nuevo reparto competencial) como de fondo (por el aumento de la preocupación ambiental), la Ley de Espacios Naturales Protegidos de Cataluña de 1985, mediante la que se pretendió dar un paso más en la protección ambiental de estos espacios (9).

En estos años, sin duda, la legislación española estaba ya muy influenciada por las corrientes y regulaciones que emanaban de los órganos de la Comunidad Económica Europea (10), siendo ese hecho concreto, la incorporación efectiva a la Comunidad Económica Europea, el que supondría el inicio de la tercera etapa aludida con anterioridad.

La mencionada tercera etapa, que se extiende hasta la actualidad, tiene un criterio diferenciador respecto a cualesquiera periodos anteriores y es que ahora, parte de la regulación en la materia, va a crearse fuera del Estado, por los organismos y las instituciones comunitarias. Desde ese momento, España va a ir de la mano en política ambiental con el resto de países miembros, compartiendo principios y objetivos, con una finalidad de prevención y protección mucho más definida, y por supuesto, más garantista que sus predecesoras.

---

(7) El artículo 45.1 de la Constitución Española reconoce el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado. Por su ubicación en el texto constitucional, nos encontraríamos ante uno de los principios rectores de la política social y económica, por lo que se convierte en una finalidad transversal de la actuación de todos los poderes públicos.

(8) A estos efectos debe observarse fundamentalmente el artículo 149.1.23 en relación con el artículo 148 de la Constitución Española. De la lectura conjunta de ambos puede extraerse que el Estado tiene competencia exclusiva para aprobar la legislación básica sobre medio ambiente, quedando el desarrollo legislativo y la ejecución en materia ambiental, así como la creación de normas adicionales de protección, en manos de las Comunidades Autónomas.

(9) En este sentido, debe destacarse que, en la exposición de motivos de dicha norma, además de una referencia expresa al título competencial que habilita la regulación, señala que los instrumentos que existían en ese momento no eran suficientes para asegurar la protección ambiental, y, de hecho, manifiesta lo siguiente: «Es, pues, patente la necesidad urgente de una eficaz actuación de los poderes públicos que actualmente es obstaculizada por un marco legal excesivamente disperso, que presenta vacíos importantes».

(10) La referencia, en todo caso, debe entenderse hecha en la actualidad a la Unión Europea.



A estos efectos, no pueden dejar de citarse los sucesivos Programas Ambientales, entendidos como planes temporales que pretenden incidir en una materia concreta. Así, desde los años 70 se constata la existencia de programas para la lucha contra la contaminación (11), de instauración de medidas preventivas y de evaluación de daños (12), de reforzamiento de las medidas sobre información, educación e investigación (13), de desarrollo sostenible (14) y puramente estratégicos (15).

Por último, el Programa ambiental actualmente en vigor (16), va incluso más allá, identificando tres ámbitos prioritarios, a saber, el capital natural de la Unión Europea, la transformación de la Unión en una económica hipocarbónica (17) y eficiente en el uso de los recursos, y el bienestar y la salud de los seres humanos (18). Y para la consecución de tamaños objetivos, relaciona cuales son las medidas idóneas a tal fin, a saber: 1) una mejor aplicación de la legislación medioambiental de la Unión Europea; 2) la dedicación de esfuerzos técnicos y económicos dirigidos a la investigación en la materia para determinar la mejor manera de avanzar en estas políticas; 3) la potenciación en la realización de inversiones más integradoras de iniciativas verdes y tomando en consideración precios y costes donde tengan verdadero reflejo los costes medioambientales de dicha inversiones (19) y 4) fomentar la incorporación de las cuestiones medioambientales dentro del resto de políticas públicas de la Unión y de sus Estados miembros (20).

---

(11) Vid. Primer programa ambiental de la Comunidad Europea (1973-1976) y segundo programa ambiental de la Comunidad Europea (1977-1981).

(12) Vid. Tercer programa ambiental de la Comunidad Europea (1982-1986).

(13) Vid. Cuarto programa ambiental de la Comunidad Europea (1987-1992).

(14) Vid. Quinto programa ambiental de la Comunidad Europea (1993-2000).

(15) Vid. Sexto programa ambiental de la Comunidad Europea (2001-2012).

(16) Vid. Séptimo programa ambiental de la Comunidad Europea (2013-2020).

(17) Vid. la Hoja de Ruta diseñada por la Unión Europea para alcanzar dicho objetivo con un horizonte 2050 en [https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2050\\_en](https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2050_en).

(18) En este sentido, vid. la relación de las acciones comunitarias en la lucha contra el cambio climático hasta 2020 en [https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2020\\_es](https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2020_es), que encajan plenamente con los objetivos previstos para la «Estrategia Europa 2020» y el marco sobre el clima y la energía para el 2030 en [https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2030\\_es#tab-0-0](https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2030_es#tab-0-0).

(19) En este sentido, advertir que las referencias a los costes medioambientales dentro de las inversiones y, en particular, en la compra pública, se configura en la nueva LCSP como un criterio de adjudicación de enorme calado y que, sin duda, permitirá que el sector público pueda apoyarse en ellos para determinar qué ofertas reúnen la mejor relación calidad-previo, tal y como exige la normativa sobre contratación pública ahora en vigor.

(20) Vid. el resumen respecto de la acción comunitaria incorporado en el website del VII Programa en <http://ec.europa.eu/environment/action-programme/>.

En el desarrollo de estos Programas Ambientales, la Unión Europea no ha cesado en dictar Directivas y Reglamentos, que han supuesto la incorporación de España a las más avanzadas políticas de protección del medio ambiente y a la conclusión de que la Unión Europea, sin duda alguna, dispone de la más completa legislación medioambiental a nivel mundial.

En este sentido destacan diversos textos en materia de daño ambiental (21), de evaluación ambiental (22), de ruido (23), de gestión de residuos (24) o de calidad del aire (25), que sirven no solamente para ampliar la protección ambiental sino también para unificar los regímenes europeos y hacer más sencilla la gestión del medio ambiente que, por definición, no se somete a delimitaciones políticas o fronteras.

La decidida apuesta medioambiental que emana de los Programas antecitados, ha incidido en todos y cada uno de los ámbitos propios de la Unión Europea, entre los que destaca la contratación pública, la cual, sin ningún género de dudas, adopta un rol esencial en esta cuestión (26).

Y no podía ser de otro modo. La contratación pública supone un gasto anual entre el 15 y el 20% del Producto Interior Bruto de la Unión Europea (27),

---

(21) *Vid.* la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

(22) En este sentido, puede destacarse la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.

(23) Cabe citar la Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental.

(24) A estos efectos, *vid.* la Directiva 2006/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la gestión de residuos de industrias extractivas y por la que se modifica la Directiva 2004/35/CE y la Directiva 2008/98/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas directivas.

(25) *Vid.* la Directiva 2008/50/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, relativa a la calidad del aire ambiental y a una atmósfera más limpia en Europa.

(26) En este sentido, *vid.* MORENO MOLINA (2018: p. 36), quien, sobre la base del alcance de la Comunicación de la Comisión de 2 de diciembre de 2015 denominada «Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular», manifiesta que «la contratación pública puede desempeñar un papel clave en el objetivo de esta Comunicación y de la economía circular, a través de sus acciones sobre contratación pública ecológica».

(27) Las referencias a los porcentajes que representa la contratación pública respecto al PIB de la Unión Europea son de lo más variopinta. Podemos encontrar una referencia «oficial» al 14%, tal y como consta en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones para conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa de 3 de octubre de 2017. Sin perjuicio de ello, es muy habitual encontrar referencias algo más generosas, que alcanzan hasta el 19%, como por ejemplo en la Guía Práctica de la Contratación Pública de la Unión Euro-

por lo que es fundamental para conseguir los objetivos medioambientales e, incluso, de los de cualquier otra índole, que marquen el actuar de la Unión Europea.

En cualquier caso, veamos, siquiera someramente, la evolución de la normativa en materia de contratación pública en relación con el medio ambiente en Europa y, por extensión, en España, que nos permitirá entrar, posteriormente, en las medidas y actuaciones existentes en la actualidad para lograr el equilibrio entre una contratación pública eficaz y eficiente socioeconómica y medioambientalmente.

## II. LA INTRODUCCIÓN DE PREOCUPACIONES AMBIENTALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: EUROPA Y ESPAÑA

De forma paralela a esta preocupación por salvaguardar un medio ambiente adecuado, ha sido constante el interés por conseguir una contratación pública eficaz desde todas las perspectivas. Y una de estas perspectivas, como ya se ha anunciado, es la medioambiental.

En efecto, la incorporación de consideraciones de índole medioambiental en la contratación pública, es algo propio de nuestra época contemporánea (28) que, si bien ha tenido distintos intentos a nivel internacional y comunitario a partir de los años setenta, y con algo más de énfasis, en la última década del siglo XX, no es sino hasta el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuando la protección ambiental toma verdadera carta de naturaleza y, podríamos decir, se consolida como un principio básico y fundamental de las políticas pública desarrolladas por la Unión Europea y, por ende, de sus Estados miembros (29).

---

pea (se puede consultar en [http://ec.europa.eu/regional\\_policy/sources/docgener/informat/2014/guidance\\_public\\_proc\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/informat/2014/guidance_public_proc_es.pdf)). En cualquier caso, puede consultarse MIRANZO DÍAZ (2017: p. 11), donde se relacionan distintos informes sobre la materia, y la justificación del peso de la contratación pública sobre el PIB con distintas referencias.

(28) En este sentido, *vid.* FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ (2008: p. 42) ,para quien la inclusión de criterios sociales y de sostenibilidad en los procesos de contratación son algo propio de la época contemporánea, destacando que dicha incorporación no ha sido fácil ni inmediata, al colisionar con determinados principios que son propios de la contratación pública.

(29) Para un análisis completo del contexto jurídico y político de la contratación pública verde, me remito a PERNAS GARCÍA (2011: p. 37), quien realiza un análisis muy exhaustivo del marco normativo y de la evolución de la cuestión en la esfera internacional con referencia al Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, destacando los principales hitos habidos igualmente en sede de la Unión Europea, desde la Cumbre de Cardiff de 1998, para descender luego al tratamiento existente en la legislación española, y aun, siquiera brevemente, en Comunidades Autónomas y entes locales.

En sede de contratación pública, y como ya es sabido, las primeras generaciones de directivas comunitarias nada aportaron para favorecer la incorporación de criterios ambientales, debiendo esperar hasta la Comunicación de la Comisión Europea denominada «La contratación pública en la Unión Europea» de 1998 y la Comunicación denominada «La legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública» de 2001 y, posteriormente, al paquete de Directivas de 2004 (30), punto absoluto de inflexión en la materia, y del que se embeben todas las legislaciones, comunitarias y nacionales.

Y con ello, como es sabido, la adaptación, vía transposición, de la normativa nacional, a través de las Leyes 30/2007 y 31/2007 (31), que trataron de paliar, siquiera parcialmente, los inacabados esfuerzos por incorporar criterios ambientales en los procesos de contratación.

No finalizarían la tarea, sin duda, pero no por ello ha de restársele mérito a lo que supusieron, hace ya una década, en el proceso de iniciación a una nueva forma de entender la contratación pública (32). Y decíamos que no culminaron el proceso, porque hoy día, tras el bagaje de todos estos años, sucesivas modificaciones de las leyes del 2007 hasta llegar al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011, y un nuevo cuerpo normativo en el año 2017 tras el paquete de Directivas de 2014 que tantos quebraderos de cabeza llevó transponer (33), y como ahora veremos, podemos

---

(30) Nos referimos, obviamente, a la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de Contratos en los Sectores del Agua, de la Energía, de los Transportes y de los Servicios Postales, y Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras, de Suministro y de Servicios.

(31) *Vid.* Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y Ley 31/2007 de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. En este sentido, recordar cómo la Ley 30/2007, en su exposición de motivos, indicaba que «las principales novedades afectan a la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas».

(32) En este sentido, *vid.* BERNAL BLAY (2008: p. 212-213), que desde la perspectiva de la (entonces) nueva LCSP 2007, indicaba que «la contratación pública puede, y debe ser, una técnica que permita conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos».

(33) Respecto a transposición de las Directivas Comunitarias 2014, *vid.* MORENO MOLINA (2015: p. 106) quien, reconociendo la obligatoriedad en cuanto a la transposición de las mismas al ordenamiento jurídico español, opina que «se trata de una excelente oportunidad para llevar a cabo una reforma sustancial de nuestro sistema de contratación

afirmar que, probablemente estamos en el camino, pero que el mismo es largo, y queda mucho por recorrer.

### III. MECANISMOS PARA LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como hemos visto hasta el momento, no cabe duda del intento de hacer valer la protección medioambiental desde diferentes frentes, con políticas transversales y sectoriales que, de un modo u otro, han tratado de integrar el medio ambiente, y su respeto y cuidado, como una función propia, aunque en algunos casos de manera tan solo indirecta y complementaria.

La normativa en materia de contratación pública no había sido especialmente ajena al desempeño de este papel (o no hasta las Directivas de 2004 y LCSP 2007), si bien, como se indicaba, no es hasta la llegada de la cuarta generación de Directivas y la actual LCSP cuando se afronta el reto en la medida, y con el rigor e intensidad, que se le debía exigir, máxime teniendo en cuenta el mandato contenido en el artículo 11 TFUE (34).

---

pública y aprobar una nueva regulación que de forma decidida simplifique e impulse el cumplimiento de los principios esenciales de la contratación pública y permita una uniformidad jurídica en toda los contratos del sector público español». en este sentido, y en relación a la transposición de las Directivas, *vid.* por ejemplo, la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de fecha 15 de marzo de 2016 (puede consultarse en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2016-2700>) o el Informe 17/2015, de 3 de diciembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (puede consultarse en [http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/02\\_Informes\\_Actuaciones/INFORME\\_17\\_2015\\_EFECTOS\\_%20DIRECTIVAS\\_LEY\\_3\\_2011.pdf](http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/02_Informes_Actuaciones/INFORME_17_2015_EFECTOS_%20DIRECTIVAS_LEY_3_2011.pdf)). Igualmente, *vid.* GIMENO FELIÚ (2016: p. 36 y ss.) quien advirtiendo de la imposible transposición en plazo de la normativa comunitaria, afirma que «los contenidos de las Directivas de contratación pública, dado que o están pre-transpuestos o son claros, precisos e incondicionados, tendrán efecto directo casi en su totalidad, sin perjuicio de que en aras a la seguridad jurídica, que es deseable en una materia tan sensible como la contratación público, la transposición pudiera efectuarse, si bien no a tiempo lo antes posible», para luego exponer, de manera clara y concisa, respecto de qué cuestiones sí se producía el efecto directo de las Directivas.

(34) El artículo 11 TFUE (antiguo artículo 6 TCE), dispone que: «Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. Asimismo, no podemos obviar que la protección del medio ambiente y la función pública asociada a dicha tarea aparece configurada como un principio rector de la política social y económica en el artículo 45 CE. En relación al principio de integración de las políticas medioambientales, en general, en las políticas públicas, *vid.* SANZ RUBIALES (2018: p. 53), para quien «no es casual que haya sido el derecho comunitario el que ha venido a estimular

Así las cosas, el propio Preámbulo de la LCSP, identifica el rol que juega la contratación pública dentro de la «Estrategia Europa 2020» (35), subrayando como objetivos inspiradores y básicos la consecución de una mayor transparencia en la contratación pública y, unido a esta, la mejor relación calidad-precio en las compras públicas, vinculando precisamente a este segundo objetivo, la inclusión de criterios cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato.

De esta primera manifestación, se deduce una idea sobre la que reflexionaremos a lo largo de las próximas páginas: los criterios medioambientales como criterios de adjudicación idóneos para la obtención de una mayor y mejor relación calidad-precio en la contratación y la necesaria vinculación de los criterios medioambientales al objeto del contrato. Pero, en nuestra opinión, se da un paso más. Se enmarca la elección de dichos criterios (ahora solo como adjudicación, aunque ya veremos que no se queda aquí) dentro de un objetivo previo y superior, cual es la planificación estratégica (36), el diseño previo (y pensado) como instrumento al servicio de la consecución de la política pública de mejor contratación (37), y consustancial a ella, el logro de las políticas medioambientales pretendidas con carácter

---

la contratación pública como vía de protección ambiental», señalando igualmente que «este imaginativo aprovechamiento de la potencialidad de la contratación pública responde al principio de integración del medio ambiente en las demás políticas europeas».

(35) Como dispone el Preámbulo de la LCSP, «nos encontramos ante un panorama legislativo marcado por la denominada “Estrategia Europa 2020”, dentro de la cual, la contratación pública desempeña un papel clave, puesto que se configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos». Asimismo, *vid.* GIMENO FELLÚ (2017a: p. 182), y su análisis de los motivos que llevaron a la reforma habida en materia de contratación pública en el año 2014, con una clara finalidad de búsqueda de la eficiencia y de políticas «que permitan un mayor crecimiento en un contexto de globalización económica», señalando igualmente que «la contratación puede —y debe, diría— ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos».

(36) *Vid.* GIMENO FELLÚ (2017b: p. 4), para quien «la visión estratégica, tan importante para impulsar políticas de desarrollo sostenible, impulso a la innovación o consolidación del tejido empresarial de las pymes, se convierte en el principal eje de la contratación, avanzando hacia una visión más cercana a la consideración del contrato público como inversión y no como gasto».

(37) En este sentido, *vid.* MEILÁN GIL (2015: p. 73), quien señala que «la contratación pública es un instrumento político de las UE así reconocido en las Declaraciones oficiales» y, prosigue» la novedad reside en los objetivos medioambientales, sociales, innovadores; se integran con toda naturalidad en la preparación y formulación de lo que será la decisión de la Administración que con la voluntad del particular constituirá el contrato».

transversal (38). Y la LCSP es clara en este sentido: se ha de incluir en toda compra pública (39).

La actual LCSP, sin perjuicio de otras consideraciones, tratando de complementar y dotar de contenido a la imposición de obligado cumplimiento a la que acabamos de aludir, destaca el papel de los criterios ambientales, bien de manera directa, o en su caso indirecta pero con una vinculación casi total, en varios frentes distintos, a saber: 1) las consideraciones (medio) ambientales como criterio de solvencia para contratar; 2) los aspectos ambientales como criterios cualitativos (objetivos o subjetivos) de adjudicación; 3) los criterios ambientales como condiciones de ejecución de los contratos y 4) las consideraciones (medio) ambientales como causas de prohibición de contratar.

## 1. La introducción de cuestiones ambientales como criterios de solvencia

Por lo que respecta a la inclusión de consideraciones de orden ambiental como criterios de solvencia (técnica), la LCSP contiene una previsión expresa para los contratos de obras (artículo 88.1.d) y servicios (artículo 90.1 f) (40),

---

(38) Para SANZ RUBIALES (2018: p. 79), precisamente «estamos asistiendo, en materia de contratos públicos, a una transformación del Estado meramente comprador en el Estado ordenador», manifestada en el hecho de que la Administración podrá (o incluso deberá) utilizar su potestad de compra con dinero público para la introducción y consecución de políticas ambientales. En relación a la aplicación de los principios generales de la contratación pública y la obligatoria inclusión de sociales y ambientales en la misma, *vid.* MORENO MOLINA (2018: p. 20), quien recuerda que: «los principios generales son para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) el fundamento de toda la normativa pública sobre contratación y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias».

(39) En este sentido, el propio artículo 1.3 LCSP establece que «en toda la contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos». En opinión de GALLEGU CÓRDOLES (2017: p. 97), «dada su ubicación sistemática —en el pósito de la norma— plasma con cierta solemnidad la superación de un modelo economicista de contratación pública». Igualmente, *vid.* artículo 28.2 LCSP respecto de la incorporación de consideraciones medioambientales como cuestión a considerar por las entidades del sector público en su función de velar por la eficiencia en la contratación pública. Finalmente, indicar que el propio Consejo de Estado, en su Dictamen 116/2015, de 10 de marzo, en relación a la LCSP (pp. 157-158), refiere la necesidad de que cláusulas ambientales estén vinculadas al objeto del contrato.

(40) En ambos artículos se hace una referencia a «las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato», configuradas como criterios de solvencia técnica o profesional de los licitadores. Nótese que, aunque se configura como requisito de acceso a la contratación, hay una directa relación entre dicha «capacitación» y las condiciones concretas en las que el licitador-adjudicatario ejecutará el contrato en su caso.

no así para el resto de contratos, si bien refiere, como cláusula de cierre para todos los contratos distintos de obras, servicios y suministros la remisión a los criterios de solvencia técnica o profesional previstos para el contrato de servicios (artículo 91), de lo cual podría deducirse, aunque no se alcanza a comprender su razonabilidad, que el contrato de suministros es el único en el que no se pueden incluir consideraciones relacionadas con la gestión medioambiental como criterio de solvencia del empresario licitador.

En cuanto a los contratos sujetos a regulación armonizada, se prevé la posibilidad de que los órganos de contratación exijan como medio para acreditar la solvencia técnica o profesional la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el licitador cumple determinadas normas de gestión medioambiental. Nada obsta para entender, en nuestra opinión, que los órganos de contratación, en los contratos no sujetos a regulación armonizada (excepción hecha parece ser para el contrato de suministros), no puedan igualmente exigir la acreditación de dicha solvencia técnica vinculada a la gestión medioambiental, por idénticos medios (41).

Más allá de las consideraciones ambientales como criterios de solvencia, ya vistos, merece al menos una breve referencia, la contenida en sede de reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas (artículo 126.4), donde señala que siempre que el contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, las prescripciones técnicas se definirán aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con las definiciones y principios regulados en los artículos 3 y 4, respectivamente, de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación.

Llama la atención la referencia a una norma derogada (42), aunque sea intrascendente y probablemente fruto de la extensa duración de la tramitación y

---

(41) El artículo 94.1, cuando se exija tal acreditación, remite a que hagan referencia al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) de la Unión Europea, o a otros sistemas de gestión medioambiental reconocidos de conformidad con el artículo 45 del Reglamento (CE) n.º 1221/2009, de 25 de noviembre de 2009, o a otras normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales pertinentes de organismos acreditados, señalando en su apartado 2, que en todo caso, la necesidad de reconocer certificados equivalentes en determinadas condiciones.

(42) Dicha Ley quedó derogada expresamente por Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación, tal y como reza su Disposición Derogatoria única. No obstante ello, y por lo que se refiere a lo dispuesto en los artículos 3 y 4, especialmente destacable son las referencias dentro de los principios informadores de las autorizaciones ambientales integradas (artículo 4) a la sostenibilidad y al uso eficiente de los recursos naturales, con atención al uso de las fuentes de energía.



aprobación de la LCSP. Pero mucho más significativa se nos antoja la siguiente reflexión: ¿acaso hay un contrato cuyo objeto no afecte o pueda afectar, de manera directa o indirecta, al medio ambiente? Nos tememos que la respuesta es obvia: no, no lo hay.

Sin querer trascender demasiado con este planteamiento, podemos cuestionarnos en qué medida el medio ambiente se ve afectado por cada una de las actividades que desarrolla el ser humano (por supuesto, también con la compra pública), pero de lo que no cabe duda, es que el medio ambiente «sufre» las consecuencias positivas o negativas de todos, en el marco del desarrollo de actividades empresariales o particulares, públicas o privadas (43). Y, así las cosas, y aunque sea un anticipo de una reflexión final, si la protección ambiental es una política pública de mercado interior principal y de aplicación transversal a todas las materias, los criterios de protección ambiental habrán de estar presentes en todos los pliegos de cláusulas técnicas, para todas las tipologías de contratos. Eso sí, con mayor o menor intensidad, en función del concreto objeto contractual de que se trate.

En este punto, y aunque vaya a ser tratado de manera específica dentro de esta monografía por GUILLÉN NAVARRO, resulta imprescindible realizar, al menos, una mención a la evolución habida en cuanto la configuración de las etiquetas (ecológicas o no) en la nueva LCSP, que viene a complementar, e incluso mejorar, la previsión contenida al respecto en las nuevas Directivas Comunitarias, que a su vez superaron las previsiones contenidas en las Directivas 2004, habilitándose su uso, no solo mediante inclusión dentro de las prescripciones técnicas, sino también mediante su exigibilidad dentro de los criterios de adjudicación y las condiciones de ejecución a las que luego nos dedicaremos (44).

Los órganos de contratación van a poder precisar la disponibilidad y tenencia de etiquetas concretas, pero sin poder negar la acreditación del

---

(43) En este sentido, destacar como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Humano celebrada en Estocolmo en 1972, y de que resultó la conocida como Declaración de Estocolmo, definió el medio ambiente como «el conjunto de componentes físicos, químicos, biológicos y sociales capaces de causar efectos directos o indirectos, en un plazo corto o largo, sobre los seres vivos y las actividades humanas».

(44) En este sentido, *vid.* artículo 43 Directiva 2014/24/CE. Igualmente, *vid.* artículo 127 LCSP donde se recogen los tres momentos en los que el órgano de contratación pueda exigir una etiqueta específica como medio de prueba de cumplimiento de las condiciones exigidas para aquellas obras, servicios o suministros con características específicas. Igualmente, para comprobar la evolución habida en la materia desde la Directiva 2004/18/CE, puede consultarse PERNAS GARCÍA (2011: pp. 95-105), y sus consideraciones acerca de los sistemas públicos y privados de ecoetiquetado como referencia para la determinación de las prescripciones técnicas.

cumplimiento de los requisitos fijados mediante la presentación de etiquetas equivalentes (artículo 127.3) o incluso a través de otros medios, tales como informes de pruebas o certificaciones (artículo 128), y sin que ello, en modo alguno, rebaje la obligación de incorporar con el máximo grado de detalle cuales son los requisitos y características que se pretenden satisfacer mediante el uso de la etiqueta de que se trate (45).

## 2. La elección de consideraciones medioambientales como criterios de adjudicación

Por lo que se refiere a la nueva LCSP, la regulación de las consideraciones medioambientales como criterios de adjudicación, la encontramos en el artículo 145.2, donde se prevé que el órgano de contratación «pueda» incluir aspectos medioambientales, vinculados al objeto del contrato (46), como los

---

(45) En cualquier caso, resulta de gran utilidad acudir al Manual sobre Contratación Pública Ecológica de la Unión Europea (puede consultarse en [http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook\\_2016\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_es.pdf)), donde se refieren la multiplicidad de etiquetas ecológicas existentes en la actualidad, genéricas o sectoriales, destacando entre las primeras la Etiqueta Ecológica de la Unión Europea (<http://ec.europa.eu/environment/ecolabel>), la etiqueta noruega denominada Cisne Nórdico (<http://www.svanen.se/en>) o la etiqueta alemana denominada Ángel Azul (<http://www.blauer-engel.de/en>). Igualmente, *vid.* BRUNETE DE LA LLAVE (2010: p. 51) respecto de las posibilidades de uso de las etiquetas ecológicas.

(46) Respecto de la vinculación del objeto del contrato de cláusulas ambientales, *vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, en la cual, con ocasión de la inclusión de consideraciones ambientales en el procedimiento de contratación sobre la adjudicación del contrato relativo a la gestión de una línea de la red de autobuses urbanos, manifiesta que: « puede tener en cuenta criterios ecológicos, como el nivel de las emisiones de óxidos de nitrógeno o el nivel de ruido de los autobuses, siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular, el principio de no discriminación», manifestando igualmente que «El principio de igualdad de trato no se opone a que se tomen en consideración criterios relacionados con la protección del medio ambiente, como los controvertidos en el asunto principal, por el mero hecho de que la propia empresa de transportes de la entidad adjudicadora sea una de las pocas empresas que pueden ofrecer unos vehículos que cumplan los criterios mencionados». Igualmente, *vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003, Wienstrom, C-448/01, donde el Tribunal manifiesta que «no se opone a que una entidad adjudicadora establezca, para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa a efectos de la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables al que se atribuye un coeficiente de ponderación del 45 %, careciendo de relevancia a este respecto el hecho de que dicho criterio no permita necesariamente alcanzar el objetivo que se persigue», si bien continúa diciendo que la

relacionados con la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero, el empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y la utilización de energía procedente de fuentes renovables durante la ejecución del contrato y/o al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Aunque puede no ser una cuestión menor, creo que no es especialmente afortunada la redacción cambiante respecto de la inclusión de cláusulas ambientales en las distintas fases de la licitación como una suerte de, a veces, derecho o potestad, a veces, obligación, para los órganos de contratación (47), cuando en nuestra opinión, su incorporación ha de ser preceptiva, siendo discrecional, en todo caso, la elección de la concreta cláusula en función de su efectiva relación con el objeto contractual, de modo y manera que con ello se satisfagan, en la mayor medida posible, los objetivos propios, directos e indirectos, de la compra pública (48).

En todo caso, pudiera parecer que los criterios medioambientales, en su condición de potenciales criterios de adjudicación, únicamente podrían desempeñar tal papel por la vía de su consideración como criterios cualitativos que coadyuvan a la fijación de la mejor relación calidad-precio, si bien, en realidad, eso no es así. En el supuesto de que fuera el cálculo del coste de ciclo de vida útil el criterio determinante de la adjudicación, y dada la conformación del mismo como criterio cuantitativo (económico) de carácter

---

normativa de contratación pública si se opone a este criterio cuando «no vaya acompañado de requisitos que permitan el control efectivo de la exactitud de la información contenida en las ofertas, y exija a los participantes en la licitación que indiquen la cantidad de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables que podrán suministrar a una clientela indeterminada y atribuya la máxima puntuación al licitador que indique la mayor cantidad, teniendo en cuenta que sólo se valora la parte de ésta que exceda del consumo previsible en el marco de la licitación». La incorporación de dicha cláusula fue declarada contraria a Derecho.

(47) Así, por ejemplo, en el artículo 28.2 LCSP se dice que se valorará la incorporación de consideraciones medioambientales como aspectos positivos de la contratación pública, cuando en el artículo 1.3 LCSP, en consonancia con la redacción del propio Preámbulo, se dice que se incorporarán de manera transversal «y preceptiva», lo cual, no parece dejar mucho margen a los órganos de contratación para su no inclusión.

(48) En este sentido, *vid.* SANZ RUBIALES (2018: p. 56), que califica la redacción del artículo 1.3 LCSP de «nefasta» y «peculiar», y con ello, la posibilidad de aclarar si, del tenor literal de la norma, en ese punto, y del propio preámbulo de la LCSP, se puede concluir con absoluta certeza que se trata de una obligación incondicionada o no. Por su parte, GIMENO FELIÚ (2017b: p. 4), considera que «El artículo 1.3 LCSP supone una clara «innovación» sobre la comprensión práctica de la contratación pública, renunciando a una filosofía burocrática formal y excesivamente economicista para incorporar, de forma preceptiva, la visión estratégica de la contratación pública, incluyendo referencias expresas al valor social y ambiental y la protección de las pymes».

preferente (49), no son sino criterios de impacto directa o indirectamente de índole medioambiental, los que permiten evaluar tal coste (50).

En una y otra circunstancia, de lo que no cabe duda alguna es que la correcta evaluación y valoración de los criterios ambientales, tanto en su vertiente cuantitativa como cualitativa, habrá de ser susceptible de una adecuada ponderación en fase de ejecución, debiendo adoptar el órgano de contratación cuantas medidas sean oportunas a los efectos de poder ponderar debidamente dichas cuestiones (51).

La dimensión ambiental en este punto, cobra de nuevo importancia, en tanto que se configura el incumplimiento de obligaciones medioambientales como determinante del rechazo de ofertas y expulsión del procedimiento de licitación por anormalidad (artículo 149.3 LCSP), cuando dicha oferta se vea viciada por incumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental (social, laboral o de subcontratación).

### **3. La introducción de cláusulas ambientales como condiciones de ejecución del contrato**

Por lo que se refiere a las consideraciones medioambientales como condiciones de ejecución del contrato, la regulación aparece contenida en los artículos 201 y 202 LCSP, siendo relevante, aunque no una novedad, la configuración de las mismas como posibles condiciones «especiales» de ejecución.

Así, por un lado, se impone la obligación para los órganos de contratación de la adopción de medidas que garanticen que, en ejecución del contrato, los contratistas cumplen con sus obligaciones medioambientales, configurándose su incumplimiento como causa para determinar la imposición de penalidades al amparo del artículo 192 LCSP, lo cual, sin duda, obliga al órgano de

---

(49) El propio artículo 148.4 LCSP prevé que el cálculo de los costes previstos en el artículo 145.1 y 2 se realice, preferentemente, por referencia al coste del ciclo de vida, tal y como aparece definido en el primero de ellos. Para un análisis de la cuestión relativa al cálculo del coste de ciclo de vida útil como criterio de adjudicación, *vid.* el estudio de la cuestión de SOLA TEYSSIERE (2017) a la luz de las Directivas 2014.

(50) Las referencias en el artículo 148 LCSP son directas a los costes de consumo de energía, costes de recogida y reciclado, por ejemplo, así como con carácter general a externalidades ambientales, como, por ejemplo, costes de emisiones de gases de efecto invernadero y de otras emisiones contaminantes.

(51) En este sentido, el artículo 157 LCSP, en fase de examen de las proposiciones, prevé la posibilidad de que se soliciten informes técnicos para valorar criterios distintos al precio, especialmente para verificar que las ofertas cumplen las especificaciones técnicas del pliego, admitiendo la posibilidad de recabar opinión e informe de organizaciones medioambientales para verificar el cumplimiento o no de las consideraciones relativas a esa materia.

contratación, y ahora me detendré en ello, a desempeñar sus facultades de vigilancia e inspección con sumo cuidado, como función que le es propia (52).

Y, por otro lado, la potestad, que en todo caso mantienen viva los órganos de contratación, de poder comprobar durante la sustanciación de todo el procedimiento de licitación, el cumplimiento de las obligaciones medioambientales, lo cual, por otro lado, es obvio, dado que ya hemos visto como las mismas son, a su vez, criterio de solvencia técnica y posible causa de determinación de anomalía en la oferta.

En este punto, en nuestra opinión, puede ser especialmente relevante la figura del responsable del contrato, como vigilante y garante del cumplimiento de los contratos, y su papel en cuanto a la identificación de incumplimientos en sede de ejecución de contratos, cuando dichos incumplimientos están asociados a cláusulas medioambientales esenciales o especiales (53).

Con carácter complementario a lo anterior, el artículo 202 LCSP impone la necesidad de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, con carácter preceptivo, al menos una de las condiciones especiales de ejecución relacionadas con la innovación, el medio ambiente o de carácter social-laboral, siendo en todo caso criticable que el legislador haya metido en un «saco común» condiciones de uno y otro ámbito, permitiendo con ello que los órganos de contratación «cumplan», tanto si promueven la entrega de productos a granel como si eliminan las desigualdades entre el hombre y la mujer en el mercado laboral, y como si unas y otras tuvieran algo que ver.

Sin ánimo de querer extenderme demasiado en esta cuestión, parece como si solo hubiera podido disponerse de un artículo para regular las condiciones especiales de ejecución, y en un *tótum revolútum* se hubiera querido zanjar el asunto.

Y abunda en esta consideración, el hecho de que el mismo precepto permita que el incumplimiento de las merítadas condiciones puedan ser: a) una causa para la imposición de penalidades (artículo 192.1), b) una causa de resolución por incumplimiento de obligación esencial del contrato (artículo 211 f), c) una causa de prohibición de contratar (artículo 72.2 c) o d) un incumplimiento sin consecuencias, si no se ha previsto nada en sentido contrario conforme a las letras anteriores.

---

(52) Recordemos que el artículo 190 LCSP, con carácter complementario a las prerrogativas administrativas que le son propias a los órganos de contratación, les reconoce la facultad de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas en ejecución del contrato.

(53) El responsable del contrato, figura que ya existía en la regulación anterior, y recogida hoy en el artículo 62 LCSP, adopta en nuestra opinión un rol mucho más relevante, debiendo de estar presente en todos y cada uno de los contratos públicos, con la finalidad de «supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada».

En mi opinión, y al margen de las apreciaciones, pormenorizadamente analizadas, que vierte al respecto DE GUERRERO MANSO en esta misma monografía, la tibieza en la redacción del precepto choca radicalmente con lo que debiera haber sido la firmeza en la configuración de un sistema que castiga de manera oportuna aquello que vulnera una regla esencial de la nueva contratación pública, que no es sino el respeto al medio ambiente (54).

#### **4. La prohibición de contratar como instrumento de prevención ambiental**

Por último, mención aparte requiere el análisis de las cuestiones, y el cumplimiento efectivo de la protección ambiental a través de la contratación pública, desde la perspectiva de las prohibiciones de contratar, contenidas en el artículo 71.1, a) y b) LCSP, por referencia a la comisión de dos tipos de ilícitos, penales o administrativos.

El ilícito penal vinculado a la protección del medio ambiente, se regula de manera específica y directa en los artículos 325 a 331 del Código Penal. El ilícito administrativo, como no podría ser de otra manera, y de una forma mucho más amplia, por remisión a los tipos infractores definidos en la normativa vigente sobre la materia, con un único matiz: prohibición de contratar por haber sido sancionado por la comisión de una infracción de carácter muy grave.

Y esta restricción en cuanto a la categoría del tipo infractor, que permite además ser definido tanto por legislación ambiental estatal como autonómica dado el reparto competencial previsto en nuestra Carta Magna, adivina un marco de lo más variopinto respecto de la multitud de supuestos que, en función de la rectitud o laxitud del legislador, habilitarán a los licitadores para escapar del castigo «adicional» relativo a de la imposibilidad de contratar con el sector público.

Esta circunstancia, unida al hecho de que otros ilícitos administrativos son «sancionados» por esta vía con ser, meramente, calificados como infracciones graves o incluso por un tipo menor (55), supone, en mi opinión, una rebaja

---

(54) En este sentido, la propia LCSP, en su artículo 334, configura la Estrategia Nacional de Contratación Pública como instrumento jurídico vinculante que, entre otras, diseñará medidas que permita cumplir objetivos de utilización de la contratación pública para apoyar las políticas ambientales, cumpliendo con ello, el mandato que sobre esta cuestión dicta la Unión Europea. Habrá que esperar a ver si hay una decidida apuesta por los criterios medioambientales, o únicamente se queda en una declaración de buenas intenciones sin un recorrido bien definido.

(55) En este sentido, el artículo 71.1 b) LCSP señala como causa de prohibición de contratar, entre otras, la sanción por infracción grave en materia de disciplina de mercado, de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades, de no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con

que desmerece en cierto modo el aura proteccionista que, al menos en cuanto a sus ideales, rodea y defiende la LCSP respecto del medio ambiente.

De forma directamente relacionada con las prohibiciones de contratar analizadas, se establece un último sistema con el que se pretende reforzar la protección ambiental en el actual sistema de contratación pública y que puede identificarse con el tan de moda sistema de autocumplimiento normativo, comúnmente conocido como *compliance*. Así, en determinados supuestos, se permite rehabilitar a una empresa que pudiera estar incurso en una prohibición de contratar si esta acredita la implantación de un programa efectivo de *compliance* (56).

Las Directivas 2014, partiendo de los principios fundamentales de la Unión Europea, entre los que se encuentra el principio de proporcionalidad, que explica y justifica la adopción de estas medidas de autorregulación, ratificaron que la prohibición de contratar no tiene un carácter punitivo, sino, antes, preventivo, en evitación de adjudicaciones a quienes no merecen relacionarse con el sector público y beneficiarse, para sus fines, del dinero público (57). Dicho en términos europeos, el sector público solo debería contratar con lo que se ha venido a denominar *Good Corporate Citizens* (58).

En esa misma línea, la LCSP establece un marco de redención para los contratistas que, estando incursos en una prohibición de contratar, hayan adoptado programas de *compliance*, colaboren con las autoridades o paguen las indemnizaciones correspondientes por cualquier daño causado, purgándose con ello de los impedimentos que limiten su participación en licitaciones públicas.

Como ya se ha expresado, las prohibiciones de contratar se regulan en los artículos 71 a 73 LCSP y se definen como aquellas circunstancias objetivas

---

su normativa. Y el artículo 71.1 f) LCSP contempla la posibilidad de que una sanción administrativa en materia de subvenciones o en materia tributaria, lleve aparejada la prohibición de contratar, sin concretar la categoría del tipo infractor.

(56) Así se prevé en el apartado 6 del artículo 57 de la Directiva 2014/24/CE, que establece lo siguiente: «Todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación».

(57) Vid. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (2017: p. 295), que en este sentido, señala que: «Estas medidas de autosaneamiento parten, como hemos indicado, de una cultura preventiva en la lucha contra la corrupción que potencie el cumplimiento superando una visión única y excluyente de tipo punitivo, vigente hasta ahora en muchas latitudes. Esta cultura empresarial, y también administrativa, a favor del cumplimiento de las obligaciones contribuye de forma decisiva a evitar distorsiones de la competencia en los procedimientos de adjudicación».

(58) En este sentido, respecto del uso del término, y de la necesidad de asegurar el cumplimiento por parte de los agentes privados que participan en los procesos de contratación pública, vid. McCRUDDEN (2006).

que impiden contratar con la Administración (59). En concreto, en el artículo 72.5 LCSP, se establece que no procederá declarar la prohibición de contratar cuando, en el trámite de audiencia, se acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hubieran sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución o, en su caso, se acredite la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, es decir, se acredite la implantación de un sistema de *compliance* (60).

Atendiendo a la utilización del adjetivo «apropiadas», debemos concluir que el licitador no solo tendrá que demostrar que ha implantado un programa de *compliance*, sino que el mismo es fiable, entendiendo por tal que cumple con los requisitos previstos legalmente, debiendo ser apreciada dicha idoneidad por el propio órgano de contratación.

Sin duda, la implantación de un modelo organizativo que permita evitar la comisión de delitos e infracciones —ambientales o no—, redundará en dotar, al menos, de una mayor apariencia de idoneidad y capacidad para todos aquellos operadores jurídicos que dispongan de él, y ello sin perjuicio de que dichos modelos puedan ser, a su vez, considerados como criterios de adjudicación, o incluso exigidos como condiciones de ejecución de los contratos.

#### IV. CONCLUSIONES

Como corolario de todo lo expuesto, concluir que, sin duda, la LCSP supone un paso más en el proceso de transformación que implica la inclusión de

---

(59) Vid. LÓPEZ DONAIRE (2018: p. 51) y su interpretación respecto a qué se refiere el legislador con la expresión «la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuros delitos o infracciones administrativas». En su opinión, «resulta loable el camino emprendido por la Directiva europea, seguido por el legislador español hacia un modelo de *compliance* en el ámbito de la contratación pública similar al *compliance* penal, para exonerar a los operadores de las prohibiciones de contratar. Este nuevo modelo responde a la intención del legislador de establecer medidas llamadas a facilitar la lucha contra el fraude y la corrupción. De este modo, se avanza en la senda de la autorregulación regulada».

(60) En relación con la regulación europea, debemos destacar que la legislación nacional se refiere a cualquier programa de *compliance* capaz de evitar la comisión de infracciones administrativas, mientras que la legislación europea hace una mención expresa a las conductas delictivas. Así, podemos concluir que la legislación española ha previsto la implantación de programas de cumplimiento de una manera más amplia, mientras que la legislación europea limita el ámbito de aplicación de la exención a la instauración de los conocidos como programas de *compliance* penal, es decir, aquellos programas de cumplimiento especialmente orientados a la prevención de hechos delictivos.



criterios de innovación, medioambientales y socio-laborales en la contratación pública, si bien, como toda mutación, no sólo jurídica sino también cultural, habremos de emplazarnos a un momento posterior para poder analizar y comprobar el éxito o el fracaso del mismo.

Y para ello, en nuestra opinión, son muchas las adaptaciones que han de sufrir los órganos de nuestro sector público, empezando sin duda por la inversión en potenciar la profesionalización de los gestores públicos para una correcta implementación de las políticas de protección ambiental en la contratación pública, y no solo a este fin, sino para comprar mejor, gastando el dinero público de la manera más eficiente posible.

Diseñar políticas que, desde la contratación pública, permitan alcanzar el efectivo cumplimiento de la función pública de protección ambiental es un desafío, intentado y perseguido desde hace décadas, pero todavía no conseguido, que además entraña suma dificultad (61). No se trata únicamente de haber perfilado un marco normativo donde la protección medioambiental tenga cabida, y donde los criterios ambientales tengan un peso específico. Es imprescindible que los objetivos superiores a los que aspira la norma, recogidos en criterios de solvencia, criterios de adjudicación y/o condiciones de ejecución, tengan su reflejo en una materialización real en la correcta y debida concreción de la ejecución de los contratos (62).

De nada sirve ser voluntarista, y menos en una cuestión, la de la protección ambiental, en la que nos jugamos todos tanto. No valen meras declaraciones, ni recomendaciones, ni cláusulas vacías en pliegos contractuales. Si el fin último perseguido no se logra, la función pública no habrá sido bien ejercida.

## V. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GARCÍA, M<sup>a</sup> Consuelo (2015): «La consideración de la variable ambiental en la contratación pública en la nueva Directiva europea 2014/24/UE», en *La Ley Unión Europea*, núm. 26, 19 pp.

---

(61) Compartimos opinión con ALONSO GARCÍA (2015: p. 2) cuando manifiesta que: «Aunque no exenta de dificultades, las ventajas de la utilización de esta técnica son evidentes: contribuye a la mejora del medio ambiente, ya que implica un plus de protección sobre el cumplimiento de la legislación en la materia, permite integrar la dimensión ambiental en todas las políticas sectoriales, promueve la implantación por parte de los empresarios de sistemas e instrumentos ambientales —como pueden ser las etiquetas ecológicas o los certificados de gestión ambiental—, y mejora la eficiencia de la utilización de materias primas y la energía..., todo ello sin coste alguno para las Administraciones públicas adjudicatarias de los contratos».

(62) En este sentido, *vid.* GALLEGO CÓRDOLES (2017: p. 112), para quien «el éxito de todas estas medidas no dependerá exclusivamente de la calidad de la norma, sino fundamentalmente del éxito en su ejecución».

- BAENA PINEDO, Pedro (2012): «La persistencia del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 18, pp. 403-423.
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel (2008): «Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», Monografías de esta REVISTA, núm. X, pp. 211-252.
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel (2015): «Los programas de compliance en el «nuevo» Derecho de Los Contratos Públicos», en *Observatorio de Contratación Pública*.
- BRUNETE DE LA LLAVE, María Teresa (2010): *Criterios sociales y medioambientales en la contratación pública (Guía Práctica)*, 1º ed., Federación de Municipios y Provincias de Castilla La Mancha, 95 pp.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio (2008): «El régimen de la incorporación de criterios ambientales en la contratación del sector público: su plasmación en las nuevas leyes sobre contratación pública de 2007», en *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, núm. 80, pp. 41-72.
- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel (2017): «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», en *D.A Nueva Época*, núm 4, pp. 92-113.
- GIMENO FELIÚ, José María (2016): «El efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias sobre la contratación pública: consecuencias prácticas de la falta de transposición de las Directivas por el Estado español», en *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, núm. 30, 51 pp.
- GIMENO FELIÚ, José María (2017a): «Hacia una nueva ley de contratos del sector público. ¿Una nueva oportunidad perdida?», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm.182, pp. 181-221
- GIMENO FELIÚ, José María (2017b): «Las claves de la nueva LCSP: hacia una contratación pública transparente y estratégica», en *Aranzadi digital*, núm.1, 15 pp.
- LÓPEZ DONAIRE, María Belén (2018): «Compliance y contratación en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», en *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, núm. 153, pp. 48-53.
- MEILÁN GIL, José Luis (2015): «Un meeting point de los ordenamientos jurídicos sobre contratación pública», en *Revista de Administración Pública*, núm. 198, pp. 181-221
- McCRUDDEN, Christopher (2006): «Corporate Social Responsibility and Public Procurement», en *University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series*, Working Paper 9/2006.

- MIRANZO DÍAZ, Javier (2017): «Hacia una Administración pública sostenible: Novedades en la legislación europea de contratación pública», en *Actuación jurídica ambiental* núm. 64, pp. 3-43.
- MORENO MOLINA, José Antonio (2015): «La nuevas Directivas de la Unión Europea sobre contratación pública y su necesaria incorporación al Derecho español», en *Gabilex*, núm. extraordinario, pp. 103-132.
- MORENO MOLINA, José Antonio (2018): *Una nueva contratación pública, social, ambiental, eficiente, transparente y electrónica*, 1ª ed., Albacete, Ed. Bomarzo, 84 pp.
- PERNAS GARCÍA, Juan José (2011): *Contratación pública verde*, 1ª ed., Madrid, La Ley, 316 pp.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2017): «Compliance y self-cleaning en la Contratación pública europea», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, pp. 277-299.
- SANZ RUBIALES, Íñigo (2018): «La protección del ambiente en la nueva ley de contratos: del estado meramente "comprador" al Estado "ordenador"» en *Revista de Administración Pública*, núm. 205, pp. 49-80.
- SOLA TEYSSIERE, Javier (2017): «El coste del ciclo de vida como criterio de adjudicación del contrato», en *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, núm. 151, pp. 6-13.



# LA INCLUSIÓN DE CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN COMO MEDIDA EFECTIVA PARA LA DEFENSA DEL MEDIO AMBIENTE A TRAVÉS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA (\*)

M<sup>o</sup> DEL CARMEN DE GUERRERO MANSO

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.– II. LA COMPRA PÚBLICA VERDE NO ES UNA NOVEDAD: 1. La compra pública estratégica y su variante ambiental. 2. La «obligación» de incluir aspectos ambientales en la contratación pública. 3. Importancia de la inclusión de cláusulas ambientales en la contratación pública.– III. LA INCLUSIÓN DE CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN AMBIENTALES EN LOS PLIEGOS DEL CONTRATO: 1. Las condiciones especiales de ejecución como vía para lograr los objetivos ambientales de la contratación pública. 2. Respeto a los principios rectores de la contratación pública, con especial atención a los de publicidad y no discriminación. 3. Requisitos que deben cumplir las condiciones de ejecución. 4. Elección de las condiciones de ejecución.– IV. EL CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DE EJECUCIÓN: 1. La necesidad de controlar el cumplimiento de las condiciones de ejecución establecidas en los pliegos. 2. Distintos efectos del incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución. 3. Los indicadores de rendimiento y su configuración como parámetros objetivos de cumplimiento.– V. A MODO DE CONCLUSIÓN.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** El estudio tiene por objeto determinar las medidas que deben ponerse en práctica para lograr la efectiva defensa del medio ambiente a través de la contratación pública. Con dicha finalidad, se toma como punto de partida el análisis de la compra pública verde dentro de la actual estrategia de contratación europea y el supuesto carácter obligatorio de la inclusión de cláusulas ambientales. A continuación, se exponen los requisitos que deberán cumplir las condiciones especiales de ejecución del contrato, como elemento clave para la efectiva defensa del medio ambiente, el debido respeto a los principios que rigen la contratación pública y la forma de elegir y definir las condiciones que se exigirán al adjudicatario. Finalmente se pone de manifiesto la necesidad

---

\* Trabajo realizado en el marco del proyecto estratégico S22\_17R, para los años 2017-2019, del grupo de investigación ADESTER (Derecho Administrativo de la Economía, la Sociedad y el Territorio), financiado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y el Departamento de Innovación, Investigación y Universidades del Gobierno de Aragón, y del Proyecto de Investigación titulado: «La regulación de los mecanismos de mercado para la protección ambiental en Derecho Administrativo», DER2015/67348-P, Ministerio de Economía y Competitividad. Proyecto Erasmus + GPP-Furniture.

de controlar el cumplimiento de las condiciones de ejecución mediante el establecimiento de indicadores objetivos y la determinación de las consecuencias de su incumplimiento, como garantía de eficacia de la protección del medio ambiente.

*Palabras clave:* compra pública verde; medio ambiente; condiciones especiales de ejecución; eficacia; supervisión del cumplimiento del contrato.

*ABSTRACT:* The study aims to identify the measures to be implemented to achieve effective environmental protection through public procurement. To this end, the analysis of green public procurement within the current European procurement strategy and the supposed mandatory nature of the inclusion of environmental clauses are taken as a starting point. The requirements to be met by the contract performance clauses are set out below, as a key element for the effective protection of the environment, due respect for the principles governing public procurement and the way in which the conditions to be met by the successful tenderer are chosen and defined. Finally, the need to monitor compliance with the implementation conditions by establishing objective indicators and determining the consequences of non-compliance as a guarantee of the effectiveness of environmental protection is highlighted.

*Key words:* green public procurement; environment; contract performance clauses; efficiency; monitoring contract compliance.

## I. INTRODUCCIÓN

La denominada compra pública verde es una realidad en nuestro ordenamiento jurídico desde hace más de veinte años (1). Son muchos los documentos,

---

(1) Como primer antecedente normativo en la materia podemos citar la Comunicación de la Comisión COM (98) 143, «La contratación pública en la Unión Europea», de 11 de marzo de 1998. En dicha Comunicación se incluye un apartado destinado a «Analizar y consolidar un efecto de sinergia con otras políticas comunitarias» entre las que se encuentra la protección del medioambiente. Allí la Comisión subraya que «el Derecho comunitario, y particularmente las directivas sobre contratación pública, permiten diversas posibilidades de tener en cuenta la protección del medioambiente en las compras realizadas por las Administraciones públicas», entre las que se encuentran la forma de definir los productos y servicios, la posibilidad de excluir a determinados candidatos, la elaboración de prescripciones técnicas que tengan en cuenta la protección del medio ambiente; la incorporación del objetivo de protección del medio ambiente como criterio de selección, la posibilidad de utilizar aspectos medioambientales para seleccionar la oferta económica más ventajosa o de exigir al proveedor que ejecute la prestación objeto del contrato en el estricto cumplimiento de ciertas obligaciones cuya misión es proteger el medio ambiente (p. 27).

Dos años antes se había publicado el Libro Verde de la Comisión Europea «La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro», COM (96) 583 final, Comunicación adoptada por la Comisión Europea el 27 de noviembre de 1996, a propuesta del Señor Monti. En el apartado dedicado a «Contratación pública y otras políticas comunitarias» se incluyó el tratamiento de la «Contratación pública y medio ambiente» (pp. 44-46). Con el Libro Verde, la Comisión Europea quería incentivar un debate en el que se propusieran soluciones y mejoras

normativos y no normativos, que promueven y en ocasiones imponen la utilización de criterios ambientales en la contratación pública. No se trata, por lo tanto, de una novedad. Sin embargo, la imposición de condiciones ambientales en la contratación pública no siempre produce los efectos buscados y en la realidad el estado del medio ambiente en ocasiones empeora (2).

Por este motivo, en este trabajo pretendemos ir un paso más allá del análisis de la compra pública verde y de su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, con la intención de proponer ideas y apuntar posibles medidas que permitan lograr una mayor eficacia de los criterios ambientales en la contratación pública.

Para ello distribuiremos el trabajo en torno a tres aspectos esenciales. En primer lugar, analizaremos qué es la compra pública verde y cómo ha quedado configurada en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), con especial mención del alcance que tiene la supuesta «obligatoriedad» de la inclusión de condiciones ambientales en los contratos. En segundo lugar, nos detendremos a considerar la importancia de la inclusión de cláusulas ambientales en la contratación pública y profundizaremos en el papel que las condiciones especiales de ejecución pueden tener para lograr la efectiva defensa del medio ambiente a través de la contratación pública. Finalmente, expondremos las diversas vías de control o supervisión de la ejecución de los contratos, como aspecto clave para lograr la eficacia de las medidas ambientales incluidas en los pliegos y la necesaria

---

para los problemas planteados sobre los mercados, además de tratar la incorporación de las directivas de contratación pública por los Estados miembros y el débil impacto económico de la política de contratación.

Posteriormente, se adoptó la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, de 4 de julio de 2001, COM (2001)247 final. El objetivo de esta Comunicación era estudiar las posibilidades que ofrece la legislación comunitaria vigente de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, de modo que los poderes adjudicadores contribuyan al desarrollo sostenible.

Sobre los primeros hitos y la evolución normativa de la inclusión de criterios ambientales en la normativa comunitaria sobre contratación pública puede verse ROMÁN MÁRQUEZ (2018: 98-102), FERNÁNDEZ ACEVEDO (2018: 29-32), VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2011: 17 y ss.) y GALERA RODRIGO (2009: 12-16).

Sobre el contenido de las Directivas de 2004 y 2014 sobre la materia y su trasposición al ordenamiento jurídico español véase LÓPEZ TOLEDO (2018: 52 y ss.).

(2) Esta realidad se destaca, por ejemplo, en el Informe «La calidad del aire en el Estado español durante 2017», publicado el 20 de junio de 2018 por Ecologistas en Acción. En dicho Informe se establece que algunas de las principales causas de contaminación son el tráfico urbano y la contaminación industrial (pp. 35-37).

creación de indicadores objetivos que permitan conocer si se han cumplido o no los parámetros impuestos, así como las consecuencias que pueden derivarse del incumplimiento de las medidas ambientales.

## **II. LA COMPRA PÚBLICA VERDE NO ES UNA NOVEDAD**

La compra pública verde, también denominada compra pública ecológica, sostenible o responsable, es una de las variantes de la contratación pública estratégica que se promueve en nuestro país con el impulso de la Unión Europea y que tiene como objetivo lograr un cambio de paradigma en la adquisición de bienes, servicios u obras, de manera que, además de adquirir las prestaciones que necesita una Administración Pública, se promuevan otros objetivos públicos y, especialmente, los relacionados con las políticas sociales, medioambientales y de innovación (3).

### **1. La compra pública estratégica y su variante ambiental**

La Comunicación de la Comisión Europea «Contratación pública para un medio ambiente mejor» (4), define la contratación pública ecológica como «un proceso por el cual las autoridades públicas tratan de adquirir mercancías, servicios y obras con un impacto medioambiental reducido durante su ciclo de vida, en comparación con el de otras mercancías, servicios y obras con la misma función primaria que se adquirirían en su lugar». Resulta de gran interés dicha definición ya que en ella se recoge su vinculación con el ciclo de vida, aspecto esencial, como veremos, para la inclusión de cláusulas ambientales en los contratos.

La necesidad de utilizar la contratación pública para conseguir objetivos sociales, medioambientales y de innovación ha sido acogida también desde hace más de una década por las Juntas Consultivas de Contratación Adminis-

---

(3) Así, hace ya más de 10 años, GIMENO FELÚ (2006: 47 y 48) manifestaba que la política de contratación pública debía estar orientada no sólo a la consecución de objetivos de eficiencia económica, sino también a la consecución de objetivos sociales y medioambientales, configurados como parte de las políticas propias del Tratado de la Unión Europea. También han analizado el papel estratégico de la contratación pública más recientemente RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (2013) y GIMENO FELÚ (2013).

Sobre la compra pública verde pueden verse, además de las obras sobre aspectos específicos que citaremos a lo largo de este trabajo, SIRVENT ALONSO (2010), SARASIBAR IRIARTE (2015), GONZÁLEZ GARCÍA (2015), MORENO MOLINA (2018) y PERNAS GARCÍA (2011).

(4) COM (2008) 400 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Contratación pública para un medio ambiente mejor», adoptada el 16 de julio de 2008. Página 5.



trativa (en adelante JCCA). En este sentido resulta muy ilustrativo el Informe 1/2006, de 14 de diciembre, de la JCCA de Aragón (5):

*«la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí misma sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, la contratación puede, y debería ser, una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos».*

Y más adelante continúa:

*«Esto significa que los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país».*

Los diversos calificativos que se aplican a la contratación pública no tienen el mismo alcance. La contratación pública sostenible, a la cual se alude también como responsable, hace referencia a un concepto más amplio, que integra diversos aspectos que pueden verse afectados por el contrato. Así, este concepto abarca, por un lado, aspectos directamente relacionados con el medio ambiente, como el mantenimiento de las condiciones físico-químicas que hacen posible la vida, la limitación de la contaminación o la utilización de fuentes de energía renovables. Por otro lado, acogerá objetivos sociales, que pueden concretarse en la promoción de la igualdad de colectivos desfavorecidos, la lucha contra el desempleo o la pobreza, o el establecimiento de condiciones laborales adecuadas. Podrá contener asimismo factores económicos, entre los que se encuentran alcanzar mayores niveles de calidad de vida con un uso menos intensivo en recursos o el ahorro que puede suponer la consideración del coste de ciclo de vida del producto como criterio de adjudicación del contrato. Y con todo ello se relacionarán también aspectos éticos, como la lucha contra la corrupción o la promoción de la transparencia y la integridad, claves para la eficacia y la eficiencia de la contratación pública. Todos estos aspectos se incorporarán en los procesos y fases de la contratación pública, que acogerán sus características, fundamentos y objetivos (6).

---

(5) Informe 1/2006, de 14 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre «buenas prácticas medioambientales a considerar en la contratación de las obras públicas».

(6) Véase en este sentido PERNAS GARCÍA (2011: 72-73) o más recientemente LÓPEZ TOLEDO (2018: 51).

Así, podemos convenir en que la compra pública sostenible o responsable es un objetivo que engloba la compra pública verde o ecológica, circunscrita de manera más precisa a la consecución de objetivos ambientales a través de una adecuada configuración del contrato.

La compra pública ecológica es, por lo tanto, una herramienta específica dentro de la compra pública sostenible o responsable que pretende lograr resultados en diversas políticas públicas relacionadas con el medio ambiente, como la reutilización de envases y la reducción de residuos, la lucha contra el cambio climático, la utilización de energías renovables, la potenciación de la agricultura ecológica u otras muchas.

Otro de los aspectos a tener en cuenta en la contratación pública verde es la relación existente entre la competitividad y la sostenibilidad. La Comunicación de la Comisión «Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular» (7) analiza dicha relación y destaca que la transición a una economía circular contribuye de manera clara a los esfuerzos de la UE para lograr una economía sostenible, hipocarbónica, eficiente en el uso de los recursos y competitiva, ya que mantiene durante más tiempo el valor de los productos, materiales y recursos en la economía y reduce la generación de residuos. No podemos olvidar que la contratación pública representa una gran proporción del consumo europeo, por lo que puede desempeñar un papel clave en la economía circular. La Comisión pretende fomentar este papel a través de sus acciones sobre contratación pública ecológica y, más específicamente, a través de la elaboración de unos criterios a escala de la UE que puedan utilizar posteriormente, de forma voluntaria, las autoridades públicas. Estos criterios se desarrollan para facilitar la inclusión de requisitos ecológicos en los documentos de licitación pública, con la intención de alcanzar el necesario equilibrio entre la protección del medio ambiente, los costes, la disponibilidad en el mercado y la posibilidad de verificación el cumplimiento de los requisitos ambientales. Desde 2008 hasta la actualidad se han desarrollado criterios ambientales para diecinueve sectores de actividad, tales como productos de limpieza, ordenadores, muebles, servicios de catering, productos y servicios de jardinería, electricidad o carreteras. Tales criterios resultan de gran utilidad para que el órgano de contratación pueda elegir los requisitos ambientales que pretende imponer en los pliegos del contrato (8).

---

(7) COM (2015) 614 final, Bruselas, 2 de diciembre de 2015, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular». Página 9.

(8) Los criterios ambientales desarrollados hasta el momento están disponibles en la web de la Comisión Europea [http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu\\_gpp\\_criteria\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm). Todos ellos, salvo los relacionados con el sector del mueble, están disponibles en español

Tal y como hemos visto, el establecimiento de objetivos ambientales para satisfacer a través de la contratación pública no es una novedad. Sin embargo, el último paquete de directivas de contratación pública ha dado un nuevo y claro impulso a este aspecto esencial que ya se venía exigiendo anteriormente (9) y le otorga un papel clave en la Estrategia Europa 2020 (10), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos (Considerando 2).

Así, el Considerando 91 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante Directiva 2014/24/UE), recuerda que el artículo 11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) requiere que las exigencias de la protección del medio ambiente se integren en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible (11). El principio de integración del medio ambiente en las demás políticas europeas, recogido tanto en el artículo 11 TFUE como en el artículo 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, permite comprender la lógica de buscar también a través de la contratación pública objetivos ambientales (12). En consecuencia, la Directiva clarifica de qué modo pueden contribuir los poderes adjudicadores a la protección del medio ambiente y al

---

y se dividen entre criterios básicos, diseñados para posibilitar una aplicación sencilla de la compra pública verde (centrados en las esferas clave del comportamiento medioambiental de un producto y cuyo objetivo es reducir al mínimo los gastos de administración que soportan las empresas) y criterios generales, que toman en consideración un mayor número de aspectos o mayores niveles de comportamiento medioambiental, y van destinados a autoridades que deseen ir más allá en el cumplimiento de los objetivos medioambientales y de innovación.

(9) En este sentido, ALONSO GARCÍA (2018: 2762) manifiesta que la nueva Directiva ha producido un giro extraordinario en la contratación pública. Desde su comienzo con pequeñas referencias y recomendaciones a las autoridades hasta la situación actual, en la cual se han creado mecanismos suficientes con los que se aspira a un futuro en el que todos los contratos que celebre el sector público sean sostenibles y utilicen las tecnologías más innovadoras. Sobre el análisis del cambio que ha supuesto la aprobación de las Directivas de 2014 en materia de compra pública verde véase también: MIRANZO DÍAZ (2017), ALONSO GARCÍA (2015) y LÓPEZ TOLEDO (2014).

(10) Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador».

(11) El contenido de dicho considerando es muy similar al Considerando 5 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

(12) Sobre la relación entre dichos preceptos y las normas ambientales en la Unión Europea véase SANZ RUBIALES (2018: 53) y ROMÁN MÁRQUEZ (2018: 99).

fomento del desarrollo sostenible, garantizando al mismo tiempo la posibilidad de obtener para sus contratos la mejor relación calidad-precio.

Además, la Directiva 2014/24/UE recoge uno de los aspectos que consideramos esenciales para lograr la eficacia de las condiciones ambientales en la contratación. En su Considerando 40 recuerda la necesidad de llevar a cabo el control del cumplimiento de las disposiciones de Derecho medioambiental, social y laboral en las respectivas fases del procedimiento de licitación. Esto es, sobre todo, cuando se apliquen los principios generales que rigen la elección de participantes y la adjudicación de contratos, al analizar los criterios de exclusión y examinar las disposiciones relativas a ofertas anormalmente bajas. En todos estos casos será necesario verificar el cumplimiento de cada disposición con arreglo a las previsiones de la Directiva que establecen los medios de prueba y las declaraciones del interesado.

## **2. La «obligación» de incluir aspectos ambientales en la contratación pública**

Por su parte, la LCSP incorpora este nuevo enfoque estratégico de la contratación pública ya desde su Exposición de Motivos, donde se establece que la contratación es uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo una mayor racionalidad en el uso de los fondos públicos, necesaria para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental y de innovación y desarrollo.

Sin embargo, ya hemos visto que la posibilidad de acoger criterios estratégicos en la contratación pública no es una novedad. El mayor cambio operado por el último paquete de directivas y por su trasposición en la LCSP radica en que ha pasado de ser una mera opción a una obligación (13). Y donde quizás se perciba de manera más clara esta transformación de la compra pública estratégica de opción a obligación es en la actual regulación de las condiciones especiales de ejecución.

Es preciso apuntar que el carácter obligatorio que ha adquirido la compra pública estratégica en la LCSP no estaba presente en el artículo 70 de la Directiva 2014/24/UE (14), sino que responde a la voluntad del legislador

---

(13) MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (2015) ya apuntó este cambio de la recomendación a la obligación de la contratación socialmente responsable en el Anteproyecto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

(14) Por la importancia de la literalidad de dicho precepto, transcribimos dicho artículo 70: «Los poderes adjudicadores *podrán establecer* condiciones especiales relativas a la eje-

español. Como veremos a lo largo de este trabajo, toda la LCSP acoge la perspectiva de la compra pública estratégica, que se plasma en la introducción de criterios ambientales, sociales o de innovación en las diversas fases del contrato. En este sentido se puede destacar el primer inciso del artículo 1.3 LCSP, que constituye una evidente declaración de intenciones: «En toda contratación pública se incorporarán *de manera transversal y preceptiva* criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos».

Tal rotundidad podría entenderse desde el convencimiento del legislador de la importancia y la necesidad de lograr los objetivos sociales y medioambientales y, más específicamente, los retos marcados en la Estrategia Europa 2020, entre los que figuran reducir un 20% los niveles de emisión de gases de efecto invernadero de 1990, generar un 20% de energías renovables e incrementar un 20% la eficiencia energética (15).

Frente al carácter imperativo que parece desprenderse de este precepto, SANZ RUBIALES (2018: 56 y 57) critica la alusión a la «convicción» de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos, ya que podría eliminar, o al menos matizar, la obligatoriedad de incluir criterios sociales y ambientales. Además, la inclusión de dicho término genera inseguridad, ya que no está claro si se trata de un condicionante y, en su caso, de dónde debe proceder el convencimiento ¿del titular del órgano de contratación?, ¿de la propia Ley? Sea como fuere, resulta indiscutible que muchos contratos no podrán incluir criterios ambientales entre sus cláusulas ya que la necesaria vinculación con el objeto del contrato conlleva que no siempre puedan exigirse este tipo de consideraciones.

La «obligatoriedad» proclamada en el artículo 1.3 LCSP se complementa con lo dispuesto en el artículo 202 LCSP en relación a las condiciones especiales de ejecución del contrato. Conforme a dicho precepto, que analizaremos

---

cución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 67, apartado 3, y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación. Dichas condiciones *podrán incluir* consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo» (el subrayado es nuestro).

(15) Sobre este aspecto resulta esencial considerar el escaso margen que nos queda para lograr los mencionados objetivos. Estamos a finales de 2018, de manera que en menos de dos años se deberán analizar las actuaciones realizadas hasta ahora y poner las bases para obtener los resultados esperados, objetivo que, desgraciadamente, estamos aún muy lejos de lograr.

con más detalle en el epígrafe siguiente, será obligatorio incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares al menos una condición especial de ejecución, que podrá referirse a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social. Este precepto supone un gran avance en relación a la compra pública estratégica, ya que establece la necesidad de que todo contrato contenga una previsión sobre otras políticas públicas. Sin embargo, la posibilidad de optar por diversos tipos de medidas: sociales, ambientales, económicas o de innovación, evidencia que no será obligatoria la inclusión de cláusulas específicamente ambientales, sino que en cada caso el titular del órgano de contratación decidirá, en función del tipo de contrato y del objetivo del mismo, qué condición o condiciones son las más adecuadas.

Junto a lo dicho, es preciso remarcar que a lo largo de la Ley encontramos preceptos que reflejan distinto grado de obligatoriedad sobre la inclusión de aspectos ambientales en la contratación y la defensa de sus requisitos. Así, por ejemplo, el 145.2 LCSP permite incorporar aspectos medioambientales o sociales como criterios de adjudicación del contrato, pero sin imponerlo: «los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio *podrán* incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato». Por otro lado, el importante y novedoso artículo 149.4 LCSP, establece como causa de exclusión obligatoria que las ofertas sean anormalmente bajas por vulnerar la normativa sobre subcontratación o incumplir las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral (16).

Tal y como exponíamos al inicio de este trabajo, consideramos que más allá de las diversas posibilidades de incluir condiciones ambientales en la contratación pública, lo esencial es lograr la eficacia de dichas previsiones. Para ello estamos convencidos de que un medio idóneo es el establecimiento de condiciones de ejecución en los pliegos de los contratos. Esto es así ya que, por un lado, se tratará de obligaciones que vinculen a cualquier

---

(16) Recuérdese que el artículo 152 del derogado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, permitía apreciar las denominadas bajas temerarias, pero no obligaba a rechazar las ofertas que hubieran incurrido en ellas. Además, en dicho precepto se aludía expresamente a la normativa laboral: «el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación», pero no a la ambiental.

Frente a este precepto, el artículo 149.4 LCSP dispone: «*En todo caso*, los órganos de contratación *rechazarán* las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes (...)».

operador económico que pretenda concurrir a la contratación y necesariamente deberá reflejar en su oferta que dispone de los medios necesarios para cumplir las condiciones impuestas. Por otro lado, si las condiciones de ejecución están claramente definidas e incluyen métodos de verificación, será mucho más sencillo supervisar su correcta ejecución, plasmada en los pliegos, frente a la dificultad que conlleva controlar una oferta técnica en la que se establezca un plan ambiental. En este sentido podemos afirmar que las condiciones de ejecución son una buena herramienta que tienen los poderes adjudicadores para traspasar a la empresa adjudicataria del contrato la responsabilidad del cumplimiento de los objetivos del contrato, tanto directos (la propia prestación que se exija), como indirectos (sociales, medioambientales o de innovación).

No obstante, como veremos más adelante, para lograr la correcta aplicación de las cláusulas ambientales será preciso que se haya determinado de forma correcta el objeto del contrato, que se hayan definido y difundido de manera adecuada los requisitos a cumplir por los licitadores y que se establezcan indicadores objetivos de cumplimiento y las consecuencias de las posibles infracciones. En este sentido, resultan de gran utilidad los análisis efectuados por los gestores y técnicos de la contratación pública, es decir, por las personas encargadas de llevar a la práctica las previsiones contenidas en las normas y los pliegos, y las conclusiones que obtienen. En este caso, todas las fuentes consultadas llegan a la misma conclusión que Martínez Fernández, Vicesecretario General del Ayuntamiento de Valladolid, quien señala en la Comunidad de Prácticas de Contratación Pública que «el control de la ejecución de los contratos es la asignatura pendiente en la práctica de la contratación pública» (17).

### **3. Importancia de la inclusión de cláusulas ambientales en la contratación pública**

La Constitución Española establece la obligación de los poderes públicos de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva (artículo 45.2), y una de las vías a través de las cuales pueden cumplir con esta obligación es con la utilización de la compra pública verde.

Según la Comisión Europea, el gasto público en obras, productos y servicios asciende aproximadamente a 1,8 billones de euros anuales, por lo que

---

(17) <http://www.contratacionpublicacp.com>.

representa en torno a un 14% del PIB de la UE (18). Si tenemos en cuenta ese porcentaje de gasto, resulta claro que los poderes públicos pueden configurarse como agentes de cambio e influir directamente sobre los objetivos de sostenibilidad si eligen adquirir productos, servicios y obras de impacto ambiental reducido. Son muchas las opciones que en este ámbito tienen los poderes públicos, como potenciar el uso de energías renovables para los edificios públicos (por ejemplo, a través de la generación de energía solar o eólica o la exigencia de que el suministro de energía sea de fuentes renovables), promover la reutilización de envases y la reducción de residuos en comedores públicos (mediante la imposición de que el suministrador recupere y reutilice los envases de los productos o la petición de que se le provea de productos a granel) o prohibir la utilización de sustancias tóxicas o dañinas (sería el supuesto de un contrato de servicios de limpieza donde se exija la utilización de productos ecológicos). La importancia de dichas acciones radica en la dimensión de los contratos suscritos por las Administraciones públicas. Así, por ejemplo, se calcula que en los Países Bajos se dejarían de emitir tres millones de toneladas de CO<sub>2</sub> si todas las autoridades neerlandesas aplicaran los criterios de contratación pública sostenible, que incluyen criterios ecológicos, y que el consumo de energía del sector público se reduciría en un 10% (19).

Además del efecto directo derivado de la opción por la compra pública con criterios ambientales, las decisiones de los poderes públicos en este ámbito despliegan otros efectos indirectos. Así, las Administraciones públicas se convierten en un motor fundamental de innovación, al proporcionar a la industria incentivos reales para desarrollar productos y servicios ecológicos. Esto es particularmente cierto en sectores en los que los compradores públicos representan una proporción elevada del mercado (por ejemplo, los sectores de la construcción, los servicios de salud o los transportes). En este tipo de contratos las empresas se esforzarán en mejorar sus ofertas para ser adjudicatarias del contrato, de manera que se conseguirán incluso resultados mejores que los previstos inicialmente por el poder público.

Para los supuestos en los que el órgano de contratación desconozca qué tipo de condiciones son exigibles a los operadores económicos, el coste adicional que puede suponer una exigencia medioambiental o el plazo que habrá

---

(18) Comisión Europea (2015). *Public Procurement Indicators 2013*. Estos datos no incluyen el gasto realizado por las empresas de servicios públicos. Las estimaciones anteriores (2011) que incluían la contratación de servicios públicos situaban este porcentaje en torno al 19 % del PIB de la UE, con un valor superior a 2,3 billones de euros.

(19) *De impact van het programma duurzaam inkopen anno 2011*, página 4 (Ministerio de Infraestructuras y Medio Ambiente de los Países Bajos, 2011). Ejemplo extraído de la Guía publicada por la Comisión Europea «Adquisiciones ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica», 3<sup>o</sup> edición, página 6.



de dar al adjudicatario del contrato para que alcance los resultados esperados, será muy conveniente que antes de preparar el pliego del contrato se lleve a cabo una consulta preliminar del mercado, de manera que el órgano de contratación informe de sus planes y requisitos a los operadores económicos y, al mismo tiempo, obtenga del mercado la información necesaria y actualizada para redactar el pliego (20).

La opción de los poderes públicos por la utilización de la compra pública verde tiene también el efecto de generalizar en el mercado bienes y servicios ambientalmente más eficaces. Lógicamente, si las empresas han desarrollado nuevos productos pretenderán comercializarlos para recuperar sus inversiones y lograr un mayor beneficio. Esta existencia de bienes y servicios ecológicos, unido al efecto incentivador del consumo responsable que puede tener el ejemplo de las Administraciones públicas, tendrá resultados beneficiosos para la naturaleza. Sin embargo, si se pretende que las medidas a favor del medio ambiente puestas en práctica por los poderes públicos tengan mayor efecto en los consumidores finales y les propongan alternativas ecológicas, será necesario que además se lleve a cabo una campaña de difusión y concienciación. En Europa contamos en este sentido con el ejemplo negativo de la Etiqueta Ecológica Europea, que no tuvo en un primer momento el efecto incentivador del consumo responsable que se esperaba (21).

Gran parte de la concienciación y verdadera promoción del consumo responsable se debería encaminar a explicar la necesidad de actuar cuanto antes, de una manera decisiva, si queremos alcanzar los objetivos medioambientales que nos hemos trazado. Parafraseando a Einstein, no podemos seguir con los mismos hábitos de consumo si queremos conseguir la mejora del medioambiente, con el añadido de que obtener resultados positivos en este ámbito no es quizá una mera opción, sino una necesidad vital. Baste un dato para ilustrar la verdadera dimensión del problema y los efectos positivos directos que pueden derivarse de un cambio en este ámbito: se calcula que podemos optimizar el consumo energético en dos tercios aproximadamente, es decir, que estamos derrochando un 60% de un recurso caro y con efectos ambientales negativos (22).

Sin embargo, como los argumentos estrictamente ligados a la mejora de las condiciones ambientales no siempre tienen la eficacia que deberían, es también de gran utilidad recordar que la utilización de la contratación pública

---

(20) Sobre las consultas preliminares del mercado, su funcionamiento y las cautelas que deben adoptarse para no vulnerar los principios que rigen la contratación véase DE GUERRERO MANSO (2018a).

(21) Sobre este aspecto véase LOZANO CUTANDA (2010: 5) quien afirma que tras 8 años de implantación seguía siendo desconocida para una gran mayoría de consumidores europeos.

(22) GALERA RODRIGO (2009: 13).

con criterios ecológicos puede permitir ahorros económicos, tanto para las autoridades públicas como para los consumidores finales. Para ello es necesario tener en cuenta no sólo el precio de adquisición del bien, sino todos los costes del ciclo de vida de un producto (23). La adquisición de productos energéticamente eficientes o que ahorren agua, como en el caso de los electrodomésticos, puede ayudar a reducir significativamente las facturas de esos servicios básicos. La reducción de las sustancias peligrosas en los productos adquiridos puede minimizar sus costes de eliminación, que soportamos entre todos. Además, los poderes públicos que implantan condiciones ambientales en sus contratos estarán mejor preparados para hacer frente a los desafíos medioambientales, por ejemplo, para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero o avanzar hacia un modelo de economía circular. Este ahorro no es una mera teoría, sino una realidad constatada tanto por los consumidores finales, como por las administraciones públicas. Tal es el caso de la ciudad de Ratisbona, que al utilizar criterios ambientales en la contratación pública ha contribuido a ahorrar 10 millones de euros en concepto de gastos de energía y agua a lo largo de un periodo de 15 años (24).

De lo expuesto hasta el momento resulta evidente que la utilización de criterios ambientales en la contratación pública es una poderosa herramienta para lograr los objetivos de las políticas medioambientales relacionados con el cambio climático, la limitación de emisiones contaminantes, la utilización de los recursos, la reducción de la demanda energética, el fomento de energías renovables y la producción y el consumo sostenibles, sobre todo si se considera la importancia del gasto de los poderes públicos en la adquisición de bienes y servicios. El sector público, por lo tanto, debe asumir su protagonismo y convertirse en un agente de cambio. Para ello deberá analizar qué vía es la más adecuada para conseguir sus objetivos: inclusión de requisitos ambientales en su política de adquisición de productos, servicios u obras (25),

---

(23) Sobre el concepto, la regulación y la utilización del coste del ciclo de vida véase LAZO VITORIA (2018: 136-144). Asimismo, en el libro de reciente publicación dirigido por dicha autora se encuentran interesantes análisis sobre la metodología y aplicación del coste del ciclo de vida en general LETÓN GARCÍA (2018), aplicado a electrodomésticos GARBAJOSA ESCALERA (2018), en las políticas europeas de producto LÓPEZ BLANCO (2018), en el reciclaje de tecnología de membrana SENÁN SALINAS (2018) y en energía DE LA RÚA LÓPEZ (2018).

(24) «Adquisiciones ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica», 3<sup>o</sup> edición, página 6.

(25) Si se opta por la compra pública verde el primer requisito será definir el objeto conforme a los objetivos ambientales que se pretendan satisfacer y, posteriormente, el órgano de contratación deberá analizar las diversas posibilidades a las que puede recurrir en función de los resultados que pretenda alcanzar: criterios relacionados con la selección del contratista, criterios de adjudicación, definición del pliego de prescripciones técnicas o la configuración de condiciones especiales de ejecución, esenciales o no. Sobre las cláusulas ambientales véase BERNALDO DE QUIRÓS (2018) y OLLER RUBERT (2010); sobre el objeto del contrato ROMÁN

aprobación de legislación sectorial que imponga determinadas medidas (26), o el desarrollo de medidas de fomento (27), por citar las tres vías de actuación más claras. Cuando los poderes públicos vayan a optar por una u otra vía, deberán tener en cuenta la existencia de dos niveles distintos. Por un lado, el control del cumplimiento de los mínimos legales, es decir, las obligaciones que en todo caso se tienen que poner en práctica por los diversos operadores económicos y, por otro lado, la posibilidad de recurrir a herramientas para mejorar las condiciones y los resultados en el medio ambiente. Si se trata de medidas de protección adicionales, las Administraciones públicas no estarán obligadas a actuar, sino que podrán optar por las herramientas que consideren más adecuadas en cada caso, siempre vinculadas con la necesidad que se pretenda atender.

### **III. LA INCLUSIÓN DE CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN AMBIENTALES EN LOS PLIEGOS DEL CONTRATO**

Hasta el momento hemos visto que la compra pública verde no es una novedad, su consideración dentro de la compra pública estratégica y la importancia de incluir cláusulas ambientales en la contratación pública. Sin embargo, si se pretende que las previsiones en torno a la protección del medioambiente sean realmente efectivas y trasciendan del mero márketing, resulta imprescindible incluir condiciones especiales de ejecución en los pliegos del contrato.

#### **1. Las condiciones especiales de ejecución como vía para lograr los objetivos ambientales de la contratación pública**

Las condiciones de ejecución de un contrato constituyen requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas, sino que despliegan sus efectos en la ejecución del contrato. Es decir, determinan la forma concreta en que deberá actuar el contratista, sea quien sea el adjudicatario final, para cumplir con las previsiones del contrato.

La actual regulación de las condiciones de ejecución en la LCSP proviene de la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de

---

MÁRQUEZ (2018), sobre las prohibiciones de contratar MEDINA ARNÁIZ (2018: 53 y ss.) y sobre los criterios de solvencia y exigibilidad de certificados de gestión ambiental VALCÁRCEL FERNÁNDEZ y GÓMEZ FARIÑAS (2018).

(26) Sobre la obligatoriedad de incorporar criterios ambientales impuestos a través de la legislación sectorial véase VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2011), ROMÁN MÁRQUEZ (2018: 100) y SANZ RUBIALES (2018: 57-58).

(27) Sobre la relación entre la contratación pública y las técnicas de fomento véase SANZ RUBIALES (2018: 54-55) y BETANCOR RODRÍGUEZ (2014: 1459).

adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. En su artículo 26 se establecía, de manera similar a la redacción actualmente vigente, que: «Los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental». Dicha previsión se complementaba con lo dispuesto en el Considerando 33 de la Directiva, según el cual, las condiciones de ejecución son admisibles «siempre y cuando no sean directa o indirectamente discriminatorias y se señalen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones».

Posteriormente, la Directiva 2014/24/UE regula las condiciones de ejecución en su artículo 70, pero les otorga un matiz distinto. Por un lado, recoge expresamente la necesidad de que las condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido amplio que abarca todo el ciclo de vida del producto. Es decir, que se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud del contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, o en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material. Por otro lado, el artículo 70 establece la obligación de publicidad de manera similar a la Directiva de 2004: que se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación. Y en tercer lugar, la nueva regulación establece que las condiciones especiales de ejecución pueden incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental, social o relativas al empleo. Es decir, que se hace referencia expresa a la posibilidad de utilizar la contratación pública de forma estratégica.

El legislador español, por su parte, ha ido un paso más allá. Como apuntamos anteriormente, el artículo 202 LCSP no se limita a permitir la inclusión de criterios estratégicos en la contratación pública, sino que exige que en todo caso se establezca en el pliego de cláusulas administrativas particulares al menos una condición especial de ejecución económica, relacionada con la innovación, de tipo ambiental o de tipo social. De esta manera, a través de la contratación pública se debería conseguir una mejora en otras políticas públicas a medio o largo plazo, entre las que se encuentra la protección del medio ambiente.

## **2. Respeto a los principios rectores de la contratación pública, con especial atención a los de publicidad y no discriminación**

La determinación de las condiciones de ejecución del contrato deberá hacerse con respeto de los principios que rigen la contratación pública: libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, integridad y proporcionalidad, y bajo el principio de eficiencia en el gasto público.

De lo dicho se desprende la importancia que adquiere una correcta configuración de las condiciones especiales de ejecución, que deberán ser respetadas por todos los licitadores en el desarrollo del contrato. Además, el incumplimiento de estas condiciones puede conllevar penalidades, dar lugar a una prohibición de contratar o suponer la rescisión del contrato, por lo que el contratista tendrá un gran interés en cumplir de manera adecuada con dichas previsiones. Para ello será necesario adoptar ciertas cautelas en la determinación de este tipo de condiciones, que pivotan fundamentalmente sobre el respeto del principio de publicidad y el de igualdad y no discriminación de los licitadores. Es cierto que dichos principios se deben cumplir en todas las fases del procedimiento de contratación, pero por la radical importancia de este tipo de cláusulas consideramos que su imposición requiere una especial atención, que a su vez facilite el control posterior de su cumplimiento.

En cuanto a la publicidad de estas condiciones, cualquier operador económico que tenga interés en presentar una oferta deberá conocer con anterioridad qué obligaciones va a asumir en el caso de resultar adjudicatario del mismo, por lo que será obligatorio que las condiciones especiales de ejecución se indiquen tanto en el anuncio de licitación como en los pliegos (artículo 202.1 LCSP). De esta manera, las obligaciones impuestas por el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas particulares y, por lo tanto, desde el momento del inicio del procedimiento de licitación, vincularán al adjudicatario hasta el momento de finalización del contrato, y podrán afectar a todas las fases y aspectos del mismo.

Uno de los aspectos que pueden quedar afectados por la elección de unas condiciones de ejecución u otras y que deberá gozar de publicidad suficiente, será el presupuesto base de licitación. Resulta esencial que el órgano de contratación analice si el tipo de condición o las características exigidas en el contrato pueden suponer un coste añadido en la ejecución del mismo. Esta circunstancia deberá reflejarse adecuadamente en el presupuesto base de licitación, ya que si está calculado por debajo del coste real pueden ocasionarse dos situaciones, igualmente negativas. La primera de ellas, que suponga una restricción indebida de la competencia, ya que algunos de los licitadores pueden ver limitada su posibilidad de concurrir al procedimiento

por no poder plasmar el coste adicional de las condiciones de ejecución en su oferta o considerar que los requisitos que se les van a imponer desde la Administración pública no están suficientemente remunerados. La segunda posibilidad es que el cumplimiento del contrato por parte del adjudicatario no sea conforme con las exigencias establecidas y se obtengan prestaciones de menor calidad o que no sean acordes con los requisitos del pliego. Ya hemos aludido anteriormente a la posibilidad de acudir a las consultas preliminares del mercado en el caso de que el órgano de contratación no disponga de información actualizada sobre los costes adicionales de las condiciones que pretende imponer a los operadores económicos.

Al determinar el presupuesto base de licitación, el órgano de contratación deberá considerar si el objetivo buscado a través de la imposición de esa condición de ejecución es proporcional al desembolso económico que supone y si cumple el principio de eficiencia en el gasto público. En este sentido conviene recordar que, aunque la defensa del medio ambiente sea un fin necesario y loable, no es posible hacerlo, valga la expresión, «a cualquier precio». Es preciso buscar el equilibrio entre la actividad económica y la protección del medio ambiente, desde la doble vertiente de la inversión o gasto que puede permitirse una Administración para cada una de las políticas de su competencia, y de la imposibilidad de prohibir cualquier actividad que sea contraria al medio ambiente y la necesidad de promover la libre competencia, ya que será necesario acudir a la ponderación de los intereses en juego y tomar una decisión caso por caso (28).

En este sentido, pese a no estar directamente relacionado con las condiciones de ejecución del contrato, conviene poner de relieve que la vertiente económica de la protección del medio ambiente va a tener una incidencia mayor en los contratos a partir de la nueva regulación de los criterios de adjudicación, ya que al permitirse la determinación del coste del ciclo de vida como único criterio de adjudicación se pueden monitorizar los costes ambientales y las externalidades producidas en cualquiera de las fases y procesos de creación, distribución, mantenimiento y eliminación del producto. Esto implica, asimismo, que los criterios ambientales pueden tener un valor elevado como criterios de adjudicación, pese a no formar parte de la sustancia material del contrato, ya que se podrán incluir como criterios económicos para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa (29). Es decir, casi cualquier contrato

---

(28) Hace ya más de 15 años, PRIETO ÁLVAREZ (2002: 120), expuso la necesidad de superar el aparente antagonismo entre medio ambiente y competencia, puesto que se trata de políticas compatibles y no contrapuestas. Sobre la interesante relación entre la actividad económica, libre competencia y la protección del medio ambiente véase GONZÁLEZ GARCÍA (2010) y PERNAS GARCÍA (2014).

(29) Véase RAZQUIN LIZARRAGA (2017).

podrá incluir criterios ambientales, pero su exigencia y su valoración deberán ser proporcionales a su importancia en el contrato (30).

Además del principio de publicidad, en la elección y aplicación de las condiciones especiales de ejecución adquiere una importancia especial el principio de no discriminación, ya que la determinación de las condiciones especiales de ejecución dejará fuera a las empresas que carezcan de recursos adecuados para cumplir con las previsiones exigidas en el contrato y su imposición afectará a las ofertas que presenten, puesto que el empresario repercutirá en el precio del contrato el coste de hacer frente a dichas condiciones de ejecución. Se trata de un equilibrio complejo entre la búsqueda de condiciones adecuadas de protección del medio ambiente y la no imposición de trabas innecesarias a libre competencia. Sin embargo, no se trata de una preocupación reciente, sino que ya fue objeto de análisis por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) en su conocida sentencia de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland* (C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495). En el fallo el Tribunal expone:

*«1) cuando, en el marco de un contrato público relativo a la prestación de servicios de transporte urbano en autobús, la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en cuenta criterios ecológicos, como el nivel de las emisiones de óxidos de nitrógeno o el nivel de ruido de los autobuses, siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular, el principio de no discriminación.*

*2) El principio de igualdad de trato no se opone a que se tomen en consideración criterios relacionados con la protección del medio ambiente, como los controvertidos en el asunto principal, por el mero hecho de que la propia empresa*

---

(30) Sobre este aspecto puede verse el Acuerdo 45/2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, que declara la nulidad de un criterio de adjudicación social (la contratación de mujeres) por considerar que la valoración que se daba en el contrato a dicho criterio era desproporcionada (25 puntos sobre un total de 100).

Frente a ello, la STJUE (Sala Sexta) de 4 de diciembre de 2003, *EVN AG y Wienstrom GmbH contra Republik Österreich* (C-448/01, ECLI:EU:2003:651), establece en su fallo que «La normativa comunitaria en materia de contratación pública no se opone a que una entidad adjudicadora establezca, para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa a efectos de la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables, al que se atribuye un coeficiente de ponderación del 45%, careciendo de relevancia a este respecto el hecho de que dicho criterio no permita necesariamente alcanzar el objetivo que se persigue».

*de transportes de la entidad adjudicadora sea una de las pocas empresas que pueden ofrecer unos vehículos que cumplan los criterios mencionados».*

Es decir, en esta temprana sentencia el TJUE afirma que no se vulnera la igualdad de trato ni se produce la discriminación de ninguno de los licitadores por adjudicar un contrato al empresario que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, calculada conforme a criterios ecológicos, siempre y cuando se cumplan unos requisitos mínimos. El Tribunal enfatiza que no es impedimento para ello que la empresa que ha ganado el contrato pertenezca a la entidad adjudicataria y sea una de las pocas que pueden ofrecer las condiciones que se exigían en el contrato.

Al versar la sentencia sobre criterios de adjudicación podemos preguntarnos si el pronunciamiento variaría en el caso de que los criterios ambientales cumplidos por una o muy pocas empresas fueran exigidos como condiciones de ejecución del contrato. La cuestión tiene un matiz importante, ya que en el caso de establecerse como criterios de adjudicación resultan optativos por parte de la empresa, que puede incluirlos o no en su oferta, si bien es cierto que no obtendrá la valoración de dicho requisito y, por lo tanto, es posible que no resulte adjudicataria del contrato. Frente a ello, en el caso de tratarse de condiciones de ejecución se configuran como un elemento fijo delimitador de la posibilidad de concurrir a la licitación, ya que si no pueden cumplirlo no podrán realizar la prestación requerida por el órgano de contratación.

Sobre este aspecto, interesa glosar la reciente Resolución 256/2017 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid (en adelante TACPM), de 19 de septiembre de 2017, que anula el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) del «Acuerdo marco para el suministro de energía eléctrica y gas natural para edificios municipales y equipamientos del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos (5 lotes)». Si bien el análisis efectuado de esta Resolución es amplio, consideramos que resulta de utilidad, ya que analiza la posibilidad de establecer criterios de adjudicación y condiciones especiales de ejecución ambientales, así como el requisito de su vinculación con el objeto del contrato.

Se trata de un recurso especial interpuesto por Gas Natural Comercializadora, S.A., al entender que el PCAP establecía unos criterios de adjudicación contrarios a Derecho, que restringían las posibilidades de concurrir a la licitación en igualdad de condiciones con el resto de potenciales licitadores, y la duplicidad de exigencias técnicas ambientales como criterio de adjudicación y condición de ejecución.

Por un lado, el apartado 3 del pliego de prescripciones técnicas obligaba a que el 100% de la energía eléctrica que se suministrara al Ayuntamiento,



fuera renovable y estuviera certificada mediante garantía de origen (31). Dicho requisito se configuró como elemento esencial de la ejecución del contrato.

Por otro lado, en el pliego se establecía como criterio de adjudicación el etiquetado de la electricidad, que informa sobre la mezcla de energías correspondiente a la energía eléctrica vendida por cada empresa comercializadora, sus emisiones de CO<sub>2</sub> y los residuos nucleares de alta actividad.

El TACPM analiza ambos requisitos y concluye que sólo existiría duplicidad si con la exigencia de la etiqueta de electricidad se pretendiera valorar el impacto ambiental de emisiones en CO<sub>2</sub> de la energía contratada, ya que al exigirse como condición de ejecución que el 100% de la energía suministrada proceda de fuentes renovables, no se añadiría nada al exigir además que la suministradora sea comercializadora o distribuidora preferentemente de este tipo de energía que no emite CO<sub>2</sub>. Sin embargo, el certificado de garantía de origen incluye tanto energía procedente de fuentes renovables puras como la cogeneración de alta eficiencia, y estas formas de producción sí pueden generar emisiones de CO<sub>2</sub>. Por tanto, al no valorarse los mismos conceptos, con carácter genérico, no existe la duplicidad invocada por la recurrente.

No obstante, pese a la posibilidad teórica de valorar ambos conceptos en una licitación, el TACPM recuerda que es preciso que los criterios valorados como criterios de adjudicación o exigidos como condición de ejecución estén vinculados con el objeto del contrato, esto es, que se refieran a los aspectos de la oferta: a las condiciones bajo las que los licitadores proponen la ejecución de la prestación contratada. Frente a esto, la etiqueta expedida a la comercializadora tiene en cuenta todas sus fuentes de obtención de energía, entre las que puede figurar carbón, fuel, gas u otras más contaminantes que la que es objeto de compra en el contrato, y no se circunscribe al suministro concreto que hará al Ayuntamiento, lo que permitiría comparar la menor emisión de CO<sub>2</sub> de la energía que realmente se compra.

En consecuencia, no se puede valorar como criterio de adjudicación de la oferta realizada la etiqueta de la energía que se otorga a año vencido a la empresa y en la que se tiene en cuenta toda la energía comercializada por ella. En opinión del TACPM, la etiqueta de electricidad se podría valorar, en cambio, como un criterio de selección del contratista y, posteriormente, el Ayuntamiento de Madrid podría establecer «en el pliego algún sistema que, con base en la etiqueta, permita valorar exclusivamente los niveles de emisión de CO<sub>2</sub> de la energía procedente de fuentes de cogeneración de alta eficiencia».

---

(31) La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) certifica oficialmente, a año vencido, que la energía eléctrica suministrada durante un año a un contrato en particular, y no a otro, procede de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia.

El TACPM, por lo tanto, reconoce la legalidad de pedir como condición de ejecución la garantía de origen 100% renovable de la energía a suministrar mediante el contrato, ya que considera que no limita la concurrencia y garantiza la igualdad de trato de los licitadores (32), pero anula el criterio de adjudicación relativo a la etiqueta de la electricidad comercializada o distribuida el año anterior.

Tras la anulación de dicho pliego, el Ayuntamiento de Madrid licitó un nuevo contrato de suministro de energía eléctrica, que también fue recurrido ante el TACPM y fue objeto de la Resolución 110/2018, de 18 de abril de 2018. Frente a la exigencia en el primer Acuerdo Marco de la etiqueta de electricidad como un criterio de adjudicación, en los pliegos de este segundo contrato el Ayuntamiento optó por incluir la certificación emitida por la CNMC como una condición de solvencia de los licitadores (33). Dicha opción pone de manifiesto las diversas vías en las que un órgano de contratación puede exigir la protección del medio ambiente, ya que también podría haber establecido ese requisito como condición especial de ejecución y establecer penalizaciones por su incumplimiento, posibilidad admitida por el TACPM en su Resolución 256/2017 de 19 de septiembre, anteriormente mencionada, y por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 1148/2017, de 1 de diciembre. De esta manera en el PCAP se exige que la empresa comercialice en exclusiva energía renovable, excluyendo a aquellas que suministren un mix de fuentes de generación de energía.

El TACPM considera que la certificación exigida es adecuada para acreditar la solvencia técnica. Se trata de un criterio *ex ante*, es decir, un valor histórico y público y, por lo tanto, un criterio objetivo y vinculado al objeto del contrato, ya que de esa manera el Ayuntamiento de Madrid tendrá la garantía de que el 100% de la energía que se le suministre es renovable, condición que no se asegura a través del sistema de emisión de certificados de garantía de origen emitidos por la CNMC. Si la empresa adjudicataria del contrato sólo comercializa energías de origen renovable, necesariamente la que suministre al Ayuntamiento de Madrid tendrá esa composición sin mezclas, y los criterios de solvencia pueden referirse a la experiencia y calidad de la actividad realizada con anterioridad por los licitadores.

---

(32) HERNÁNDEZ SALGUERO (2018: 2015).

(33) De la literalidad de la cláusula del PCAP, unida a la interpretación que parece efectuar el órgano de contratación mediante la contestación a las preguntas de los licitadores y la aclaración publicada en la Plataforma de contratación del sector público, el TACPM concluye que lo que exige el órgano de contratación no es una garantía de origen que certifique que el suministro de electricidad que se entregue al Ayuntamiento proceda de energía renovable, sino la etiqueta de electricidad en su categoría A. Es decir, que toda la energía comercializada por el licitador durante el ejercicio 2017 fue de origen renovable: exclusivamente de energía renovable al 100%, sin mezclar con energía procedente de otras fuentes.

### 3. Requisitos que deben cumplir las condiciones de ejecución

En el apartado anterior hemos analizado dos resoluciones del TACPM que aclaran el requisito de vinculación con el objeto del contrato y la posibilidad de exigir criterios ambientales como condición de solvencia, criterio de adjudicación o condición especial de ejecución. Efectivamente, tanto los tribunales administrativos de recursos contractuales, como las juntas consultivas de contratación, se han pronunciado en diversas ocasiones sobre las cláusulas ambientales y la naturaleza de las condiciones especiales de ejecución relativas a la contratación responsable (34). En sus resoluciones e informes aclaran la necesidad de que las condiciones estén vinculadas al objeto del contrato, de forma que la finalidad social o medioambiental que se quiere promover o fomentar se consiga intrínsecamente con la sola prestación del objeto principal, es decir, que no pueden constituirse como un objeto complementario del contrato, sino como un componente obligatorio del modo en que se desarrolla la ejecución de la prestación que constituye el mencionado objeto principal del contrato.

No existe, por lo tanto, una libertad absoluta para que el órgano de contratación establezca las condiciones de ejecución que considere más adecuadas, sino que deberá cumplir con todos y cada uno de los requisitos establecidos en la Ley, con especial atención a la vinculación al objeto del contrato, y respetando, asimismo, una serie de cautelas adicionales (35).

Para que sean acordes con la Ley y efectivas, las condiciones especiales de ejecución deben ser formuladas con claridad y precisión en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Ya nos hemos referido anteriormente a este importante aspecto. Resulta esencial que los posibles licitadores conozcan específicamente de qué forma van a tener que ejecutar el contrato, conforme a qué obligaciones y qué recursos deberán destinar a dicho cumplimiento. El licitador sólo dispondrá de una información completa y concreta si se han formulado de manera adecuada, y sólo de esa manera estará habilitado para decidir si quiere y puede presentar una oferta que se adapte a dichas condiciones.

Otro de los aspectos claves será, como quedó expuesto *supra*, contemplar en el presupuesto base de licitación la incidencia que puedan tener en el coste del contrato la fijación de determinadas obligaciones como condiciones especiales de ejecución.

---

(34) A título de ejemplo: Resolución 44/2017 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, Resolución 160/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Informes 15/2016 y 14/2015 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón o Informe 3/09 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

(35) Seguimos en este punto las notas destacadas por DELGADO FERNÁNDEZ (2018: 187-188).

Con la finalidad de evitar duplicidades, no se podrán utilizar como criterios de selección ni ser valorados como criterios de adjudicación los extremos incluidos en calidad de condiciones especiales de ejecución. A lo largo del trabajo se ha evidenciado el carácter flexible que pueden tener determinados requisitos ambientales y, en cuanto tal, su posibilidad de incluirlos como criterio de selección, de adjudicación o como condición especial de ejecución. Sin embargo, estas posibilidades no son concurrentes, sino alternativas. Corresponderá al órgano de contratación decidir en cada caso en calidad de qué, y con qué efectos, quiere incluir un requisito ambiental en los pliegos del contrato.

Un extremo sobre el que aún no nos hemos detenido, pero que resulta esencial para lograr la efectividad de las condiciones ambientales, es que se configuren de manera que se pueda comprobar su ejecución. De no ser así será muy complicado que se pueda determinar el incumplimiento de las condiciones impuestas en el contrato, y todavía más difícil dictaminar un defectuoso cumplimiento de las mismas. En consecuencia, será complejo exigir un cambio en la forma de ejecución realizada por el contratista y prácticamente imposible imponer penalidades o la resolución del contrato.

En relación con lo anterior, en los pliegos del contrato se deberá establecer la forma en la que el órgano de contratación comprobará el cumplimiento de las condiciones de ejecución. Para ello, lo más conveniente será elaborar una serie de indicadores objetivos, de manera que se simplifique el proceso de verificar si se han cumplido —y en qué medida— las condiciones impuestas en los pliegos.

Si se pretende lograr la eficacia de las condiciones ambientales establecidas en los pliegos, resultará también muy aconsejable monitorizar su aplicación, de manera que se analicen los resultados obtenidos con su aplicación, se aprenda de las buenas experiencias y se eviten en contratos posteriores los errores cometidos. En los pliegos del contrato deberá constar la forma en la que se vaya a llevar a cabo dicha evaluación, ya que pueden suponer exigencias adicionales para los licitadores. En este sentido, consideramos fundamental la evaluación de los resultados de cara a comprobar la proporcionalidad y adecuación de las condiciones exigidas en los contratos. El control posterior de los resultados obtenidos permitirá conocer si se delimitaron bien las necesidades del contrato y si estaban justificadas las exigencias impuestas, con los consiguientes efectos que pudieran haber tenido de restricción de la competencia o de aumento del presupuesto base de licitación.

Finalmente, en los pliegos se deberá establecer si alguna o todas las condiciones especiales de ejecución se configuran como obligaciones contractuales esenciales, o si el incumplimiento de alguna o todas ellas se considera infracción muy grave. Esta calificación resultará esencial para determinar los efectos del incumplimiento de dichas condiciones.

#### 4. Elección de las condiciones de ejecución

Resulta fundamental que en el diseño del contrato el órgano de contratación reflexione sobre el carácter que quiere otorgar a las diversas medidas y requisitos orientados a la protección del medio ambiente y a los efectos de su posible incumplimiento. En el caso de las condiciones especiales de ejecución, los pliegos deberán responder a los objetivos que se consideren imprescindibles para lograr la estrategia trazada por dicho órgano de contratación y cuya puesta en práctica se traslada al adjudicatario del contrato.

La LCSP impone la obligación de incluir en el contrato al menos una condición de ejecución de tipo medioambiental, social o relativas al empleo, por lo que no es obligatorio que todos los contratos contengan previsiones medioambientales, si bien todos ellos deberán contener alguna condición de ejecución relacionada con la contratación pública responsable.

Quizás para facilitar la utilización de este tipo de condiciones, el mismo artículo 202, en su segundo apartado, establece una serie de ejemplos tanto de consideraciones medioambientales como de condiciones de tipo social o relativas al empleo. Las referidas al medioambiente son la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero (vinculada al cumplimiento del artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible), el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato, una gestión más sostenible del agua, el fomento del uso de las energías renovables, la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables, o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica (36).

La previsión contenida en el artículo 202 LCSP es una enumeración de condiciones especiales de ejecución a título de ejemplo, lo que implica que el órgano de contratación puede seleccionar otros requisitos ambientales y exigirlos como condiciones de ejecución al adjudicatario del contrato. En este sentido cabe destacar la existencia de guías sobre cláusulas ambientales y de normas internas desarrolladas por diversas Administraciones públicas, que tienen como objetivo simplificar y facilitar la elección de este tipo de cláusulas (37). A nivel estatal se ha creado la Comisión Interministerial para la

---

(36) Los criterios ambientales desarrollados por la Comisión Europea, a los que hemos aludido en el primer apartado del segundo epígrafe de este trabajo, también contienen ejemplos de condiciones especiales de ejecución que podrán exigirse en diversos sectores de actividad.

(37) Sin ánimo de exhaustividad pueden citarse la Instrucción 1/2018, 16 de mayo de 2018, del Ayuntamiento de Valladolid, para impulsar la contratación socialmente eficiente: estratégica, íntegra y sostenible en el Ayuntamiento de Valladolid y las entidades de su sector público; el Pla de contractació pública sostenible de l'Ajuntament de Barcelona per al 2018, del 18 de abril de 2018; la Guía para la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales

incorporación de criterios ecológicos en la contratación pública (38), a la que se atribuyen, entre otras funciones, la elaboración del Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus Organismos Públicos y los servicios comunes y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, que deberá ser acorde con la Estrategia Nacional de Contratación Pública; el seguimiento de las medidas contenidas en el plan; y el diseño de acciones de información y formación del personal encargado de la puesta en marcha del plan. Su reciente creación no permite analizar todavía sus resultados, pero sin duda supone una buena iniciativa.

#### **IV. EL CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DE EJECUCIÓN**

En el epígrafe anterior hemos analizado qué son las condiciones especiales de ejecución y la importancia que pueden tener para la efectiva protección del medio ambiente si se incorporan de manera adecuada en los pliegos del contrato. En este último epígrafe vamos a profundizar en la importancia del cumplimiento de esas condiciones y en los medios que se pueden articular para garantizar sus objetivos.

##### **1. La necesidad de controlar el cumplimiento de las condiciones de ejecución establecidas en los pliegos**

El artículo 18.2 de la Directiva 2014/24/UE establece como uno de los principios básicos de la contratación pública que «Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral (...)». Este precepto se incorpora a nuestro derecho interno en términos prácticamente literales a través del artículo 201 LCSP, que impone dicha obligación a los órganos de contratación (39).

---

en la contratación de la Junta de Andalucía, de octubre de 2016; o la Guía compra pública verde y análisis de costes de ciclo de vida, realizada por IHOBE, Sociedad Pública de Gestión Ambiental, en septiembre de 2016.

(38) Real Decreto 6/2018, de 12 de enero, por el que se crea la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios ecológicos en la contratación pública (BOE 22 de enero de 2018).

(39) Además las Juntas Consultivas de Contratación se han pronunciado en diversas ocasiones sobre la necesidad de establecer un importante y responsable control de la fase de

La integración de las cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública conlleva *a priori* una gran cantidad de efectos positivos, tanto directos, entre los que figura la propia protección del medio ambiente o la consecución de mejoras sociales y laborales, como indirectos, logrados a través de la fuerza tractora de las Administraciones públicas, el impulso que supone para la innovación y su carácter ejemplarizante para otros consumidores. Sin embargo, estos efectos pueden verse reducidos, o incluso anulados, si no se lleva a cabo un eficaz control del cumplimiento de las cláusulas incorporadas a los pliegos del contrato. Un elemento esencial para lograr la correcta aplicación de dichas cláusulas será la existencia en cada Administración, de una estructura organizada, profesional y capacitada para supervisar la ejecución del contrato, dotada de una misión clara, atribuciones concretas y efectos precisos (40).

Se trata de superar el mero márketing para buscar resultados constatables. El objetivo de la contratación ecológica no ha de ser simplemente «colorear de verde» los contratos, sino analizar cada una de las necesidades que tiene una administración pública, y determinar de qué manera y en qué medida su licitación puede realizarse respondiendo a criterios de eficiencia ambiental. No sirve de nada una mera publicidad sobre los supuestos beneficios ambientales que se van a conseguir con un contrato, sino que es necesario controlar que efectivamente sus condiciones se llevan a cabo y lograr, poco a poco, una conciencia ambiental tanto de las Administraciones públicas como de los operadores económicos que se relacionen con ellos.

Quizá el elemento clave para lograr la eficacia de las cláusulas ambientales sea que el órgano de contratación reflexione previamente sobre si cuenta con los medios adecuados para supervisar la ejecución de los contratos. De nada servirá que en el pliego de un contrato de limpieza se establezca la obligación de utilizar productos ecológicos, con el consiguiente aumento que puede suponer para el presupuesto base de licitación, si luego no se controla que realmente se utilicen dichos productos. O poco ayudará al medioambiente la exigencia de reducir la utilización de energías no renovables si posteriormente no se revisa el consumo de energía eléctrica realizado por el contratista y se compara con los consumos de años anteriores. Se podrían poner muchos ejemplos, algunos de más sencilla constatación que otros, pero los expuestos son suficientes para remarcar la importancia de que los órganos de contratación actúen de forma meditada y sean consecuentes con sus opciones, de manera que la inclusión de condiciones ambientales tenga eficacia en la práctica.

---

ejecución del contrato, así como de diseñar mecanismos de evaluación de la eficacia de las medidas adoptadas. Véanse en este sentido los informes JCCA de Aragón 16/2014, de 1 de octubre, y 1/2015, de 17 de marzo; y JCCA de Cataluña 18/2014, de 17 de diciembre.

(40) PALACÍN SÁENZ (2016: 35).

La Comisión Europea corrobora esta importante realidad al afirmar con rotundidad que «Disponer de cláusulas contractuales medioambientales sólo es eficaz si el cumplimiento de dichas cláusulas es objeto de una supervisión adecuada» (41). Para ello propone tres métodos fundamentales de supervisión del cumplimiento del contrato: que el proveedor proporcione pruebas de cumplimiento; que la autoridad contratante lleve a cabo comprobaciones sobre el terreno; o que se contrate a un tercero para que supervise el cumplimiento. Veamos nuestra valoración de cada una de ellas.

En primer lugar, la Comisión propone que se pida directamente al proveedor que proporcione las pruebas del cumplimiento de las condiciones establecidas en el contrato. Si se opta por esta vía, deberá constar de manera clara y con precisión en los pliegos del contrato la obligación que recae sobre el contratista, de manera que éste conozca el alcance y la frecuencia de esta obligación. Evidentemente, esta vía tiene como punto positivo la cercanía e inmediatez del empresario con la ejecución del contrato, así como el ahorro que supone para la Administración, pero a su vez presenta el aspecto negativo de posibles falseamientos en la documentación o medios de prueba presentados.

En segundo lugar, la Comisión apunta a la posibilidad de que sea la propia autoridad contratante la que lleve a cabo las comprobaciones sobre el terreno. Desde nuestro punto de vista, este control se podría llevar a cabo de dos maneras distintas: por el responsable del contrato o a través de órganos de supervisión creados *ad hoc*.

La figura del responsable del contrato ha experimentado un impulso en la LCSP, ya que ha pasado de ser optativa y estar especialmente vinculada con el contrato de obras, a ser obligatoria para todos los contratos públicos. El objetivo de esta figura es reforzar el control del cumplimiento del contrato y agilizar la solución de las incidencias que puedan presentarse. Con esa finalidad se le habilita para adoptar las decisiones y dictar las instrucciones que sean necesarias para asegurar la correcta realización de la prestación pactada. Al margen de esta función genérica y de la posibilidad de que el responsable del contrato sea una persona física o jurídica, vinculada a la entidad contratante o ajena a él, la LCSP no establece nada más en relación a esta figura, por lo que se desconocen las herramientas organizativas, formales y materiales con las que cuentan los responsables del contrato para llevar a cabo su función (42). Resulta esencial, por lo tanto, que se concreten y se

---

(41) «Adquisiciones ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica», 3<sup>o</sup> edición, página 57.

(42) PALACÍN SÁENZ (2016: 23-26) corrobora esta conclusión tras analizar la regulación del responsable del contrato en las leyes gallegas 1/2015, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración, y 14/2013, de racionalización del sector público autonómico, y las recomendaciones sobre esta figura realizadas por la JCCA de Ara-



atribuyan los medios y las herramientas de que dispone el responsable del contrato para garantizar la correcta supervisión del mismo ya que, en caso contrario, las cláusulas ambientales establecidas en el contrato pueden quedar reducidas a «papel mojado» (43).

Esta preocupación por la falta de atribuciones y herramientas concretas a los responsables del contrato en la LCSP se acentúa al conocer que, según el estudio realizado por PALACÍN SÁENZ (2016: 28-35), la mayoría de los órganos de contratación tampoco atribuyen cometidos claros de supervisión a los responsables del contrato, especialmente en la vigilancia del cumplimiento de cláusulas sociales y ambientales ni en sus convocatorias de contratación, ni en sus Instrucciones (44).

La otra opción que consideramos adecuada para que la autoridad contratante lleve a cabo la supervisión del contrato es la creación de nuevos órganos *ad hoc*. Salvo error u omisión por nuestra parte, hasta el momento sólo el Ayuntamiento de Logroño, ha creado una «Unidad de apoyo a la supervisión y control del diseño y la ejecución de los contratos». Se trata de un nuevo órgano, de carácter transversal, al que se atribuye la posibilidad de complementar las funciones de control y supervisión de los responsables de contrato.

Conforme a ello, con efectos desde el 15 de agosto de 2017, se atribuyeron al funcionario municipal a cargo de dicha unidad las funciones de colaborar con el Responsable del Contrato para valorar la oportunidad y necesidad de la contratación, así como la inclusión de cláusulas sociales, ambientales y de innovación; velar por el cumplimiento de las obligaciones impuestas en el PCAP y de las ofertadas por el adjudicatario; recibir los documentos que justifican el cumplimiento de las obligaciones del contrato; realizar las inspecciones que sean necesarias; colaborar con el Responsable del Contrato en la solución de incidencias, interpretaciones, modificaciones y prórrogas de los contratos; alertar al órgano de contratación de potenciales incumplimientos del contrato verificados mediante los controles preventivos llevados a cabo; proponerle las acciones correctoras precisas para subsanar las desviaciones observadas en el cumplimiento de las obligaciones del contratista, y realizar una evaluación anual de la función de control y supervisión de la ejecución de los contratos públicos municipales, para lo cual establecerá los indicadores de rendimiento, satisfacción y de impacto que sean precisos.

---

gón, el Gobierno de La Rioja, la Junta de Andalucía, y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

(43) Informe 16/2014, de 1 de octubre, de la JCCA de Aragón, sobre incorporación en los Pliegos de los contratos de una entidad local de determinadas cláusulas sociales, y consecuencias de su eventual incumplimiento.

(44) Las excepciones constatadas por el autor del estudio son el Ayuntamiento de Valladolid, la Junta de Extremadura, la Contraloría de Bogotá D.C. y la Junta de Castilla y León.

La reciente creación de dicha unidad hace que sea demasiado pronto para analizar su correcto funcionamiento y los resultados obtenidos con el desarrollo de sus funciones. Sin embargo, resulta una experiencia positiva, que podría ser convenientemente adaptada e implantada en otras Administraciones públicas.

Finalmente, la Comisión Europea en su Manual sobre contratación pública ecológica establece que el tercer posible método de control del contrato sería contratar a alguien externo al mismo para que supervise su cumplimiento. Esta posibilidad estaría también amparada en la figura del Responsable del Contrato, ya que el artículo 62.1 LCSP establece que podrá ser una persona física o jurídica, vinculada a la entidad contratante o ajena a él.

El aspecto positivo de esta forma de control radica en que la lleva a cabo un tercero, es decir, alguien que no es parte del contrato y, por lo tanto, no tendrá intereses directos en determinar el cumplimiento o incumplimiento del mismo, sino que llevará a cabo su labor de forma objetiva. Sin embargo, el aspecto negativo derivado de esta opción es evidente, ya que habrá que prever cómo se va a retribuir a quien supervise el contrato, supondrá un coste adicional y será necesario licitar un contrato de servicios para elegir al supervisor (45).

En todo caso, la decisión que se adopte sobre la forma de controlar la correcta ejecución del contrato corresponderá a cada Administración, con base en su potestad de auto-organización. Para ello deberá tener en cuenta algunos factores esenciales, tales como la dificultad técnica de la actividad de control, el grado de especialización requerida conforme a las características del contrato, la necesidad de formación específica en la materia objeto del control o la necesaria independencia de quien lleve a cabo la función de supervisión (46).

La Comisión Europea en su Manual no menciona expresamente una vía adicional y poco utilizada hasta el momento: el control del cumplimiento del contrato por parte de la ciudadanía. Para ello deberían articularse canales de sugerencias y quejas ante el contratista o ante quien lleve a cabo la supervisión del contrato, que garanticen la indemnidad y en su caso el anonimato de los denunciantes. Esta vía es especialmente interesante para acoger las quejas de los usuarios de los servicios públicos que pueden deberse a una mala ejecución del contrato por parte del contratista o del subcontratista. Al mismo tiempo es preciso que se articule la forma en la que se van a tramitar las sugerencias o quejas recibidas y, en su caso, quién va a responder o informar del estado de la tramitación al denunciante.

---

(45) En relación a la supervisión de los contratos por personas ajenas a los mismos puede servir de ejemplo la experiencia de los pactos de integridad, puesta en práctica recientemente en nuestro país y de la que ya existen diversos ejemplos. Se trata de un instrumento promovido por Transparencia Internacional y que pretende ayudar a garantizar una correcta preparación, adjudicación y ejecución de los contratos públicos DE GUERRERO MANSO (2018b).

(46) POZO BOUZAS (2018: 37).

## **2. Distintos efectos del incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución**

Una vez que se haya supervisado el cumplimiento del contrato y se haya verificado que no es conforme con los requisitos del pliego, será preciso adoptar medidas adecuadas y definir las consecuencias derivadas de la incorrecta ejecución del contrato. En este sentido, el Manual sobre la contratación ecológica de la Comisión Europea pone de manifiesto la necesidad de incluir en el contrato no sólo sanciones apropiadas en caso de incumplimiento sino también bonificaciones por buen rendimiento.

No todas las condiciones especiales de ejecución tienen el mismo carácter ni, por lo tanto, conllevan las mismas sanciones. En primer lugar, el órgano de contratación deberá determinar si alguna o algunas de las condiciones especiales de ejecución del contrato son «esenciales» para la correcta ejecución del contrato, es decir, que su incumplimiento tiene un efecto equivalente al incumplimiento de la prestación principal del contrato, ya sea por incidir en el objetivo directo del contrato o en otros objetivos transversales decididos y definidos por el órgano de contratación. Es importante remarcar que las «obligaciones esenciales» del contrato son aquellas cuyo incumplimiento impedirá que se alcance el fin previsto, mientras que las «condiciones especiales de ejecución» en general no tienen necesariamente ese carácter. Será el órgano de contratación quien, en su caso, se lo otorgue específicamente en los pliegos.

Si a las condiciones de ejecución del contrato se les ha atribuido en el pliego el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211 LCSP, el incumplimiento de las mismas conllevará la resolución del contrato.

En segundo lugar, el órgano de contratación puede calificar el incumplimiento de la condición especial de ejecución como falta muy grave. En este caso, el incumplimiento podrá, según lo que se haya indicado en los pliegos, causar la imposición de penalidades o indemnización por daños y perjuicios y/o declarar a la empresa adjudicataria incurso en causa de prohibición para contratar, tal y como se dispone en el artículo 71.2 c) LCSP:

*«c) Haber incumplido las cláusulas que son esenciales en el contrato, incluyendo las condiciones especiales de ejecución establecidas de acuerdo con lo señalado en el artículo 202, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave, concurriendo dolo, culpa o negligencia en el empresario, y siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios».*

La tercera posibilidad que puede conllevar el incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución es el establecimiento de penalidades conforme

a lo previsto en el artículo 192.1 LCSP, es decir, que estén expresamente previstas en los pliegos para el supuesto de incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución del contrato en el que se hubiesen establecido. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento, y las cuantías de cada una de ellas no podrán ser superiores al 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido, ni el total de las mismas superar el 50 por cien del precio del contrato.

Con el objetivo de garantizar que la prestación contratada se ejecute en los términos requeridos y que no se eluda esta obligación a través de la cesión o la subcontratación, el artículo 202.4 LCSP prescribe que todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a los subcontratistas que participen en la ejecución del mismo. La eficacia de dicha previsión requerirá un mayor control de la ejecución del contrato, ya que no podrá quedarse en la supervisión del contratista.

### **3. Los indicadores de rendimiento y su configuración como parámetros objetivos de cumplimiento**

La eficacia de la protección del medio ambiente a través de las cláusulas ambientales no radica sólo en la determinación del objeto del contrato, en la selección del contratista, en la adjudicación del contrato y en la elección de las condiciones de ejecución (si bien todas estas fases son esenciales y están interrelacionadas para lograr la eficiencia del contrato), sino que una parte esencial del éxito del contrato depende del control de su ejecución.

Ya hemos apuntado que un factor clave será establecer de forma clara las obligaciones del contratista referidas a la supervisión de la fase de ejecución del contrato. Por ejemplo, si debe remitir cierta información sobre el cumplimiento de las cláusulas del contrato se deberá determinar en qué momento debe entregar la documentación requerida, con qué finalidad y qué resultado tendrá el análisis de la misma.

Por otro lado resulta esencial que en el pliego se establezcan una serie de indicadores de impacto, configurados de forma objetiva, que permitan comprobar el cumplimiento del clausulado. Es decir, que se diseñe la forma en la que se va a verificar la correcta ejecución de los requisitos ambientales impuestos en el contrato y su proyección externa hacia las políticas y objetivos que persiguen.

Los indicadores clave de rendimiento (KPI (47) por sus siglas en inglés) y la forma en la que se va a llevar a cabo la verificación de los mismos deberán

---

(47) *Key performance indicators.*

constar desde la fase inicial del contrato de forma clara y precisa, para que el contratista conozca cuáles van a ser sus obligaciones al respecto, y se extenderán durante todo el desarrollo del contrato, hasta su finalización. Uno de los aspectos esenciales será determinar el alcance temporal de cada una de las condiciones ambientales exigidas. Así, por ejemplo, si se requiere la utilización de madera sostenible como materia prima para la fabricación de mobiliario, esta exigencia se mantendrá sólo en la fase inicial del contrato de suministro, sin afectar a su distribución y posible mantenimiento, mientras que si se trata de la obligación de utilizar productos de limpieza ecológicos en un contrato de servicios, dicho requisito se mantendrá hasta la finalización del contrato.

A su vez, se puede vincular en los contratos los KPI con el derecho del contratista a reclamar el pago de una fase del contrato o a la finalización del mismo, así como al derecho de obtener las bonificaciones que se hayan podido establecer el pliego. Para ello será necesario tener en cuenta aspectos esenciales, como el tiempo o los recursos que serán necesarios para conseguir los resultados que se persiguen en el contrato.

Una vez más, la clave del éxito de los indicadores de rendimiento radicará en la elección de los mismos. Será conveniente que el órgano de contratación elija sólo algunos, aquellos que considere fundamentales para lograr sus objetivos, y que sea capaz de supervisar y concretar de manera objetiva, o al menos sencilla, si se han cumplido y en qué medida.

## **V. A MODO DE CONCLUSIÓN**

La posibilidad de proteger el medio ambiente a través de la contratación pública es una realidad en nuestro ordenamiento jurídico desde hace más de 20 años. Sin embargo, las medidas adoptadas no son siempre eficaces. Son muchos los instrumentos que facilitan la labor de las Administraciones Públicas para confeccionar los pliegos de los contratos de manera que se lleve a cabo una efectiva defensa de la naturaleza, pero su utilización, y sobre todo su eficacia, requiere que concurren cinco aspectos.

En primer lugar, resulta imprescindible una verdadera concienciación, tanto de los poderes públicos como de los ciudadanos, sobre la importancia de la defensa del medio ambiente. Sin este paso previo no será posible alcanzar los resultados deseados.

Una vez tomada la decisión de establecer condiciones ambientales en la contratación, el segundo paso será analizar con detenimiento qué requisitos se quieren imponer en el pliego, ya que no siempre será posible o conveniente abordar todos los aspectos que podrían ser incorporados en la licitación. Resulta esencial elegir bien y determinar qué condiciones serán mínimos obligatorios y cuáles constituyen los objetivos adicionales, en función del contexto

social y económico de cada contrato, así como de la legislación sectorial que resulte aplicable.

Tras elegir los objetivos ambientales, el órgano de contratación deberá decidir cómo los va a incluir en los pliegos: criterios de selección, de adjudicación o condiciones especiales de ejecución, siempre vinculados con el objeto del contrato. Las condiciones especiales de ejecución constituyen requisitos objetivos fijos que determinan la forma concreta en que deberá actuar el adjudicatario para cumplir con las previsiones del contrato. Por este motivo resultan especialmente eficaces en la protección del medio ambiente.

El cuarto paso será definir de manera clara y objetiva las condiciones exigidas en los pliegos, que deberán cumplir los principios rectores de la contratación pública y, especialmente, los de publicidad y no discriminación.

Finalmente, resulta esencial determinar los medios de control de su cumplimiento, con especial mención al responsable de la supervisión, y la forma en la que se va a llevar a cabo dicho control, para lo que resulta muy conveniente establecer indicadores de rendimiento como parámetros objetivos. Además, se deberán establecer las consecuencias derivadas del incumplimiento, que pueden suponer la imposición de penalidades, de prohibiciones de contratar o, incluso, la resolución del contrato.

Todo ello requiere de profesionalización, planificación y un esfuerzo adicional por parte de los órganos de contratación. Sin embargo, pensamos que esta forma de actuar vale la pena, ya que es la manera más eficaz de lograr que realmente la compra pública verde sea estratégica y tenga un efecto positivo en el medio ambiente.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, María Consuelo (2018): «Contratación pública ecológica», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dirs.): *Tratado de contratos del sector público*, Libro III, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 2754-2805.
- (2015): «Las novedades introducidas por la Directiva 2014/24/UE en la contratación pública verde», en GIMENO FELIÚ, J. M. (et. al): *Las nuevas directivas de contratación pública: X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 279-289.
- BERNALDO DE QUIRÓS, Tania (2018): «Las cláusulas medioambientales en la contratación pública», en *Legal Today, Blog Administración Pública*. Entrada del 16 de julio de 2018. <http://www.legaltoday.com/blogs/transversal/blog-administracion-publica/las-clausulas-medioambientales-en-la-contratacion-publica>.

- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés (2014): *Derecho Ambiental*, Madrid, La Ley Actualidad, 1857 pp.
- DE GUERRERO MANSO, M<sup>o</sup> del Carmen (2018a): «Las consultas preliminares del mercado: una herramienta para mejorar la eficiencia en la contratación pública», en *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 1047-1071.
- (2018b): «La suscripción de pactos de integridad como mecanismo de lucha contra la corrupción en la contratación pública», en *Observatorio de los Contratos Públicos 2017*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 225-265.
- DE LA RÚA LÓPEZ, Cristina (2018): «Análisis del ciclo de vida en el sector de la energía: herramientas para la toma de decisiones», en LAZO VITORIA, X. (Dir.): *Compra Pública Verde*, Barcelona, Atelier, pp. 411-424.
- DELGADO FERNÁNDEZ, María del Rosario (2018): «Las cláusulas ambientales como condiciones especiales de ejecución», en LAZO VITORIA, X. (Dir.): *Compra Pública Verde*, Barcelona, Atelier, pp. 175-188.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael (2018): «Incorporación de cláusulas ambientales en la contratación pública», en LAZO VITORIA, X. (Dir.): *Compra Pública Verde*, Barcelona, Atelier, pp. 29-51.
- GALERA RODRIGO, Susana (2009): «Compras verdes: ahora o nunca», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 247, enero-febrero 2009, pp. 11-16.
- GARBAJOSA ESCALERA, Laura (2018): «Ecodiseño y análisis del ciclo de vida aplicado en BSH electrodomésticos España, S.A.», en LAZO VITORIA, X. (Dir.): *Compra Pública Verde*, Barcelona, Atelier, pp. 365-379.
- GIMENO FELIÚ, José María (2013): «Compra pública estratégica», en PERNAS GARCÍA, J. J. (Coord.): *Contratación Pública Estratégica*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 45-79.
- (2006): *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Madrid, Thomson-Civitas, 421 pp.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (2015): «Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de contratación pública», en *Revista española de derecho europeo*, núm. 56, pp. 13-42.
- (2010): «Sustainability and Public Procurement in the Spanish Legal System», en CARANTA, R. y TRYBUS, M. (eds.): *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, Copenhagen: DJØF Publishing, pp. 235-257.
- HERNÁNDEZ SALGUERO, Elena (2018): «Las cláusulas de estrategia medioambiental en la doctrina de los tribunales de recursos contractuales», en LAZO VITORIA, X. (Dir.): *Compra Pública Verde*, Barcelona, Atelier, pp. 189-206.

- LAZO VITORIA, Ximena (2018): «La perspectiva ambiental de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, especial referencia al coste del ciclo de vida», en LAZO VITORIA, X. (Dir.): *Compra Pública Verde*, Barcelona, Atelier, pp. 129-144.
- LETÓN GARCÍA, Pedro (2018): «El análisis del ciclo de vida: metodologías y aplicaciones», en LAZO VITORIA, X. (Dir.): *Compra Pública Verde*, Barcelona, Atelier, pp. 347-364.
- LÓPEZ BLANCO, Ana Patricia (2018): «Aplicación del análisis de ciclo de vida a las políticas europeas de producto», en LAZO VITORIA, X. (Dir.): *Compra Pública Verde*, Barcelona, Atelier, pp. 381-389.
- LÓPEZ TOLEDO, Purificación (2018): «La consideración de aspectos ambientales y sociales en la contratación pública. Régimen de su nueva regulación», en *GABILEX* núm. 14, junio 2018 pp. 47-98.
- LÓPEZ TOLEDO, Purificación (2014): «La protección del medio ambiente en el derecho comunitario de contratos públicos: perspectiva y situación actual», en *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, núm. 7, pp. 1-32.
- LOZANO CUTANDA, Blanca (2010): «El futuro de la «flor europea»: La nueva etiqueta ecológica de la Unión Europea», en *Revista Catalana de Dret Ambiental* Vol. 1, Núm. 1, pp. 1-16.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel (2015): «Avanzando en contratación socialmente responsable: de la recomendación a la obligación», en *Observatorio de la Contratación Pública*, 22 de junio de 2015 ([www.obcp.es](http://www.obcp.es)).
- MEDINA ARNÁIZ, Teresa (2018): «¿Quién contamina no contrata? Las prohibiciones de contratar vinculadas a la protección del medio ambiente», en LAZO VITORIA, X. (Dir.): *Compra Pública Verde*, Barcelona, Atelier, pp. 53-78.
- MIRANZO DÍAZ, Javier (2017): «Hacia una administración pública sostenible: novedades en la legislación europea de contratación pública», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 64. pp. 1-40.
- MORENO MOLINA, José Antonio (2018): *Una nueva contratación pública social, ambiental, eficiente, transparente y electrónica*, Colección Básicos de Derecho Administrativo, Urbanismo y Medio Ambiente, Albacete, Editorial Bomarzo, 85 pp.
- OLLER RUBERT, Marta (2010): «La inclusión de cláusulas ambientales en la contratación pública», en *Revista catalana de dret ambiental*, Vol. 1 n<sup>o</sup> 1, pp. 1-34.
- PALACÍN SÁENZ, Bernabé (2016): «La supervisión de la ejecución de los contratos. En especial de las cláusulas sociales y ambientales, ¿potencia sin control?», en *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha (Gabilex)* núm. 7, septiembre 2016, pp. 11-57.
- PERNAS GARCÍA, Juan José (2014): «Libre mercado y protección ambiental. De la ordenación administrativa de actividades económicas a la contratación



- pública verde», en LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord.): *Observatorio de Políticas Ambientales 2014*, pp. 431-462.
- (2011): *Contratación pública verde*, Madrid, La Ley, 314 pp.
- POZO BOUZAS, Eduardo G. (2018): «Las cláusulas sociales y medioambientales en la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público», en *Revista de Derecho Local*, Lefebvre-El Derecho, núm. 60, febrero 2018, 40 pp.
- PRIETO ÁLVAREZ, Tomás (2002): «Medio ambiente y competencia en el Derecho de la Unión Europea. En busca del adecuado punto de equilibrio», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 207, pp. 119-130.
- RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María (2017): «Mecanismos para la inclusión de cláusulas ambientales en los contratos públicos», en RAZQUIN LIZARRAGA, M. M. (Coord.): *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 147-178.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2013): «La contratación del sector público como política pública», en PERNAS GARCÍA, J. J. (Coord.): *Contratación Pública Estratégica*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 31-45.
- ROMÁN MÁRQUEZ, Alejandro (2018): «Contratación pública ecológica y objeto del contrato: el diseño "verde" de las prestaciones contractuales en el derecho comunitario e interno», en *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, núm. 39, 2018, pp. 97-132.
- SANZ RUBIALES, Íñigo (2018): «La protección del ambiente en la nueva Ley de Contratos: del Estado meramente "comprador" al Estado "ordenador"», en *Revista de Administración pública*, núm. 205, pp. 49-80.
- SARASIBAR IRIARTE, Miren (2015): «La contratación pública se tiñe de verde», en GIMENO FELIÚ, J. M. (et. al): *Las nuevas directivas de contratación pública: X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 317-328.
- SENÁN SALINAS, Jorge (2018): «Análisis del ciclo de vida en la economía circular. Aplicaciones en el reciclaje de tecnología de membrana», en LAZO VITORIA, X. (Dir.): *Compra Pública Verde*, Barcelona, Atelier, pp. 319-409.
- SIRVENT ALONSO, Cristina (2010): «Compra y contratación pública verde (CCPV)», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 18, pp. 287-300.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia y GÓMEZ FARIÑAS, Beatriz (2018): «Criterios de solvencia y exigibilidad de certificados de gestión ambiental», en LAZO VITORIA, X. (Dir.): *Compra Pública Verde*, Barcelona, Atelier, pp. 79-101.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (2011): «Impulso decisivo en la consolidación de una contratación pública responsable. Contratos verdes; de la posibilidad a la obligación», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 1, abril 2011, pp. 16-24.



# TÉCNICAS REGULATORIAS Y DE MERCADO PARA LA PROTECCIÓN Y VALORIZACIÓN DEL DEMANIO NATURAL

JOSÉ LUIS BERMEJO LATRE

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. EL MEDIO AMBIENTE, ¿OBJETO DEMANIAL?– III. EL DEMANIO NATURAL, ¿OBJETO DE USO COMÚN?– IV. EL USO COMÚN, ¿CATEGORÍA PARADIGMÁTICA?– V. EL USO COMÚN, ¿LIBRE Y GRATUITO?– VI. CONCLUSIONES.– VII. BIBLIOGRAFÍA.*

*RESUMEN:* El trabajo analiza la respuesta del Derecho a la intensificación del uso de ciertos enclaves naturales no especialmente protegidos, criticando las disfunciones de la legislación sectorial demanial y proponiendo una gestión activa del demanio natural, enfocada a la prevención y restitución de los daños ambientales y la necesaria rentabilización de los bienes comunes y públicos. A tal efecto se valoran la viabilidad y la configuración jurídica de medidas de policía (regulación y control) y de mercado (pago por uso), destinadas a garantizar la protección, valorización y sostenibilidad tanto del medio natural «abierto» como de sus usos, siempre con el debido respeto a los derechos fundamentales y a los principios de legalidad y proporcionalidad.

*Palabras clave:* dominio público; bienes comunes; regulación; mercado; conservación; valorización; espacios naturales.

*ABSTRACT:* The paper analyses the legal response to the intensification of the use of certain non protected natural areas (river stretches, lakeshores, seaside), criticising the dysfunctions of the legislation in force and proposing an active management of the environmental commons, focused on the prevention and restitution of environmental damages and on the necessary profitability of said environmental commons. To this end, the paper assesses the viability and legal configuration of regulation (command and control) and market-based (pay per use) measures, aimed at guaranteeing the protection, valorisation and sustainability of both the «open» natural milieu and its uses, with due respect for fundamental rights and for the principles of Rule of Law and proportionality.

*Key words:* public property; environmental commons; regulation; market; environmental protection; valorisation; natural areas.

## I. INTRODUCCIÓN

Desde hace algún tiempo estamos asistiendo a una intensificación del uso de ciertos espacios ubicados en el medio natural, correspondiente con un turismo puntual o eventual que genera concentraciones humanas momentáneas que no exigen adaptaciones del entorno pero que sí pueden generar afecciones al mismo. La propia presencia masiva de personas dificulta, cuando no impide, el disfrute de otros visitantes; los accesos rodados suelen colapsarse en determinados momentos; el abandono de residuos en lugares que no están preparados para su recogida y retirada degrada la calidad ambiental de los espacios. Todas ellas son consecuencias indeseables de un renovado interés por la naturaleza como fuente de utilidades lúdicas y recreativas, no necesariamente achacables a la realización de conductas incívicas por parte de una ciudadanía mayoritariamente urbanícola: en la mayor parte de los casos, la mera saturación de visitantes es una disfunción contraria al interés público, al margen de las circunstancias. A estas afecciones se suman otras de más dudosa legitimidad, relacionadas con una cierta patrimonialización o rentabilización —siquiera de perfil bajo— de algunas de las utilidades que proporciona el medio natural abierto por parte de profesionales (por ejemplo, cuando se ejercen actividades comerciales casuales en dichos lugares, convertidos en focos de ocio; o cuando los lugares son explotados como circuitos de eventos o espectáculos ocasionales).

Esta intensificación social y económica de unos usos que, en principio, serían calificables legalmente como comunes y generales, y que recaerían sobre bienes que en definitiva son de dominio público, se está viendo acompañada de una vacilante y dispersa intervención administrativa. Mayoritariamente, las autoridades recurren a técnicas administrativas clásicas de corte ordenancista, dictándose regulaciones y fijando condiciones para el goce pacífico y sostenible de los lugares. Cuando la dimensión del problema o la fragilidad del entorno así lo exigen, aparecen en escena instrumentos administrativos de tipo policial, tales como el sometimiento a licencias o permisos o la limitación del aforo máximo. De manera marginal, la solución a estas pequeñas «tragedias de los comunes» viene de la mano de técnicas puramente mercantiles, basadas en la tarificación de los usos y la consecuente exacción de pagos individuales por los mismos. Y esta situación descrita, vale la pena recordarlo, en el marco de una normativa que proclama la libertad plena de acceso y presencia indiscriminada y gratuita de la ciudadanía en los espacios naturales de titularidad demanial.

El propósito de este trabajo es constatar esta incipiente pero creciente realidad, e indagar sobre su soporte jurídico, apoyando la práctica moderada y consciente de todas las medidas dirigidas a la gestión y valorización del medio natural «abierto». En cumplimiento del mandato establecido en el art. 45 de la Constitución, el uso de los recursos naturales debe ser universal pero

también racional; implica su disfrute, pero exige su protección. El necesario equilibrio entre el libre goce del medio ambiente y su costosa conservación exige la adopción combinada de técnicas policiales y de mercado, pues los recursos naturales de titularidad demanial, en principio excluidos del comercio, son cada día más propicios a su aplicación a los procesos productivos propios de una economía avanzada.

En este sentido, nuestro ordenamiento se encuentra anclado en algunos conceptos mercederos de revisión: la errónea equiparación de los conceptos de «dominio público natural» y «medio ambiente», la pretendida universalidad del uso general del demanio natural, la rígida tripartición de las clases de usos demaniales (general-especial-privativo), el carácter teóricamente preferente del uso común general sobre los bienes del demanio natural y su discutible gratuidad, el relativo desajuste entre las legislaciones generales y sectoriales en la descripción de los usos demaniales, la contingente y difusa distinción entre los usos distintos del común general y la difícil inserción de las nuevas formas de policía administrativa en el esquema de títulos habilitantes clásicos, entre otros.

Estos desajustes normativos no invalidan, pero sí deslucen, nuestro sistema de gobierno y gestión de los espacios naturales distintos de los protegidos conforme a la legislación ambiental. Solapándose con los 220.000 km<sup>2</sup> (el ca. 27% de la superficie terrestre nacional) objeto de protección jurídica por razones estrictamente ecológicas, hay un incontable número de zonas naturales dispersas con valor desigual, que son objeto de la presencia ocasional del ser humano. Cuando dichos lugares pasan de albergar la mera presencia a ser escenarios de otras actividades, cuando la frecuencia de la presencia humana aumenta, cuando la afección a los lugares puede dejar trazas más o menos indelebles, o cuando el ser humano se multiplica y se concentra en dichos lugares, queda patente la insuficiencia del marco normativo patrimonial actual para garantizar la conservación y valorización de ese medio natural «abierto».

El dilema queda así planteado, entre la libertad de uso connatural a la esencia misma del demanio natural y la disposición de sistemas de policía y de mercado precisamente destinados a garantizar la sostenibilidad tanto del demanio como de sus usos. La solución, como se demostrará, pasa por rechazar el dogma libertario e igualitarista y los modos tradicionales de gestión pasiva del demanio natural, basados en la amortización en mano pública (exclusión del mercado) de los recursos naturales. Al contrario, parece preciso apostar por una gestión activa, atenta a la siempre cambiante realidad territorial y a las necesidades sociales, enfocada a la prevención y restitución de los daños ambientales y, a tal fin, a la necesaria rentabilización de los bienes (retorno al mercado).

A tal efecto es necesario indicar, definir y categorizar cuidadosamente los posibles usos de cada uno de los elementos integrantes del demanio natural

(lo que exige una previa identificación de éstos), proyectándolos no sobre las categorías legales clásicas (general-especial-privativo), sino sobre los criterios clásicos de distinción (intensidad-peligrosidad-rentabilidad, acaso también temporalidad y exclusividad). También será preciso estimar el valor económico de cada recurso natural en función del uso principal y de los alternativos de que pueda ser objeto, de cara a la financiación de las inversiones que permitan conservar los recursos y potenciar sus usos. A partir de ahí se podrán construir los regímenes jurídicos más adecuados para los recursos (para cada recurso), estableciendo las condiciones y requisitos para su aprovechamiento, fijando los límites al aprovechamiento y estableciendo las medidas operativas, no solo formal-burocráticas, para garantizar su conservación y valorización del medio natural. No resulta banal en este diseño prestar una cierta atención a la cuestión de las autoridades responsables de la regulación e intervención, ya que la asignación de competencias al efecto se ve afectada por la disociación entre los conceptos de titularidad (normalmente referida al Estado, ocasionalmente a las Comunidades Autónomas y marginalmente a entidades locales) y potestad (ordinariamente referida a las entidades locales, frecuentemente a las Comunidades Autónomas y puntualmente al Estado).

## II. EL MEDIO AMBIENTE, ¿OBJETO DEMANIAL?

Como afirma LÓPEZ RAMÓN con apoyo en el art. 333 de nuestro Código civil, son bienes únicamente las cosas susceptibles de apropiación porque proporcionan una utilidad a las personas, entendida como valor de la cosa, que deriva de su carácter raro, limitado o deseado (1). De acuerdo con este planteamiento, no serían bienes las cosas no apropiables (el aire, el paisaje o las aguas marítimas) pero sí las intangibles (la propiedad intelectual e industrial o el espacio radioeléctrico). La apropiación es una operación jurídica consistente en la identificación o delimitación de un objeto, la vindicación y defensa del mismo frente a terceros, y la extracción de su valor económico dentro de los límites impuestos por las leyes. A estos efectos, todo cuanto no sea susceptible de delimitación, defensa y explotación no sería un bien en sentido estricto. La primera cuestión a plantear, por lo tanto, es la medida en que el medio ambiente (la naturaleza en su conjunto o desglosada en sus elementos integrantes) reúne estas tres características.

La primera observación del medio ambiente como realidad atendible por las instituciones tuvo lugar en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano de Estocolmo de 16 de junio de 1972, donde

---

(1) LÓPEZ RAMÓN, F.: *Sistema jurídico de los bienes públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 25 y ss.

fue definido como «el conjunto de componentes físicos, químicos, biológicos y sociales capaces de causar efectos directos o indirectos, en un plazo corto o largo, sobre los seres vivos y las actividades humanas». Desde entonces, la atención de los legisladores y su reflejo en la normativa a todos los niveles ha sido creciente en intensidad y sofisticación. En el Derecho ambiental español actual, la enunciación de los recursos naturales se cifra en la normativa sectorial, siquiera de manera unitaria.

Concretamente, además de la referencia genérica del art. 45 de la Constitución, es la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, *del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad* (LPNB) quien recoge las definiciones tanto del «patrimonio natural» —versión actual y legal del clásico concepto de medio ambiente— (§27: «conjunto de bienes y recursos de la naturaleza fuente de diversidad biológica y geológica, que tienen un valor relevante medioambiental, paisajístico, científico o cultural») como de sus elementos singulares, los recursos naturales, relacionados de modo abierto (§30: «tales como: el paisaje natural, las aguas, superficiales y subterráneas; el suelo, subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales, cinegética y de protección; la biodiversidad; la geodiversidad; los recursos genéticos, y los ecosistemas que dan soporte a la vida; los hidrocarburos; los recursos hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares; la atmósfera y el espectro radioeléctrico, los minerales, las rocas y otros recursos geológicos renovables y no renovables»). Importa destacar que, a la esencia sustantiva de todo recurso natural («componente de la naturaleza...»), acompañan dos notas adjetivas de indiscutible matriz económica, como son el uso y el valor («...susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial»).

Hay también otras normas etiquetables como «Derecho ambiental sectorial», más específicas en sus propósitos que la LPNB, de las que cabe extraer una enumeración y una caracterización de los recursos naturales. Aunque estos listados no mejoran demasiado lo previsto por la LPNB, son valiosas a nuestros efectos las remisiones que realizan a la legislación sectorial reguladora de los bienes de dominio público, por cuanto se dirá enseguida.

En primer lugar, el art. 2.17 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, *de Responsabilidad Medioambiental* señala como recurso natural (susceptible de ser dañado) a «las especies silvestres y los hábitats, el agua, la ribera del mar y de las rías y el suelo», pormenorizando asistemáticamente a lo largo del art. 2 estos términos, dotándolos de contenido. En efecto, la citada ley entiende por «especies silvestres» las especies de la flora y de la fauna, en particular las catalogadas como amenazadas y, en todo caso, las no invasoras; por «agua» las masas de agua continental, superficiales o subterráneas, costeras y de transición y los restantes elementos integrantes del dominio público

hidráulico (remitiéndose en bloque a la legislación sectorial demanial); por «hábitat» las zonas terrestres o acuáticas diferenciadas por sus características geográficas, abióticas y bióticas, y protegidas por la normativa comunitaria, española e internacional; por «ribera del mar y de las rías» todos los bienes de dominio público marítimo-terrestre, remitiéndose de nuevo a la legislación sectorial demanial; y por «suelo» la capa superior de la corteza terrestre, situada entre el lecho rocoso y la superficie que constituye la interfaz entre la tierra, el aire y el agua, excluida la cubierta permanentemente por una lámina de agua superficial.

En segundo lugar, de los arts. 35.1.c) y 45.6 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, *de evaluación ambiental* cabe destilar factores integrantes del medio ambiente tan dispares conceptualmente como la biodiversidad, la población, la fauna y flora, la tierra, el agua, el aire, los factores climáticos, los bienes materiales, el patrimonio cultural, el paisaje y la interrelación entre todos ellos.

De todo lo dicho resulta que, tanto en el plano científico como en el jurídico, el concepto de medio ambiente y sus sinónimos (medio natural, patrimonio natural, naturaleza, etc.) es proteico y contingente, como lo es el propio sumatorio de los recursos que lo integran. La nómina de los recursos naturales se sigue ensanchando progresivamente, abarcando realidades enunciadas de forma lírica pero expresiva en el Derecho medieval (por ejemplo en las leyes de Partidas, que citan el aire, las aguas de la lluvia, el mar y su ribera, los ríos y arenas, y ciertos animales —«pavones y faisanes y gallinas de India y palomas y grullas y ánsares y las otras aves semejantes dellas, que son salvajes según naturaleza»... «ciervos y de los gamos y de las cebras y de las otras bestias salvajes») y fenómenos más sofisticados e intangibles (por ejemplo, la sonoridad natural o la oscuridad del cielo nocturno, versiones positivas de la contaminación acústica y lumínica respectivamente) (2). Algo parecido sucede

---

(2) Sobre esta última cabe apuntar su originaria previsión utilitarista, por parte del Legislador estatal, en la Ley 31/1988 de 31 de octubre, *sobre Protección de la Calidad Astronómica de los Observatorios del Instituto de Astrofísica de Canarias*, hoy ampliada a propósitos conservacionistas en la 34/2007, de 15 de noviembre, *de calidad del aire y protección de la atmósfera* (disposición adicional 4ª). No obstante, la oscuridad nocturna ha sido y es objeto de protección de la mano de las leyes autonómicas 6/2001, de 31 de mayo, *de ordenación ambiental del alumbrado para la protección del medio nocturno* de Cataluña; 3/2005, de 20 de abril, *de protección del medio nocturno de las Illes Balears*; Ley Foral 10/2005, de 9 de noviembre, *de ordenación del alumbrado para la protección del medio nocturno*; 6/2006, de 9 de junio, *de prevención de la Contaminación Lumínica* de Cantabria; 7/2007, de 9 de julio, *de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental de Andalucía* [Sección 3º del Capítulo II del Título IV]; 15/2010, de 10 de diciembre, *de Prevención de la Contaminación Lumínica y del Fomento del Ahorro y Eficiencia Energéticos Derivados de Instalaciones de Iluminación* de Castilla y León; y 5/2010, de 23 de junio, *de prevención y calidad ambiental de la Comunidad Autónoma de Extremadura* (art. 89). En la doctrina administrativista destaca por su atención a este problema CALVO CHARRO, M.: «El derecho a ver las estrellas. Análisis de la



con el vigente concepto de bien público, aunque no haya sido formalmente superada la categorización del Código civil (3). Como es sabido, la identificación concreta de los bienes considerados normativamente como de dominio público se halla dispersa en la legislación sectorial (4).

Más allá del pronunciamiento —de génesis doctrinal, perfectamente canónico— de la LPAP en el sentido de que los bienes de titularidad pública que además se encuentren afectados al uso general son de dominio público, la enumeración más precisa y completa del catálogo de bienes demaniales se extracta de la normativa reguladora de todos y cada uno de los bienes y recursos denominados en el Código civil «propiedades especiales» (y sus afines, pues el Código se refiere inteligentemente solo a «algunas»). Por su parte, y aunque el RD 1372/1986, de 13 de junio, *por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales* (RBEL) restrinja su aplicación al ámbito local y tenga naturaleza solo supletoria, también su art. 3.1 enumera

---

contaminación lumínica desde una perspectiva jurídica», en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente* n° 187, 2001, pp. 131-181 y más recientemente en «El derecho a un cielo oscuro. Prevención y corrección de la contaminación lumínica», en *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n° 23, 2010, pp. 199-222.

(3) Me refiero al concepto estrictamente jurídico, pues el concepto económico, originario de la literatura italiana, alemana y escandinava de finales del s. XIX, es asimilable al jurídico solo parcialmente. Su elaboración contemporánea sirve al propósito de justificar la intervención de las instituciones públicas en los mercados para corregir los fallos de éstos en la asignación óptima de recursos económicos, y se debe fundamentalmente a SAMUELSON, P.: «The Pure Theory of Public Expenditure», en *The Review of Economics and Statistics* vol. 36, n° 4, 1954, pp. 387-389; MUSGRAVE, R.: «Provision for Social Goods», en MARGOLIS, J.; GUITTON, H. (eds.): *Public Economics: An analysis of Public Production and Consumption and their Relations to the Private Sectors*, Macmillan, Londres, 1969; OSTROM, V. y OSTROM, E.: «Public Goods and Public Choices: The Emergence of Public Economies and Industry Structures», *Alternatives for Delivering Public Services: Toward Improved Performance*, 1977. Todos estos autores manejan indistintamente en sus teorías bienes materiales, valores intangibles y servicios o actividades económicas, si bien las manifestaciones puramente patrimoniales del concepto de bien público son fácilmente extraíbles de sus desarrollos, los cuales aportan perspectivas interesantes para el análisis jurídico: por ejemplo, que las tres notas características de un bien público son (i) la no rivalidad en su consumo o disfrute, (ii) la no excluibilidad de ningún potencial usuario o beneficiario, y (iii) la provisión por parte de una institución pública (en caso de que sea artificial). La distinción entre bienes públicos y privados se completa en la doctrina económica con otros géneros: los bienes comunes, intensamente analizados por OSTROM, E.: *Governing the commons: the evolution of institutions for collective action*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990; los «anticomunes», revelados por HELLER, M. A.: «The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets», *Harvard Law Review* vol 111, 1998, pp. 621-688 y los bienes reservados o «bienes club» (BUCHANAN, J.: «An Economic Theory of Clubs», *Economica* n° 32, 1965, pp. 1-14).

(4) A estos efectos, cabría incluso calificar el art. 132 de la Constitución como una norma sectorial en punto a sus referencias al dominio público estatal no susceptible de desafección («la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental»).

una serie de bienes considerados de dominio público local por estar destinados al uso ciudadano universal: «caminos, plazas, calles, paseos, parques, aguas de fuentes y estanques, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales *cuya conservación y policía sean de la competencia de la entidad local*» (5).

En cualquier caso, la óptica que interesa a efectos de este trabajo es únicamente la del «dominio público/demanio natural», categoría jurídica que hibrida la garantía del uso y explotación universal de una extensa gama de recursos económicos con la protección del medio ambiente (6). Ello en el entendido de que pocos son los bienes y recursos naturales que se encuentran en estado absolutamente silvestre: más bien al contrario, las intervenciones artificiales los completan y aun les dotan de entidad; por ejemplo, los azudes y presas que hacen embalses, los espigones que protegen playas y arenales y las instalaciones industriales de generación que transforman el viento y el sol en energía.

En efecto, se impone un recorrido detallado por las normas sectoriales del dominio público para obtener un listado completo y preciso de los recursos integrantes del concepto de demanio —más o menos— natural, de cara a clasificarlos en función de los distintos tipos de uso admisibles y las diferentes

---

(5) El precepto entronca con el art. 344 del Código Civil, conforme al cual son bienes de uso público (lo que equivale a dominio público en una lectura sistemática del precepto) «en las provincias y los pueblos, los caminos (...) las plazas, calles, fuentes y aguas públicas, los paseos y obras públicas de servicio general, *costeadas por los mismos pueblos o provincias*».

(6) El recurso a la institución jurídica de la propiedad pública como instrumento de protección del medio ambiente ha tenido también lugar en la experiencia estadounidense, donde la doctrina del *public trust* justifica la inapropiabilidad privada de ciertos recursos naturales (originariamente riberas y masas de aguas navegables, pero actualmente minerales e hidrocarburos, fauna silvestre y hasta la atmósfera en la lucha contra el cambio climático), la existencia de un derecho al acceso y al uso general de los mismos (principalmente, navegación y pesca, pero también usos recreativos) y la investidura a la Administración de amplias potestades de regulación, supervisión e incluso reasignación de usos y derechos adquiridos por particulares. Esta doctrina, de origen académico, cuenta con cierta penetración en la jurisprudencia (vid. la sentencia del Tribunal Supremo de California de 1983 *National Audubon Society v. Superior Court*, que obligó a la autoridad gestora de las aguas de California a reconsiderar el trasvase desde el Lago Mono a la ciudad de Los Angeles para acomodarla a los usos ecológicos y recreativos existentes). Su impulsor fue SAX, J.L.: «The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention», en *Michigan Law Review* n° 68 (3), 1970, pp. 471—566 y sus máximos valedores actuales BLUMM, M.C.; WOOD, M.C.: *The Public Trust Doctrine in Environmental and Natural Resources Law*, Carolina Academic Press, 2013 y WOOD, M.C.: *Nature's Trust: Environmental Law for a New Ecological Age*, Cambridge University Press, Nueva York, 2014. Sobre la extensión de esta doctrina a entornos ajenos al estadounidense, vid. BLUMM, M.C.; GUTHRIE R.D.: «Internationalizing the Public Trust Doctrine: Natural Law and Constitutional and Statutory Approaches to Fulfilling the Saxon Vision», en *University of California Davis Law Review* vol. 44, 2012, pp. 741-807.

técnicas gubernativas y mercantiles aplicables para la disciplina de esos usos. Una de las primeras evidencias que arrojará el recorrido será la diferencia conceptual existente entre los recursos naturales y los bienes demaniales, debida al empleo de distintos cánones definitorios, el científico para aquéllos y el político para éstos. Es cierto que el solapamiento de ambos conceptos (recurso natural y dominio público) es casi total, pero no lo es menos que hay «recursos naturales-no bienes», «recursos naturales-no demaniales» y «recursos naturales— indebidamente demaniales», como se verá. En todo caso, el objeto material concreto de este estudio son exclusivamente los «recursos naturales demaniales», dejando al margen otras denominaciones muy expresivas y sugestivas pero inadecuadas por su imprecisión o su insuficiencia, tales como el «demanio natural» o los «bienes ambientales» (7).

El art. 2 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de aguas* (TRLA) enumera las «realidades geofísicas» (así en la jurisprudencia) de naturaleza demanial por ministerio de la ley, aunque el trasfondo de la demanialidad sea la tradición jurídica procomunal antes referida o su afectación primaria a un uso pretendida y abstractamente general. La nómina abarca recursos naturales puros (masas de agua continental superficiales y subterráneas renovables, cauces de corrientes naturales continuas o discontinuas, lechos de lagos y lagunas) y otros con cierto grado de artificialización (presas, balsas y embalses superficiales en cauces públicos, acuíferos y aguas marinas desaladas). Otros preceptos del TRLA y su normativa de desarrollo permiten precisar el contenido y extensión de estos términos, de cara a la práctica ulterior y necesaria —sin perjuicio de su carácter declarativo— de un deslinde administrativo que evidencie la localización y alcance puntuales de cada una de las realidades geofísicas

---

(7) El concepto de «demanio natural» se predica de los espacios marítimo-terrestre, fluvial y lacustre, aéreo, subterráneo y hertziano, y fue recibido en nuestra jurisprudencia desde la STC 227/1988, de 29 de noviembre. El de «bienes ambientales» (hoy formalmente «bienes paisajísticos») cuenta con una recepción normativa en el art. 136.1 del *Codice dei beni culturali e del paesaggio* de 22 de enero de 2004, que relaciona «los bienes inmuebles de notable belleza natural, singularidad geológica o memoria histórica, incluidos los árboles monumentales; las villas, jardines y parques de belleza extraordinaria; los conjuntos de inmuebles que revisten un aspecto característico con valor estético y tradicional, incluidos los centros históricos; y las bellezas panorámicas y sus miradores accesibles al público». Sobre el demanio natural, *vid.* DARNACULLETA I GARDELLA, M.M., *Recursos naturales y dominio público: el nuevo régimen del demanio natural*, ed. Cedecs, Barcelona, 2000; BARCELONA LLOP, J.: «Consideraciones sobre el dominio público natural», en esta REVISTA, n° 13, 1998, pp. 99-128; sobre los bienes ambientales, *vid.* BERMEJO LATRE, J.L.: *La pianificazione del Paesaggio. I piani paesistici e la nuova tutela delle risorse naturali*, Maggioli, Rimini, 2002, pp. 170-198, junto con el seguimiento de las evoluciones normativas del concepto en el «Políticas ambientales de Italia (1978-2005)», en LÓPEZ RAMÓN, F. (Dir.): *Informe sobre políticas ambientales*, 2006, p. 382.

apuntadas (8). Resulta evidente que se trata de realidades muy variadas en cuanto a su delimitabilidad, apropiabilidad y monetizabilidad, aunque pueden ser reconducidas a dos tipos: caudales y espacios. Con notables diferencias sobre el modo en que se realizan esas operaciones, tanto caudales como espacios son delimitables, apropiables y tienen cierto valor en el mercado, lo cual se refleja en su regulación y puede tener consecuencias a escala, como veremos en el epígrafe siguiente.

Los arts. 3, 4 y 5 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, *de costas* (LCo) desarrollan lo dispuesto en el art. 132 de la Constitución, señalando los bienes que son y que pertenecen al dominio público marítimo-terrestre (riberas de mar y rías, mar territorial y aguas interiores con su lecho y subsuelo, recursos naturales de la zona económica y plataforma continental). De nuevo, la delimitación de la zona marítimo-terrestre y de las playas, escarpes, bermas y dunas es tributaria del oportuno deslinde administrativo, dando lugar a una notable problemática jurídica dadas las condiciones socioeconómicas de nuestro país. Al igual que sucede con la parte espacial del demanio fluvial y lacustre, en el demanio litoral se manifiesta una realidad territorial lineal aunque solo algunos —muchos— tramos gozan puntualmente de cierto valor tanto ambiental como económico (normalmente la correlación entre ambos es directa). Así pues, los recursos naturales litorales son delimitables, apropiables y monetizables.

El art. 4 de la Ley de Vías Pecuarias (Ley 3/1995, de 23 de marzo, *de vías pecuarias*, LVP), demanializa, y para ello define y tipifica, las rutas o itinerarios por donde discurre o ha venido discurriendo tradicionalmente el tránsito ganadero (cañadas, cordeles y veredas). Aunque no son recursos naturales en estado puro, sino más bien producto de la transformación por el uso, tanto las vías como sus instalaciones de servicio (abrevaderos, descansaderos, majadas) se califican convencionalmente como demanio natural por su contexto y por las funciones. Son perfectamente trazables (de hecho, la LVP las clasifica en función de su anchura y destaca, de entre otras bases de datos territoriales oficiales, una Red Nacional de Vías Pecuarias digitalizada para diecisiete provincias), y la tradicional roturación ilegal de caminos o la actual vocación turística o deportiva demuestran su apropiabilidad y su valor económico.

El art. 2 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, *de minas* (LMi) en su art. 2, establece la demanialidad de «todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos existentes en el territorio nacional, mar territorial y plata-

---

(8) La jurisprudencia es tajante al señalar el carácter declarativo del deslinde del dominio público hidrológico, lo que tiene numerosas e importantes consecuencias en cuanto al ejercicio administrativo de potestades de intervención sobre el territorio: *vid.*, por todas, la reciente STS (sala 3ª) de 21 de mayo de 2018. A los efectos que interesan para este análisis, baste decir que esta doctrina afirma que el deslinde es un acto imprescindible, siquiera a efectos geográficos, para la constatación de la existencia y extensión del dominio fluvial y lacustre.

forma continental». La LMi pormenoriza este concepto, que incluye las rocas, aguas minerales y termales, estructuras subterráneas y yacimientos producto de operaciones mineras, carbones, minerales radiactivos, recursos geotérmicos, rocas bituminosas y cualesquiera otros yacimientos minerales o recursos geológicos de interés energético. La dificultad de localización de estos yacimientos y la necesidad de acometer costosas operaciones materiales para su extracción determina su régimen de protección y explotación, basado en el reconocimiento sucesivo de derechos exclusivos a quienes exploran e investigan los recursos. La unidad empleada por la Administración para la objetivación de los yacimientos es la cuadrícula minera, que según el art. 75 LMi, es un «volumen de profundidad indefinida cuya base superficial quede comprendida entre dos paralelos y dos meridianos, cuya separación sea de veinte segundos sexagesimales, que deberán coincidir con grados y minutos enteros y, en su caso, con un número de segundos que necesariamente habrá de ser veinte o cuarenta»: en su dimensión superficial, la cuadrícula mide unas 35 hectáreas (la extensión es variable y aumenta paulatinamente hacia el sur, dada la curvatura de la Tierra en nuestra latitud). En cuanto a su apropiabilidad, indubitado el aprovechamiento privativo, rige el sistema concesional —con la excepción de las rocas y aguas minerales, para las cuales opera un sistema fundiario o de accesión, al corresponder su aprovechamiento preferentemente al propietario de los terrenos superficiales sin perjuicio de la preceptiva autorización administrativa previa— (9).

El art. 5 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, *de Montes* (LMO) entiende por tal «todo terreno en el que vegetan especies forestales arbóreas, arbustivas, de matorral o herbáceas, que cumplan o puedan cumplir funciones ambientales, protectoras, productoras, culturales, paisajísticas o recreativas», incluyendo los terrenos yermos, roquedos y arenales, ciertos terrenos agrícolas abandonados y reforestados espontáneamente o destinados a serlo artificialmente, así como ciertos enclaves forestales en terrenos agrícolas. De los montes interesan, sobre todo, sus aprovechamientos, cifrados en el art. 6 de la LMO en madera y biomasa forestal, corcho, resina, pastos, caza, frutos, hongos,

---

(9) El debate doctrinal en torno a la titularidad de los recursos minerales sigue permanentemente abierto aunque escorado mayoritariamente hacia la demanialidad, con el apoyo determinante en los postulados taxativos de la LMi, ley posterior y especial respecto del Código civil, cuyo art. 339.2 dispone ambiguamente la demanialidad de las minas (entiéndase yacimientos) «mientras que no se otorgue su concesión» (no dejan de serlo tras otorgarse el título habilitante para su explotación) por pertenecer privativamente al Estado y no ser de uso común: *vid.* MOREU CARBONELL, E.: «Minas. Régimen jurídico de las actividades extractivas», Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 44-53. En el caso de las aguas minerales, la regla es la titularidad demanial pero con espacios marginales para la propiedad privada, como definiendo en BERMEO LATRE, J.L.: «La necesaria homogeneización de la taxonomía de la propiedad pública», en *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 175, 2016, pp. 345-362.

plantas aromáticas y medicinales, productos apícolas y los demás productos y servicios *con valor de mercado* característicos de los montes, que corresponden en régimen de propiedad al titular del monte donde se producen (art. 36 LMo) (10). La titularidad es pública únicamente del ca. 34% de los 27'7 millones de hectáreas de superficie forestal española según los datos manejados por la *Estrategia Forestal Española* de 1999, y de dicho porcentaje, solo los montes que hayan sido catalogados, los comunales y cualesquiera otros *afectados a un uso o servicio público* gozan de naturaleza demanial conforme al art. 12.1 LMo (11). Como se verá en el epígrafe siguiente, en función de cada tipo de uso o explotación de los recursos forestales en estos montes demaniales se requiere la obtención del oportuno título habilitante según lo dispuesto en el art. 15 LMo.

En lo tocante a la fauna y flora silvestres, sus ejemplares son *res nullius*. Los venatorios (recogidos en el RD 1095/1989, de 8 de septiembre, *por el que se declaran las especies objeto de caza y pesca y se establecen normas para su protección*, salvo declaración expresa de la Comunidad Autónoma) son apropiables por ocupación desde su muerte o captura, conforme a los arts. 610 del Código civil y 22 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, *de caza*. Fuera de esos casos, la intangibilidad legal de los ejemplares señalados en la LPNB y RD 139/2011, de 4 de febrero, *para el desarrollo del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial y del Catálogo Español de Especies Amenazadas* (que prohíben acciones tales como la persecución, perturbación, captura, retención, deterioro, muerte o destrucción, recolección, arranque y corta, posesión, transporte, tráfico o comercio, intercambio y oferta) equivale en la práctica a la demanialidad, siquiera formalmente no reconocida.

Por último, secundando la primera frase de la exposición de motivos de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, *de calidad del aire y protección de la atmósfera*, «la atmósfera es un bien común indispensable para la vida respecto del cual todas las personas tienen el derecho de su uso y disfrute y la obligación de su conservación». El aire atmosférico es un recurso natural inagotable e imposible de parcelar y, por lo tanto, de apropiar, de ahí que el objetivo y las

---

(10) La importancia de estos recursos —y su abrumadora extensión y variedad— es igual o mayor que la de los terrenos en sí mismos, como revela con profundidad y agudeza GARCÍA ASENSIO, J.M.: *Análisis jurídico de los aprovechamientos forestales*, Atelier, Barcelona, 2017, en particular pp. 220-487.

(11) En este último caso se impone el deslinde, el cual, una vez «aprobado y firme supone la delimitación del monte y declara con carácter definitivo su estado posesorio, a reserva de lo que pudiera resultar de un juicio declarativo de propiedad» (art. 21.6 LMo). La inconveniencia, inutilidad y hasta la «dudosa justicia» de la opción demanializadora de la Ley de 2003 fue destacada en su día por LÓPEZ RAMÓN, F.: «Crítica jurídica de la nueva Ley de Montes», en *Revista española de derecho administrativo* n° 121, 2004, pp. 19-21.

RECURSOS NATURALES (LPNB)	BIENES DEMANIALES (legislación sectorial)
luz solar/oscuridad nocturna	x
aire (viento)	x
agua (masas de agua continental, superficiales o subterráneas, costeras y de transición y restantes elementos integrantes del DPH)	aguas y riberas (masas de agua continental, superficiales o subterráneas, costeras y de transición y restantes elementos integrantes del DPH)
suelo (capa superior de la corteza terrestre), «tierra»	x
subsuelo	x
rocas, minerales, hidrocarburos recursos geotérmicos	x
ribera del mar y de las rías (y restantes elementos integrantes del DPMT)	ribera del mar y de las rías (y restantes elementos integrantes del DPMT)
fauna y flora (especies silvestres, en particular las amenazadas y, en todo caso, las no invasoras)	x
biodiversidad-recursos genéticos	x
«hábitats» – zonas terrestres o acuáticas diferenciadas por sus características geográficas, abióticas y bióticas	x
	vías pecuarias
montes, productos y subproductos forestales	montes públicos CMUP, montes de uso (y servicio) público
espectro radioeléctrico	espectro radioeléctrico
paisaje	x
factores climáticos	x
espacios naturales protegidos	x

**Fig. 1: Recursos naturales y bienes demaniales en su definición normativa: dos categorías interrelacionadas, pero no necesariamente intercambiables.**

técnicas regulatorias se cifren en evitar o minimizar la contaminación y mejorar la calidad del aire, sin pretender limitar su uso. La titularidad del aire es una nota tan irrelevante como lo es su valor comercial, más allá de experimentos artísticos como el del aire del año 2000 (certificado notarialmente) embotellado en vidrio a la venta por un precio unitario de 60.000 euros. Acaso el aire en

movimiento, (viento, «recurso eólico» en la Ley 9/2011, de 21 de marzo, por la que se crean el canon eólico y el Fondo para el Desarrollo Tecnológico de las Energías Renovables y el Uso Racional de la Energía en Castilla-La Mancha) tiene valor económico como fuente de energía renovable, pero las claves regulatorias tampoco se asientan sobre ese hecho, sino sobre la ubicación y potencia de las instalaciones de generación y la posición de los productores en el sistema de transporte eléctrico.

De todo lo dicho resulta que las categorías de bien demanial y recurso natural no son intercambiables, a pesar de sus identidades o solapamientos puntuales, que se visualizan en el cuadro arriba reflejado. La naturaleza no es necesariamente objeto de titularidad pública o común, aunque lo sea en muchos casos, acaso la mayor parte de ellos. Todos los bienes integrantes del llamado dominio público natural son recursos naturales, pero no todos los recursos naturales son bienes demaniales (además, cierto grado de artificialización no hace perder su condición a los recursos naturales). Los bienes ambientales pueden ser de titularidad privada o pública y, en este caso, de carácter demanial o patrimonial. El Derecho español reconoce la propiedad privada de ciertos recursos naturales (terrenos forestales privados, pozos de aguas privadas, cotos de caza, piezas venatorias...), aunque prima una general contemplación de los recursos naturales como objetos demaniales, siendo en realidad el demanio o un trasunto de la comunalidad o un pretexto para la extracomercialidad (12). Pero más que el uso público (general, universal), es la voluntad de los legisladores la que denota la calificación demanial de los recursos naturales, en un ejercicio autoritario de interpretación de la esencia económica y del rendimiento potencial de dichos recursos. En un estado de naturaleza prístino, las aguas continentales, la franja litoral, la fauna y los minerales serían propicias al aprovechamiento indiscriminado. Pero llega un punto ineludible en el proceso de desarrollo económico en el que la rivalidad en el aprovechamiento de esos recursos conduce a su escasez relativa, haciéndose necesaria la disposición de técnicas discriminatorias, de exclusión o jerarquización, de los potenciales usuarios. La clave de la regulación reside en señalar el punto de equilibrio entre la deseable conservación ambiental (equivalente a la restricción de la disponibilidad o reducción de la oferta de recursos naturales) y la necesaria explotación del medio natural (equivalente

---

(12) La razón de la demanialidad de estos recursos, sin rechazar su génesis política voluntarista, reside en la finitud de los recursos, su esencialidad para la vida social y la consecuente y necesaria preservación de la apropiación privada. Así lo entiende *vid.* UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, D.: «La adjudicación de derechos de uso de bienes demaniales», en el libro colectivo dirigido por ella misma y ARROYO JIMÉNEZ, L. titulado *La adjudicación administrativa de recursos escasos: ordenación sectorial y reconstrucción sistemática*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, en especial pp. 157 y ss.



al aumento de la demanda de dichos recursos), y no tanto en el etiquetado de los recursos naturales como «públicos» o «privados». En otras palabras, el objetivo de las respectivas regulaciones demanial y ambiental es la eficiencia de aquellos mercados en los cuales los factores de producción son los recursos naturales (13). Una regulación inteligente será aquella que propicie el uso, aprovechamiento o explotación óptimos de los bienes demaniales naturales sin exponerlos a deterioro, agotamiento o destrucción.

Así pues, lo más relevante para la disciplina de los recursos naturales demaniales son las técnicas de asignación de los usos (en clave económica, «la definición de derechos de propiedad»), técnicas que no dependen tanto de la concepción sociopolítica que se tenga de los bienes (traducidas en proclamaciones más o menos solemnes de las leyes) ni de su destino natural, como de sus condiciones intrínsecas de cara a su aplicación a procesos productivos (14). Tales condiciones serían la rivalidad (posibilidad de uso simultáneo por parte de múltiples usuarios) y la excluibilidad (posibilidad de identificación y veto a terceros); en suma, las posibilidades de limitar los usos y aprovechamientos en escala.

A continuación, hecha la determinación del concepto jurídico de demanio natural, se plantea el encaje del tradicional esquema normativo de los usos del dominio público natural arriba concretado a estas coordenadas, sobre la base de tres premisas: el carácter utópico o, cuando menos, relativo, del llamado uso público —común, general, universal, libre— determinante de la demanialidad; la rigidez e insuficiencia del esquema tripartito clásico de usos demaniales (general-especial-privativo); y la necesidad de graduar y perfilar los usos conforme a su grado de rivalidad y a las características propias de cada tipo de recurso natural, de cara a su adecuada regulación conforme a técnicas policiales y de mercado.

---

(13) Para una lectura económica de las dinámicas de explotación y conservación de la naturaleza, *vid.* HUERTA DE SOTO, J.: *Estudios de economía política*, Unión Editorial, Madrid, 2004, pp. 223 y ss.

(14) Con esta idea me refiero a la relatividad o contingencia del concepto de uso «típico», «esencial», «natural» o «propio», por cuanto los usos se van recreando y multiplicando dando lugar a la irrupción y consolidación de usos alternativos o impropios: por ejemplo, ESTEVE PARDO, J.: *Realidad y perspectivas de la ordenación jurídica de los montes: función ecológica y explotación racional*, Civitas, Madrid, 1995 evidenció en su día el cambio en la vocación dasocrática de la legislación forestal, y HERRÁIZ SERRANO, O.: *Régimen jurídico de las vías pecuarias: en defensa de la plurifuncionalidad ganadera, agrícola, ecológica, cultural y turística de estos bienes demaniales*, Comares, Granada, 2000, hizo lo propio con las vías pecuarias.

### III. EL DEMANIO NATURAL, ¿OBJETO DE USO COMÚN?

En términos generales, el art. 85 LPAP recoge categóricamente los tres tipos de usos posibles del dominio público: el común («que corresponde por igual y de forma indistinta a todos los ciudadanos, de modo que el uso por unos no impide el de los demás interesados»), el especial («el que implica un aprovechamiento especial del dominio público es el que, sin impedir el uso común, supone la concurrencia de circunstancias tales como la peligrosidad o intensidad del mismo, preferencia en casos de escasez, la obtención de una rentabilidad singular u otras semejantes, que determinan un exceso de utilización sobre el uso que corresponde a todos o un menoscabo de éste»), y el privativo («el que determina la ocupación de una porción del dominio público, de modo que se limita o excluye la utilización del mismo por otros interesados») (15). La tripartición es relevante por cuanto el art. 86 LPAP proyecta sobre ella los correspondientes títulos habilitantes, es decir, las técnicas de asignación de derechos de aprovechamiento (en términos estrictamente económicos y sin perjuicio de la titularidad pública, la definición de los derechos de propiedad). Es más, cabría decir que la clasificación de los bienes es tributaria, más que determinante, de la clasificación de los títulos habilitantes exigibles para los usos de los bienes.

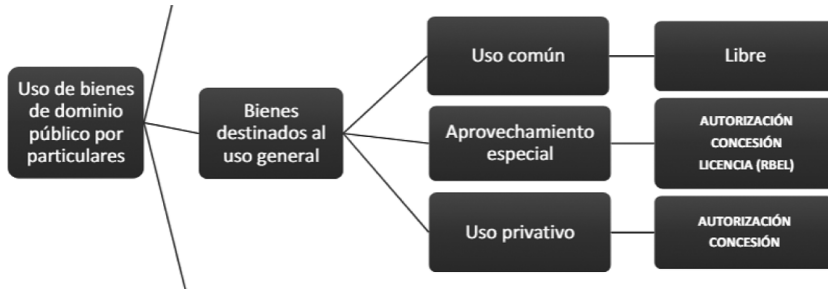
Esta definición normativa adolece de la ambigüedad propia de los conceptos jurídicos indeterminados. La apelación a la peligrosidad, intensidad, singularidad o semejanza, al «destino *principal* del dominio público» o al «exceso de utilización» (¿en tiempo o en espacio, o en ambos?) para deslindar el uso común del especial, en la medida en que despliega consecuencias respecto de la necesaria habilitación administrativa, es causa de inseguridad jurídica. Pero acaso la inseguridad es mayor porque influye en la atribución de la demanialidad a los bienes de titularidad pública afectos a uso general, conforme al art. 66.2.a) LPAP.

La legislación sectorial no mejora en gran medida esta situación de indeterminación, contrariamente a cuanto parece que debiera hacerlo: una lectura

---

(15) Estas categorías se encuentran también en el RBEL, si bien esta norma es de aplicación supletoria y rige solo para el ámbito del demanio local artificial «de uso público local». El art. 75 RBEL recoge cinco tipos de uso: común (el correspondiente por igual a todos los ciudadanos indistintamente, de modo que el uso de unos no impida el de los demás interesados), en el cual se distingue entre general (que se da cuando no concurren circunstancias singulares) y especial (que se da en circunstancias singulares por la peligrosidad, intensidad del uso o cualquiera otra semejante); privativo (el constituido por la ocupación de una porción del dominio público, de modo que limite o excluya la utilización por los demás interesados); normal (el que sea conforme con el destino principal del dominio público a que afecte), y anormal (el disconforme con dicho destino principal).

crítica de los preceptos que categorizan los usos posibles del demanio natural demuestra la necesidad de una revisión del esquema (16).



**Fig. 2: Usos de los bienes demaniales «de uso general» y sus títulos habilitantes, según UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO: solapamientos entre los usos especiales y los privativos.**

En primer lugar, el art. 50 TRLA cuenta entre los usos comunes «el uso de las aguas superficiales, mientras discurren por sus cauces naturales, para beber, bañarse y otros usos domésticos, así como para abreviar el ganado». En relación con el uso común especial, el art. 51.1 TRLA refiere «la navegación y flotación, el establecimiento de barcas de paso y sus embarcaderos y cualquier otro uso que no excluya la utilización del recurso por terceros». Esta enumeración rezuma un tono arcaizante poco compatible con los tiempos actuales y, sobre todo, difícilmente expresiva de las diferencias entre algunos de estos usos ya sea por su esencia o por las limitaciones burocráticas de perfil muy bajo (declaración responsable) a las que están sometidos. Parece que la captación de aguas naturales al margen de una red de abastecimiento podría ser calificada como marginal, cuando no peligrosa para la salud o para la calidad de las propias aguas, en el caso de que se realizara con el fin de lavar ropa, algo justamente proscrito por el art. 50.2 TRLA. En cuanto a los usos especiales, resulta difícil de justificar la ausencia de peligrosidad del aparentemente inocuo baño, a la vista de los datos del último «Informe Nacional de Ahogamientos» publicado por la Real Federación Española de Salvamento y Socorrismo, que arroja la cifra de 76 muertos en ríos y embalses españoles (carentes de vigilancia y socorrismo en un 90% de los casos), entre el 1 de enero y el 15 de julio de 2018. Con todo, es encomiable la precisión normativa en la definición de los usos, aunque ésta no se traduzca en una

(16) Vid. la recopilación de los tipos de usos demaniales, tal y como se reflejan en la legislación general y en la sectorial, en UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, D.: «La adjudicación de derechos de uso de bienes demaniales», *op. cit.* pp. 157-161 y 166-170.

relectura general de los títulos habilitantes exigidos para ellos (17). Existen, sin embargo, algunas experiencias concretas en que el uso común general del demanio hídrico se ha visto equiparado en la práctica a un uso especial, aplicándose técnicas policiales y de mercado para limitar justamente el acceso a la generalidad de los interesados, en aras de la preservación de la seguridad pública y de la calidad de las masas de agua (18).

En segundo lugar, para reconducir los usos del demanio litoral a la tripartición canónica de usos demaniales, es precisa una lectura conjunta de los preceptos dedicados a definir los usos y los que regulan los títulos habilitantes exigidos para cada uno de ellos. Así pues, el art. 31.1 LCo configura en términos de libertad, publicidad y gratuidad los usos «comunes y acordes con su naturaleza» del mar y su ribera, cifrados en «pasear, estar, bañarse, navegar, embarcar y desembarcar, varar, pescar, coger plantas y mariscos y otros actos semejantes que no requieran obras e instalaciones de ningún tipo y que se realicen de acuerdo con las leyes y reglamentos o normas aprobadas conforme a esta Ley». Aclara el art. 33 LCo que «las playas no serán de uso privado», sin perjuicio de las sometidas a reserva demanial conforme al art. 61.2 del RD 876/2014, de 10 de octubre, *por el que se aprueba el Reglamento General de Costas* (19). A partir de ahí, se consideran usos especiales (sometidos a

---

(17) La modificación del Reglamento del Dominio Público Hidráulico (RD 849/1986, de 11 de abril) operada por RD 670/2013, de 6 de septiembre, introdujo una exhaustiva clasificación de usos recreativos de las masas de agua y sus entornos, por cuanto en su art 49 bis f) menciona las «actividades de ocio que usan el agua en embalses, ríos y parajes naturales de un modo no consuntivo, como los deportes acuáticos en aguas tranquilas (piragüismo, vela, windsurf, remo, barcos de motor, esquí acuático, etc.) o bravas (piragüismo, rafting, etc.), el baño y la pesca deportiva; y las actividades de ocio relacionadas con el agua de un modo indirecto, utilizada como centro de atracción o punto de referencia para actividades afines, como acampadas, excursiones, ornitología, caza, senderismo y todas aquellas actividades turísticas o recreativas que se efectúan cerca de superficies y cursos de agua.

(18) Tal es el caso del llamado «salto de Bierge», un azud sobre el río Alcanadre (Huesca) sometido desde 2017 a varias de estas técnicas simultáneamente en virtud de la oportuna Ordenanza municipal, con el fin de evitar los problemas de masificación en el enclave: la prohibición total de algunas actividades (por ejemplo, el salto desde la presa de diez metros de altura), la limitación de su aforo a 250 personas (de las cuales un número máximo de 30 barranquistas) y el cobro de 2 euros por persona. Ello ha exigido el vallado del entorno, la disposición de instalaciones higiénicas y de control del acceso y el destacamento de personal de recaudación y seguridad. Hay que destacar que las condiciones estéticas naturales del enclave han empeorado notablemente debido, precisamente, a su acondicionamiento.

(19) Importa destacar que el embarque y desembarque y el varado suelen estar circunscritos en las playas más visitadas (sean urbanas o no), por seguridad de los bañistas, mediante balizados más o menos sofisticados; y que el marisqueo profesional no se considera un uso libre y gratuito, sino requerido de autorización administrativa conforme a la legislación autonómica correspondiente: *vid.* las Leyes 6/2013, de 7 de noviembre, *de pesca marítima, marisqueo y acuicultura en las Illes Balears*, 17/2003, de 10 de abril, *de Pesca de Canarias*, 11/2008, de 3 de diciembre, *de pesca de Galicia*, 2/2010, de 18 de febrero, *de pesca y*

autorización) las actividades en las que, aun sin requerir obras o instalaciones de ningún tipo, concurren circunstancias especiales de intensidad, peligrosidad o rentabilidad, así como la ocupación del dominio público marítimo-terrestre (solo la imprescindible, art. 32.1 LCo) con instalaciones desmontables (art. 51.2 LCo) o con bienes muebles (arts. 31.2 y 51.1 LCo) para, únicamente, la explotación de servicios de temporada en las playas (arts. 33.4 y 53.1 LCo), la celebración de eventos de interés general con repercusión turística en los tramos urbanos de las playas (art. 33.6 LCo), la realización de vertidos no prohibidos al mar y su ribera (por ejemplo, rellenos de playas: art. 56 LCo) y la extracción de áridos y dragados para la creación y regeneración de playas (art. 63 LCo). Los usos privativos (sometidos a concesión) serían, finalmente, las ocupaciones de los bienes de dominio público marítimo-terrestre estatal con obras o instalaciones no desmontables (art. 64 LCo).

En tercer lugar, la LVP categoriza la utilización de vías pecuarias de forma distinta con respecto a las descritas hasta ahora, distinguiendo solo entre usos compatibles (art. 16 LVP) y usos complementarios (art. 17) con la actividad pecuaria. Se consideran usos compatibles los «tradicionales de carácter agrícola que puedan ejercitarse en armonía con el tránsito ganadero» que no perjudiquen la preferencia de este último (también las plantaciones lineales, cortavientos u ornamentales que permitan el tránsito pecuario). Por su parte, los complementarios se cifran en el «paseo, la práctica del senderismo, la cabalgada y otras formas de desplazamiento deportivo sobre vehículos no motorizados siempre que respeten la prioridad del tránsito ganadero, y siempre que no comprometan «la protección de ecosistemas sensibles, masas forestales con alto riesgo de incendio, especies protegidas y prácticas deportivas tradicionales», en cuyo caso cabe establecer «restricciones temporales» (20). Paradójicamente, otros usos circulatorios de carácter no agrícola se consideran compatibles de manera excepcional, específica y solo en ausencia de ganado, amparándose en esta salvedad el tránsito con vehículos a motor «todo

---

*acción marítimas de Cataluña*, donde se prescriben los requisitos para la obtención, renovación, pérdida o suspensión de las habilitaciones para el ejercicio del marisqueo en función de las diferentes modalidades de realización de esta práctica.

(20) Cabe trazar aquí algún paralelismo con el dominio público viario interurbano artificial, por cuanto la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, *de carreteras* admite, junto al tránsito de vehículos como supuesto principal de aprovechamiento común general, otros usos compatibles: la instalación de rótulos de publicidad estática, el establecimiento de áreas de servicio, y otros usos especiales (estos ya categorizados en el art. 108 del RD 1812/1994, de 2 de septiembre, *por el que se aprueba el Reglamento General de Carreteras*: tránsito de transportes especiales por sus dimensiones y celebración de pruebas deportivas). Otra cuestión importante a considerar en este punto es la posibilidad legal de someter a peajes el uso de estas vías (no necesariamente las autopistas, *vid.* el art. 19 de la citada ley) como medio de financiación de la construcción y mantenimiento de las vías.

terreno», que resulta muy agresivo para el firme de las vías (no solo pecuarias, sino para cualquier camino rural) y la integridad de sus elementos culturales y paisajísticos (mojones, peirones, etc.). Estos usos pueden ser reconducidos al concepto genérico de «usos especiales» y su regulación admite distintas técnicas, más allá del mero sometimiento a títulos habilitantes: restricciones subjetivas (condiciones de los conductores), temporales (fechas y horarios), técnicas (condiciones de los vehículos) y de lugar (fijación de tramos transitables), y sometimiento a exacción pública en determinados casos (21). Sorprende, finalmente, que la propia LVP someta a autorización el tránsito de vehículos motorizados no agrícolas, pero prescriba un título habilitante menos exigente (declaración responsable) cuando dicha circulación esté vinculada a una actividad de servicios (por ejemplo, una competición organizada, con ánimo de lucro y gran afluencia de participantes).

En cuarto lugar, el art. 15 LMo comienza afirmando el carácter «público» de ciertos usos en el dominio público forestal (la letra legal es un tanto enigmática, porque faculta a la Administración gestora de los montes demaniales, y lo hace para «dar» dicho carácter). Estos usos «públicos» (comunes, generales, libres) han de reunir cuatro características: ser respetuosos con el medio natural, no lucrativos, respetuosos con los instrumentos de planificación y gestión aplicables, y compatibles con los aprovechamientos, autorizaciones o concesiones legalmente establecidos. Seguidamente, la ley recurre a las categorías generales —no en vano la LPAP y la LMo son coetáneas— para someter a autorización «aquellas actividades que, de acuerdo con la normativa autonómica, la requieran por su intensidad, peligrosidad o rentabilidad» y a concesión «todas aquellas actividades que impliquen una utilización privativa del dominio público forestal». Los usos del demanio forestal, por lo tanto, responden a la tripartición canónica y se distinguen por la tradicional graduación en la intensidad en el aprovechamiento del recurso. Sin embargo, y a la vista de la distinción entre el monte en sentido propio (terreno), sus aprovechamientos y sus usos; y reduciendo el concepto de demanio forestal a los montes públicos afectados a un uso público tras el oportuno reconocimiento administrativo (dejando aparte los montes catalogados y los comunales, natural y objetivamente destinados a explotación), el ámbito de los usos del demanio

---

(21) Estas prácticas están siendo reguladas a escala municipal con distinto grado de sofisticación, desde la primitiva *Ordenanza reguladora del tránsito de quads, motos de trial y enduro por el término municipal de Montoro* [Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba nº 230, de 14 de diciembre de 2007] hasta la más completa y minuciosa *Ordenanza insular reguladora del tránsito de quads, buggies, motor trial, enduro o cross y vehículos de naturaleza análoga en los espacios naturales protegidos y en las áreas incluidas en la Red Natura 2000 y en los senderos que discurran fuera de dichos ámbitos de la isla de Fuerteventura* [Boletín Oficial de la Provincia de las Palmas de Gran Canaria de 14 de marzo de 2018].

forestal resulta bastante restringido (22). Si a esta consideración superponemos las reflexiones recién apuntadas respecto de la utilización alternativa de las vías pecuarias, parece que la línea que separa el uso del monte más común y general imaginable (estancia, recreo, tránsito) y los usos especiales (y hasta los privativos temporales) puede ser bastante incierta.

Del examen de las legislaciones sectoriales resulta que los usos de los elementos integrantes del demanio natural son tan variados y multiformes como lo son dichos elementos, y que la tipología tripartita de los usos, proyectada sobre la realidad de cada recurso natural demanial, refleja un espectro de posibles usos mucho más amplio y complicado. A pesar de la aparente preferencia por la generalidad, indistinción o igualdad universal y gratuidad en el uso, la legislación permite y hasta favorece la apropiación privada parcial o total, temporal y espacialmente breve o extensa, de las utilidades económicas provistas por los recursos naturales demaniales, insertando en el tráfico jurídico unos bienes en principio eliminados del comercio por estar «naturalmente» destinados a un «uso público».

#### IV. EL USO COMÚN, ¿CATEGORÍA PARADIGMÁTICA?

Partiendo de la asunción de que los bienes del demanio natural son tales por ser objeto de uso público, y que el uso público por antonomasia es el general, frente a la subsidiariedad del especial y el privativo, el uso normal del demanio natural sería el uso común. Pero las rígidas categorías legales tradicionales son más que las tres indicadas, ya que es posible distinguir, normativa en mano, entre usos normales y anormales, propios e impropios, naturales y alternativos, principales y complementarios, consuntivos y no consuntivos, compatibles e incompatibles (23). Además, las categorías legales son más flexibles o móviles de cuanto parece, ya que hay muchos supuestos que se ubican en las transiciones entre las tres categorías (común-especial-privativo), o que se cruzan con otras (normal-anormal) (24). Por otra parte, recurriendo a categorías económicas, es posible calificar los usos como rivales y no rivales, excluyentes y no excluyentes, lo que determina la naturaleza real, si no jurídica, de los bienes: en estos términos, el uso común sería un uso no rival, mientras

---

(22) Vid. GARCÍA ASENSIO, J.M.: *Análisis jurídico de los aprovechamientos forestales*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 110 ss.

(23) Subrayan la importancia de la distinción entre uso normal y anormal PARADA VÁZQUEZ, J.R.; LORA-TAMAYO VALVÉ, M.: *Derecho Administrativo III: Bienes públicos. Derecho Urbanístico*, OPEN ediciones universitarias, 2016, p. 81.

(24) El art. 77.1 RBEL alude al «uso común especial normal» de los bienes de dominio público para sujetarlos a licencia, mientras que el art. 78 equipara el uso privativo y el anormal de cara a sujetarlos a concesión administrativa.

que el especial y el privativo serían, además de usos rivales, usos excluyentes con distinto grado (menor en el especial). En definitiva, ha de ser la apreciación en cada caso concreto de todas estas categorías, su proyección sobre los supuestos específicos, la determinante del tipo de uso y de la aplicación de técnicas regulatorias más adecuadas (25).

Además, la compatibilidad entre los usos común y especial es relativa, pudiéndose dar únicamente respecto a algunos de los usos que se integran como posibles del uso común general: un aprovechamiento especial puntual es compatible con el uso simultáneo realizado por otros interesados solo en abstracto, pero no en el lugar y en el momento en que se realiza (por ejemplo, una concentración de motoristas en una vía pecuaria, frente a ciclistas o senderistas individuales) (26). A la postre, lo que diferencia formalmente un uso común de uno especial es la necesidad de un título habilitante —autorización, declaración responsable— para realizar el segundo. La normativa establece las condiciones exigibles para obtener dicha autorización, condiciones que, *sensu contrario*, determinan el concepto de uso o aprovechamiento especial: así pues, la calificación de los tipos de uso depende del título exigido en la normativa para su habilitación, autorización para el uso especial común por no excluir el uso de los demás, pero singularizado por concurrir circunstancias especiales (27).

Con respecto a la peligrosidad para la seguridad de los usuarios, ésta debe ser apreciada tanto en función de las características del bien en sí mismo considerado como en función del uso pretendido. Por ejemplo, en el ámbito de las aguas se califican como usos especiales la navegación y flotación y cualquier otro uso no rival distinto del común, sin distinguirse entre la navegación de particulares o la practicada en el marco de clubes deportivos, la espontánea o la auspiciada por empresas dedicadas a actividades recreativas en ríos, lagos o embalses, con una o varias embarcaciones (remo, vela, motor), las actividades de ocio realizadas en aguas superficiales o la celebración de

---

(25) *Vid.*, por ejemplo, la calificación como aprovechamiento especial del tránsito por caminos municipales para el transporte de áridos: «el transporte de áridos por caminos públicos municipales supone un uso de los mismos que excede del uso general y determina a la par que una restricción de éste último, la obtención de una utilidad o ventaja que justifica la imposición de una tasa» (STS de 15 de septiembre de 2011).

(26) GONZALEZ Ríos, I.: *El dominio público municipal, régimen de utilización por los particulares y compañías prestadoras de servicios*, Comares, Granada, 2001, p. 20, ofrece un ejemplo: el derecho de acceso a los colindantes de vías públicas mediante derecho de vado se suele calificar como uso común especial y, si bien solo limita en parte el tránsito peatonal por la acera, excluye de forma total otro uso común, que puede ser general o especial cuando está sometido a regulación horaria (el aparcamiento de vehículos).

(27) *Vid.* FERNÁNDEZ ACEVEDO, R.: *Las concesiones administrativas de dominio público*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2012, p. 128.



pruebas deportivas u otras actividades de navegación de carácter lúdico y esporádico (art 51.1 TRLA).

En cuanto a la intensidad del uso, ésta se manifiesta en un plano sustancial, que alude a la integridad o calidad del bien y suele corresponderse con la realización de obras e instalaciones que implican la transformación del bien (28). Pero este plano se superpone con el temporal, que difiere según la normativa aplicable: el art. 92 LPAP establece el plazo máximo de cuatro años para diferenciar el aprovechamiento especial del privativo, que son cinco años en el TRLA, treinta en la LCo, diez en la LVP.

En tercer lugar, el uso de un bien de dominio público deja de ser general para pasar a especial cuando a través de su práctica continuada se obtiene una rentabilidad «singular», cuando el bien se convierte en un medio productivo, en fuente de ingresos, de forma profesional o empresarial. La determinación del momento a partir del cual la rentabilidad es «singular» exige un cálculo y una previa valoración tanto del bien demanial como del resultado de la explotación.

Mientras la calificación de un uso como común o privativo puede llegar a establecerse con cierta claridad (solo casuísticamente, y no sin dificultades) gracias a la polaridad de ambos conceptos, la determinación de los usos especiales exige mayores esfuerzos. Los criterios normativos determinantes de la especialidad de los usos (peligrosidad-intensidad-rentabilidad singular) son conceptos jurídicos indeterminados que requieren de una motivación concreta y puntual, la cual puede ser tan evolutiva y cambiante como lo son las capacidades técnicas y las demandas sociales. Solo la ausencia de obras e instalaciones es un elemento reglado suficiente para distinguir entre los tipos de uso común y los restantes, y solo el carácter desmontable de las obras e instalaciones permite distinguir —cuando se cruza con la variable temporal— el uso privativo de los otros dos. El régimen jurídico de los títulos habilitantes administrativos es tan ambiguo como lo son los mismos criterios que sirven para distinguir el uso especial y el privativo de cada bien demanial según su legislación sectorial aplicable. Es precisa, por lo tanto, una concreción de nivel inferior al legal pero superior al meramente decisorio en estas cuestiones, en aras de la seguridad jurídica.

En definitiva, y sin perjuicio de la preeminencia de los principios de igualdad, generalidad y libertad que caracterizan a la gestión y el uso de los bienes públicos, y de la preferencia legal del uso común en situaciones de escasez del recurso, resulta aconsejable un tanto de regulación y/o intervención

---

(28) Así, conforme al art. 86.2 LPAP, el aprovechamiento de los bienes de dominio público se califica como especial y se sujeta a autorización cuando la ocupación se efectúe únicamente con instalaciones desmontables o bienes muebles y la duración del aprovechamiento o uso no excede de cuatro años, pero el mismo uso se califica como privativo y se sujeta a concesión cuando la duración supere ese plazo. El art. 51.2 LCo concreta y ejemplifica el concepto de instalaciones desmontables.

administrativa, necesaria para garantizar la utilización racional de los recursos naturales y la protección y sostenibilidad de los mismos (29).

## V. EL USO COMÚN, ¿LIBRE Y GRATUITO?

Como se ha visto, existe cierta movilidad entre las categorías de los usos demaniales, del general al especial y del especial al privativo. Ello implica, en lo que ahora interesa, que el uso general puede convertirse en especial de manera puntual (espacial y temporalmente), en virtud de circunstancias tales como la masificación de un enclave natural, la aparición de riesgos de deterioro físico o químico o la dedicación a usos difícilmente compatibles con el uso primario o principal, esencial o natural, o simplemente, con el uso tradicional o habitual hasta un momento dado.

La protección de los recursos y/o de los usuarios exige, entonces, un cierto grado de intervención administrativa, ya sea de la Administración titular o gestora del demanio o de la que ostente competencias en materia territorial, ambiental o de protección civil. Ante el aumento de la peligrosidad, intensidad o rentabilidad de ciertos usos y de ciertos bienes, surge la necesidad de lograr un equilibrio entre la libertad y gratuidad propias del uso común general del demanio natural y la restricción y, en su caso gravamen económico, del uso puntualmente especial o hasta privativo.

Esta intervención puede ser llevada a cabo, fundamentalmente, por medio de tres técnicas policiales de tipo preventivo cuya adopción y articulación debe estar presidida por los principios de legalidad (las medidas deben figurar en instrumentos normativos, elaborados y aprobados con todas las garantías legales), proporcionalidad (se deben priorizar en escala las medidas menos restrictivas o gravosas para la libertad personal) y no discriminación (potenciando la igualdad efectiva de ciertos colectivos de los usuarios, por ejemplo, personas mayores o discapacitadas) (30).

---

(29) «Cuando no exista ninguna razón para privar a la colectividad del disfrute del dominio público sin recibir contraprestación alguna, la Administración no debe optar por los usos especiales ni privativos, sino mantener el destino común de dichas dependencias. Lo que debe de buscar la Administración no es tanto la necesidad de otorgar una titularidad común a través de sus normas jurídicas sino asegurar el uso ordenado de los bienes demaniales y, con más motivo si se trata de recursos naturales limitados. Aunque la calificación como uso común implique el disfrute igualitario de todos los ciudadanos en función de sus propias necesidades, no impide que el Estado establezca una regulación para que no se pueda perturbar el uso que realicen otros»: *vid.* FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.A.: *La rentabilización del dominio público en tiempos de crisis: ¿nuevas tendencias coyunturales o definitivas?*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 197.

(30) Sin que la *Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social* (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre) ofrezca un claro amparo normativo a este tipo de medidas, existen numerosas

Cabe ordenar las tres técnicas de menor a mayor grado de afectación a la libertad personal: en primer lugar, la imposición de condiciones para la realización de los usos libres (modalización) (31). En segundo lugar, el establecimiento de limitaciones al acceso en cuanto al número de usuarios (aforos o cupos máximos fijados en función de la «capacidad de carga» del espacio) y/o el tiempo de permanencia. En tercer lugar, la exigencia de títulos habilitantes para la realización de estos usos puntualmente especiales (32). Existen supuestos en los que se combinan estas técnicas o se implantan de manera progresiva, y huelga decir que su efectividad exige la vigencia del oportuno régimen sancionador (basado en multas y prohibiciones de acceso ulterior) y garantizador de la integridad del recurso natural afectado (33).

Estas técnicas, inicialmente concebidas para su aplicación en espacios naturales protegidos, están siendo ensayadas en enclaves de naturaleza demanial afectados por una protección «blanda» derivada de valores no estrictamente ecológicos sino más bien estéticos, culturales o simplemente turísticos (34).

---

experiencias en este sentido, y hasta un «Manual de Buenas Prácticas sobre Accesibilidad en Espacios Naturales de Andalucía» (2016) que recoge los criterios mínimos necesarios para que una instalación sea considerada accesible, así como soluciones prácticas y sencillas para su adaptación y mejora.

(31) *Vid.*, por ejemplo, el proyecto de Orden por el que se regula la fotografía y filmación de especies protegidas de flora y fauna silvestre en Extremadura, que además de someter a la oportuna autorización el desarrollo de estas actividades, establecer las condiciones y requisitos a las que habrá de ajustarse la práctica de las mismas en todo el territorio autonómico.

(32) Por ejemplo, una declaración responsable, frente a las autorizaciones y concesiones demaniales propias de los usos especiales y privativos respectivamente; si bien las limitaciones al acceso pueden equivaler a una autorización «velada» o informal. En cuanto a las técnicas concreta de «administración de la escasez», UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, D.: «La adjudicación de derechos de uso de bienes demaniales», *op. cit.*, pp. 180-184 identifica cuatro posibles sistemas: licitación, sorteo, reparto proporcional y adjudicación directa.

(33) Tal es el caso de las navieras recientemente sancionadas con una multa de 930.000 euros por el transporte de turistas a las Islas Cíes por encima de los umbrales máximos de visitantes fijados en el Plan rector de uso y gestión del Parque Nacional marítimo-terrestre de las Islas Atlánticas de Galicia (entre 1.600 y 2.000 personas al día). En los últimos años las Islas Cíes han recibido aproximadamente unos 145.000 visitantes anuales, traídos por un servicio regular de transporte de pasajeros que funciona en períodos vacacionales.

(34) Así sucede en la Playa de las Catedrales (Ribadeo, Lugo), donde los desprendimientos de rocas han llegado a provocar la muerte de un visitante en 2017: la masificación de turistas conlleva un aumento de la probabilidad de accidentes en un lugar ya de por sí peligroso. Los permisos suelen ser gratuitos, pero se exige su obtención previa reserva previa hasta agotar el cupo máximo establecido. Importa destacar que tanto la regulación de los accesos como su control competen a la Administración autonómica y no a la estatal titular del recurso, en virtud de la calificación de la playa como espacio protegido, aun de baja intensidad: *vid.* el Decreto 80/2015, de 11 de junio, *por el que se aprueba el Plan de conservación del monumento natural de la Playa de las Catedrales*. Otro ejemplo de elemento del demanio litoral de acceso limitado es el promontorio de San Juan de Gaztelugatxe (Vizcaya),

Hasta la fecha, la práctica totalidad de las experiencias de una intervención administrativa sobre el uso común general tenían por objeto las playas litorales, por protagonista a los Ayuntamientos (titulares de potestades pero no del dominio) y, como fundamento, la habilitación del Título XI de la LRRL para la protección de la convivencia mediante la adopción de «ordenanzas cívicas» (para otros, «ordenanzas mordaza») (35). Recientemente, la regulación ha alcanzado a las masas de aguas continentales y a bosques (36).

Las limitaciones al acceso (de personas y/o de vehículos) suelen regir solo durante ciertos períodos vacacionales y se justifican por la necesaria descongestión de los lugares, en garantía de la calidad de la visita y de la prevención de los riesgos para la seguridad de los visitantes. Sin embargo, las técnicas policiales vienen mostrando hace tiempo sus dificultades y carencias en el campo de la tutela ambiental, dejando aparte la cuestión de que la limitación y represión de usos y actividades sobre un demanio que es natural

---

que ha experimentado un aumentado exponencial de visitas a raíz de la filmación de la mundialmente popular serie «Juego de tronos». En el ámbito fluvial, un ejemplo ilustrativo puede ser la prohibición del baño en las pozas naturales de La Pedriza (Manzanares El Real) y la limitación del acceso a un máximo de 270 coches diarios, adoptadas por la autoridad del Parque Nacional de la Sierra de Guadarrama al objeto de mitigar el impacto de una cifra de visitantes veraniegos que triplican el censo del citado municipio.

(35) Hay una treintena de ordenanzas municipales en España que regulan de manera dispar la utilización de las playas, proscribiendo conductas tales como la evacuación fisiológica en el mar (deposición, micción), dormir sobre la arena, llevar animales domésticos, usar jabón en las duchas públicas o utilizar aparatos de música o radio sin auriculares, vender y consumir alcohol, portar recipientes de vidrio, abandonar residuos, desatender el color de las banderas, cocinar y usar bombonas de gas, plantar la sombrilla antes de las 8 de la mañana para reservar emplazamiento, jugar a las palas, etc. Más problemática resulta la prohibición del nudismo en las playas establecida en ordenanzas municipales, a pesar de haber sido avalada por la jurisprudencia (SsTS de 11 de mayo de 2016 —ordenanza de Cádiz de 2009—), ya que el juez europeo de los derechos fundamentales vincula dicha práctica a la libertad de expresión (STEDH de 28 de octubre de 2014, *Gough vs. Reino Unido*): vid. BADULES IGLESIAS, D.: «Deje que vaya desnudo. Regulación de las prácticas nudistas por los entes locales españoles», en *Cuadernos de Derecho Local*, nº 45, octubre 2017, pp. 196-238. La regulación de las playas se ha visto acompañada.

(36) Vid. la reciente Ordenanza municipal reguladora de las zonas de baño del término municipal de San Martín de Valdeiglesias de 29 de enero de 2018, centrada en dos áreas recreativas (Virgen de la Nueva y El Muro) del embalse de San Juan, donde se había hecho necesario armonizar el baño con la práctica de deportes acuáticos de motor para un público puntual de tres mil personas. La norma establece el balizado de las zonas, las distancias de seguridad, las velocidades máximas de navegación y la dotación de servicios de limpieza y saneamiento, vigilancia y socorrismo, además de una ordenación de las zonas de aparcamiento de vehículos. En cuanto a los espacios forestales, el ejemplo se toma del cierre del acceso de vehículos al monte catalogado de utilidad pública «Pinar de la Barranca» —de titularidad del Ayuntamiento de Navacerrada— en época estival, o el cobro de cinco euros diarios por el uso del aparcamiento en el paraje las Presillas de Rascafría, ambos ubicados en el ámbito del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares.

por esencia pero social por destino, puede provocar un rechazo generalizado entre la población (37).

Por ello, como complemento a estas técnicas propias de la burocracia formal, con las mismas finalidades de control y disuasión pero ampliadas a otras retributivas y compensatorias, cabe adoptar técnicas de mercado, fundamentalmente, el llamado «pago por uso». Aunque la fiscalidad ambiental indirecta está bastante extendida entre nosotros, las exacciones directas por el uso especialmente intensivo o singularmente rentable realizado sobre determinados enclaves del demanio natural son un fenómeno poco frecuente, a pesar de la existencia de referentes tales como el canon por la ocupación de una porción de bien demanial o la tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público (38).

El «pago por uso» puede consistir en la aplicación de tarifas por unidades de uso, o en la imposición de cantidades fijas a tanto alzado, necesariamente referenciadas al valor hipotético de mercado del aprovechamiento realizado si éste fuese provisto por el mercado, y potestativamente atendiendo a criterios genéricos de capacidad económica de los usuarios. La tasa debe completarse con el reintegro del coste total de los gastos de reconstrucción o reparación cuando la utilización conlleve la destrucción o deterioro del dominio público local (39). Así pues, cabe imaginar un sistema recaudatorio diseñado y operado a la medida del lugar y/o del momento en el que se realice el uso que

---

(37) DE KLEMM, C.; SHINE, C.: *Biological diversity conservation and the law. Legal mechanisms for conserving species and ecosystems*, Gland, IUCN, XIX, 1993 (citado por LÓPEZ RAMÓN, F.: *Política ecológica y pluralismo territorial*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 269): «los métodos coercitivos serán en general insuficientes para preservar los medios naturales».

(38) El principio de legalidad tributaria exige que su implantación sea fruto de la oportuna regulación, y que el importe fijado de acuerdo con las reglas del art. 19 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de *Tasas y Precios públicos* (reglas que están, por cierto, mejor perfiladas en el ámbito local, donde el art. 20 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales* somete a tasa varios supuestos entre los que destaca, a nuestros efectos, el disfrute de aguas *que no consistan en el uso común de las públicas*, la ocupación de terrenos de uso público con ciertas instalaciones y elementos con finalidad lucrativa para la venta, el recreo o el rodaje cinematográfico, entre otras actividades).

(39) Distinta y muy discutible es la cuestión de su adecuada tarificación: *vid.*, por ejemplo, la vieja Orden de 30 de octubre de 1992 *por la que se determina la cuantía del canon de ocupación y aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre*, conforme a la cual la ocupación de terrenos integrantes del demanio litoral se sujeta a un pago anual del 8% del valor del terreno ocupado (el mayor de tres: catastral, fiscal y de adquisición de los terrenos contiguos con aprovechamiento similar, incrementado con el importe medio estimado de los beneficios netos anuales previsible por el uso, nunca inferior al 20% del importe de la inversión a realizar por el ocupante), y la del mar territorial por obras e instalaciones destinadas a la investigación o explotación de recursos mineros y energéticos, a una cuota de 0'01 euro/m<sup>2</sup> de superficie marina ocupada).

habitualmente es libre pero que puntualmente puede ser tenido por especial (normalmente, la adquisición de tiques). La cuantificación de las exacciones debe responder a criterios contables, integrando los costes de conservación (recogida de residuos y dotación de equipamientos sanitarios) pero también los que entraña la maximización del valor social de los recursos naturales afectados (señalización y acondicionamiento de accesos, disposición y gestión de zonas de aparcamiento, definición de vías de evacuación y puntos de encuentro, promoción turística).

Estas medidas de valorización del demanio natural exigen la previa valoración de sus elementos integrantes. Un cálculo lo más ajustado posible del valor económico de los recursos naturales es el presupuesto imprescindible para un diseño inteligente de las medidas de conservación y de las acciones de restauración. A tal efecto, desde la disciplina de la economía ambiental se han diseñado métodos para el análisis del coste de la conservación de espacios naturales protegidos (40). Paulatinamente, estos métodos han ido integrando en la matriz de costes elementos adicionales a los de mera policía administrativa (restauración o mejora de hábitats y especies, cooperación con propietarios locales y compra de tierras y derechos, desarrollo de programas de investigación, divulgación, educación y promoción, sistemas de gestión de visitantes...) (41). Asimismo, el propósito de los métodos ha ido ampliándose a la consideración no solo del coste, sino también de un hipotético «precio de mercado» basado en el valor de uso recreativo de los espacios naturales protegidos (42).

---

(40) Sin dejar de mencionar al principal exponente de esta corriente científica en España (AZQUETA, D.: *Valoración económica de la calidad ambiental*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1994), la primera aplicación de estos métodos fue obra de PÉREZ-PÉREZ, L., MOLIN, J.R., FERNÁNDEZ DE TEJADA, A., ABAD, T.: «Una estimación de los costes directos de la conservación de espacios protegidos en España», en *Actas del IV Congreso Nacional de Medio Ambiente*, Madrid, 1998, pp. 25-40. A partir de entonces, la valoración de estos espacios es un *Leitmotiv* en las políticas conservacionistas (VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, M.X., PRADA BLANCO, A., SOLIÑO MILLÁN, M.: «El papel de la valoración económica en la gestión pública de las áreas naturales protegidas», en *Revista Administración e Ciudadanía*, nº 1, 2006, p. 71-96).

(41) Vid. el ilustrativo estudio de MORENO, V.; PICAZO, I.; VÁZQUEZ-DODERO, I.; HIDALGO, R. (coords.): *Valoración de los costes de conservación de la Red Natura 2000 en España*, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, 2013, que revela cómo la gestión de los espacios de la Red Natura 2000 ascendió en 2007 a ca. 69 euros por hectárea (p. 165), curiosamente, la misma cifra estimada del lucro cesante derivado de la imposición de limitaciones a los usos o aprovechamientos de terrenos enclavados (p. 338), en tanto que el valor conjunto de la Red significó un incremento en el PIB nacional de entre 1.000 y 2.700 millones de euros anuales (entre el 0,1 y el 0,26% del PIB nacional, según los factores considerados, p. 393).

(42) Vid., por ejemplo, GARCÍA DE LA FUENTE, L.; COLINA VUEITA, A.: «Métodos directos e indirectos en la valoración económica de bienes ambientales. Aplicación al valor de uso recreativo del Parque Natural de Somiedo», en *Revista Estudios de Economía Aplicada*, nº 22-3, 2004, pp. 811-838.

Los métodos de valoración económica de los espacios naturales pueden ser directos (por ejemplo, el método «contingente», en el que se inquiriere a personas concretas acerca de su disposición al pago por acceder a dichos lugares) e indirectos (por ejemplo, el método del «coste del viaje», en virtud del cual se valora el sitio en función de lo abonado por sus usuarios en concepto de desplazamiento y alojamiento para acceder al mismo; o el de los «precios hedónicos», que indaga sobre el peso de la variable ambiental como factor incluido en el precio que los usuarios están dispuestos a pagar por acceder a un determinado espacio). Se trata de métodos basados en la consideración subjetiva de los usuarios o visitantes, de modo que son especialmente adecuados al propósito de la determinación de las eventuales exacciones por uso.

A este valor subjetivo, que monetiza sobre todo las utilidades turísticas o recreativas de los recursos naturales, cabe añadir otros valores objetivos de reciente formulación. En efecto, la penetración de la lógica del mercado en el campo de las políticas ambientales está abriendo nuevas vías para la generación de valor económico a partir de bienes como los estudiados aquí, cuyo destino y características los hacen insusceptibles de explotación industrial o comercial, en la medida en que ésta implica su transformación y acaso destrucción (43).

La titulación del valor ambiental de ciertos recursos naturales (en principio simplemente «terrenos», según la configuración de los «bancos de conservación de la naturaleza» en la disposición adicional octava de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, *de evaluación ambiental*) para su puesta en una especie de mercado de créditos compensatorios de los daños al medio ambiente apunta en este sentido. El demanio natural podría ser contemplado como un capital en la medida en que sus usos sean compatibles con los valores naturales que lo caracterizan. En otras palabras, mientras el demanio natural cumpla su función legalmente prescrita, podría servir de respaldo de los créditos de conservación regulados en la ley de evaluación ambiental (44). El demanio natural

---

(43) La posibilidad de desmaterializar y segregar el valor financiero (titular) de los bienes demaniales no es un fenómeno nuevo: las concesiones administrativas que afecten o recaigan sobre bienes inmuebles constituyen el apalancamiento necesario para el acceso del concesionario al crédito; igualmente, las autorizaciones y concesiones son objeto del tráfico entre operadores «en los términos previstos en el acuerdo de otorgamiento de la concesión y, en todo caso, con autorización administrativa» (art. 92.7.i) LPAP, con notables excepciones (art. 70.2 LCo) pero con una aplicación sectorial bastante intensa: *vid.* la figura de la «cesión de derechos al uso privativo de las aguas» (arts. 67-72 TRLA) o, con un mayor grado de protagonismo de la Administración, la previsión de constitución de «bancos públicos de agua» (art. 46 de la Ley 9/2010, de 30 de julio, *de Aguas de Andalucía*).

(44) La implantación de estos mercados de títulos-valores ambientales se halla pendiente del necesario desarrollo reglamentario, existiendo un borrador de reglamento y algunos programas piloto. La doctrina ha mostrado sus suspicacias sobre estos mecanismos: *vid.* GARCÍA

pasaría a contar con un valor financiero objetivo que, una vez evidenciado y contabilizado, debería ser considerado en la gestión de los concretos recursos.

En la misma línea se mueve la figura del «Pago por Servicios Ambientales» (PSA), basada en la apreciación de las utilidades que prestan determinados recursos naturales y la contractualización de las mismas entre sus titulares o gestores y sus beneficiarios. La idea central del PSA es que los recursos naturales generan servicios ambientales y sus beneficiarios externos pagan de manera voluntaria, directa, contractual y condicionada, a propietarios y trabajadores locales por adoptar prácticas que aseguren la conservación y restauración de dichos recursos y ecosistemas (45). Aunque este sistema está pensado para articular relaciones entre particulares o, como mucho, entre una Administración «compradora» y un particular «proveedor» (así, por ejemplo, en los «contratos territoriales» previstos en la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, *para el desarrollo sostenible del medio rural* y regulados en el RD 1336/2011, de 3 de octubre), no es descartable la posibilidad de que una Administración titular de bienes demaniales pueda constituirse en «proveedora» de externalidades ambientales positivas o ser contemplada como tal.

En cualquier caso, lo interesante a nuestros efectos es revelar la preocupación institucional por descubrir las fórmulas que permitan detectar, cuantificar y maximizar las utilidades y valores, en definitiva económicos, que presta el medio natural (46). Aunque de manera trabajosa, hoy es posible obtener de

URETA, A.M.: «Protección de la biodiversidad, mercados, compensación por daños y bancos de conservación», en *Revista de Administración Pública*, nº 198, 2015, pp. 323-324; y DE GUERRERO MANSO, C.: «Claves para una adecuada implantación de los bancos de conservación de la biodiversidad en España», en *Monografías de esta REVISTA 16, 2016 (Instrumentos territoriales para la protección de la biodiversidad)*, pp. 85-114, que propone que la compra de créditos ambientales sea una fórmula subsidiaria, proporcional, voluntaria y complementaria de otras medidas compensatorias.

(45) WUNDER, D.: «Pagos por servicios ambientales: Principios básicos esenciales», *CIFOR Occasional Paper* nº 42 (s), 2005; y, entre nosotros, RODRIGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B.: «Pago por Servicios Ambientales (PSA) en el Derecho Europeo y en el Derecho interno español. Apuntes sobre su situación actual y perspectivas», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* nº 24, 2013, pp. 81-128. En la experiencia española, el PSA está expresamente previsto en los arts. 4 y 65 LMO, conforme al cual los servicios ambientales de los montes (las «externalidades ambientales positivas de los montes ordenados» serían la conservación, restauración y mejora de la biodiversidad y del paisaje, la fijación de CO<sub>2</sub> y consecuente mitigación del cambio climático, la conservación de los suelos y del régimen hidrológico y consecuente lucha contra la desertificación, la mejora de la calidad del aire y la disminución de ruidos. De manera menos evidente, también se contempla en los arts. 3.17 y 77 LPNB, relativos a la creación de externalidades positivas en el ámbito de los espacios protegidos.

(46) Llevando esta idea a un extremo, y como ejemplo de la viabilidad de calcular el valor de un recurso natural (por cierto, de carácter «muebles» y no precisamente de naturaleza demanial), cabe citar la indemnización de 42.920 euros impuesta a Iberdrola por la electrocución de un ejemplar de águila imperial ibérica (especie en peligro de extinción) y su



manera empírica una estimación del valor ecológico, sociocultural y hasta industrial y comercial de cualesquiera enclaves como los elementos del demanio natural aquí estudiados (tramos de cauces públicos, playas, caminos...), con el fin de repercutir sobre sus usuarios los costes de mantenimiento y gestión del mismo y, en definitiva, favorecer su valorización.

## VI. CONCLUSIONES

Tanto si consideramos el medio natural como objeto de derechos de propiedad pública (aunque solo lo es parcialmente, en términos cuantitativos) como si lo contemplamos como ámbito material para el ejercicio de potestades, el ordenamiento jurídico legitima la intervención administrativa sobre sus usos con un nutrido elenco de instrumentos y en una amplia escala de intensidades. De hecho, la protección ambiental se despliega con mayor eficacia, incluso sobre los bienes del llamado demanio natural, a través del recurso a técnicas distintas de las que asisten a los titulares del dominio en el marco del Derecho de la propiedad.

El valor ecológico, económico y social de los bienes, por supuesto también de los ambientales, está directamente correlacionado con la escasez de los mismos. En nuestro marco constitucional, el uso y explotación de los recursos naturales debe ser racional y sostenible, de modo que se preserve la cantidad y calidad óptimas de unos recursos que son, por esencia, finitos y frágiles. Así pues, corresponde a la Administración pública, en su faceta dual de titular y responsable de la protección y valorización —puesta en valor— del medio natural, asegurar una cierta escasez de recursos naturales.

Los poderes públicos pueden y hasta deben proteger el medio natural abierto frente a la realización de actividades que aparentemente son inocuas y amparadas por el marbete de uso común general, pero que pueden constituir *de facto* usos especiales y anormales. La delimitación entre usos generales y especiales, normales y anormales, dista mucho de ser estática tanto en el espacio como en el tiempo. La misma actividad realizada en el mismo sitio pero en distintos momentos, o la misma actividad realizada por un número elevado de sujetos, puede ser calificada como uso común general —libre, por lo tanto, de intervención administrativa— o especial —sometido, entonces, a

---

consecuente discapacidad para volar, que no para reproducirse. La medida es adicional e independiente de la sanción de 100.001 euros por una infracción omisiva negligente conforme a las leyes 26/2007, de 23 de octubre, de *Responsabilidad Medioambiental* y 9/1999, de 26 de mayo, de *Conservación de la Naturaleza de Castilla-La Mancha*, al no cumplir con el requerimiento de corregir todos los postes obsoletos por tener los cables al descubierto. Vid. la STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso, Sección 2) n° 3064 de 15 de noviembre de 2017.

control policial—. De poco sirve el *nomen iuris* de los usos a estos efectos, siendo lo más importante adoptar las medidas más adecuadas y proporcionales para hacer compatible la protección con la utilización del medio ambiente.

Las medidas disponibles en nuestro ordenamiento jurídico para la protección y valorización de los bienes públicos ambientales son muchas y muy variadas, como lo demuestran los ejemplos examinados en este texto. Sintéticamente cabe distinguir dos clases de medidas por razón de su esencia: regulatorias, en las que la Administración ejerce su autoridad directa o indirectamente tanto sobre los usuarios como sobre los recursos usados, y económicas o de mercado, en las que se hace recaer sobre los usuarios los costes que entraña la preservación y restauración del recurso utilizado, acaso también con una finalidad disuasoria del abuso. El empleo de ambos tipos de medidas exige el respeto al principio de legalidad, de modo que cualquier medida que se adopte debe de contar con previa habilitación normativa; y de proporcionalidad, de modo que las medidas deben ser las más adecuadas al bien utilizado y al uso realizado, además de resultar lo menos lesivas posible de la libertad. Hay que destacar la importancia del vehículo normativo empleado para articular las medidas, y admitir con carácter general el recurso a normas de carácter reglamentario, cuidando de no afectar esencialmente a derechos fundamentales tales como la igualdad y no discriminación, la libertad de circulación y el derecho de reunión (espontánea) en lugares de tránsito público (arts. 14, 17, 19 y 21 de la Constitución). En particular, cuando las medidas se recogen en ordenanzas locales al amparo del Título XI de la LRBRL, se advierten riesgos para la seguridad jurídica derivados de la dispersión de criterios de intervención a escala municipal.

Las técnicas regulatorias pueden revestir la forma de ordenación y condicionamiento de los usos y la limitación del acceso o la presencia, con las diversas exigencias de control administrativo que ello entraña (cerramiento de zonas, exigencia de permisos, vigilancia y represión de conductas nocivas). Estas técnicas se amparan sin dificultades en las genéricas potestades policiales reconocidas tanto a las Administraciones titulares del demanio como a otras autoridades competentes para la protección ambiental (Administraciones autonómicas) o para la ordenación de las relaciones de convivencia (entidades locales). Por el contrario, las técnicas de matriz económica o mercantil (fundamentalmente, el llamado «pago por uso») solo son viables cuando la autoridad que las adopta ejerce sus poderes de disposición sobre los objetos usados en cuanto titular demanial. En este segundo caso, la disciplina de las tasas y cánones por ocupación del dominio público puede ser una fuente de inspiración tanto para la cuantificación de las exacciones como para la recaudación y destino de las mismas.

De todo lo dicho se desprende que la vieja paremia castellana que reza «no se pueden poner puertas al campo» es hoy difícil de defender, dada la

actual tendencia de las políticas públicas en pos de la protección y valorización (*valorisation, mise en valeur, valorizzazione*) de los elementos integrantes del demanio natural, tradicionalmente identificados con espacios abiertos al uso indiscriminado de la población.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- AZQUETA, D.: *Valoración económica de la calidad ambiental*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1994).
- BARCELONA LLOP, J.: «Consideraciones sobre el dominio público natural», en esta REVISTA, n° 13, 1998, pp. 99-128.
- BERMEJO LATRE, J.L.: «La necesaria homogeneización de la taxonomía de la propiedad pública», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 175, 2016, pp. 345-362.
- «Políticas ambientales de Italia (1978-2005)», en LÓPEZ RAMÓN, F. (Dir.): *Informe sobre políticas ambientales*, 2006.
- BLUMM, M.C.; GUTHRIE R.D.: «Internationalizing the Public Trust Doctrine: Natural Law and Constitutional and Statutory Approaches to Fulfilling the Saxion Vision», en *University of California Davis Law Review*, vol. 44, 2012, pp. 741-807.
- BUCHANAN, J.: «An Economic Theory of Clubs», *Economica*, n° 32, 1965, pp. 1-14.
- CALVO CHARRO, M.: «El derecho a ver las estrellas. Análisis de la contaminación lumínica desde una perspectiva jurídica», en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente* n° 187, 2001, pp. 131-181
- «El derecho a un cielo oscuro. Prevención y corrección de la contaminación lumínica», en *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid* n° 23, 2010, pp. 199-222.
- DARNACULLETA I GARDELLA, M.M., *Recursos naturales y dominio público: el nuevo régimen del demanio natural*, ed. Cedecs, Barcelona, 2000.
- DE GUERRERO MANSO, C.: «Claves para una adecuada implantación de los bancos de conservación de la biodiversidad en España», en Monografías de esta REVISTA, núm. XVI, 2016 (*Instrumentos territoriales para la protección de la biodiversidad*), pp. 85-114.
- ESTEVE PARDO, J.: *Realidad y perspectivas de la ordenación jurídica de los montes: función ecológica y explotación racional*, Civitas, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, R.: *Las concesiones administrativas de dominio público*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2012, p. 128.

- FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.A.: *La rentabilización del dominio público en tiempos de crisis: ¿nuevas tendencias coyunturales o definitivas?*, Tecnos, Madrid, 2015, p 197.
- GARCÍA ASENSIO, J.M.: *Análisis jurídico de los aprovechamientos forestales*, Atelier, Barcelona, 2017, en particular pp. 220-487.
- GARCÍA DE LA FUENTE, L.; COLINA VUELTA, A.: «Métodos directo e indirectos en la valoración económica de bienes ambientales. Aplicación al valor de uso recreativo del Parque Natural de Somiedo», en *Revista Estudios de Economía Aplicada*, nº 22-3, 2004, pp. 811-838.
- GARCÍA URETA, A.M.: «Protección de la biodiversidad, mercados, compensación por daños y bancos de conservación», en *Revista de Administración Pública*, nº 198, 2015, pp. 323-324.
- GONZÁLEZ RÍOS, I.: *El dominio público municipal, régimen de utilización por los particulares y compañías prestadoras de servicios*, Comares, Granada, 2001.
- HERRÁIZ SERRANO, O.: *Régimen jurídico de las vías pecuarias: en defensa de la plurifuncionalidad ganadera, agrícola, ecológica, cultural y turística de estos bienes demaniales*, Comares, Granada, 2000.
- HUERTA DE SOTO, J.: *Estudios de economía política*, Unión Editorial, Madrid, 2004, pp. 223 y ss.
- LÓPEZ RAMÓN, F.: *Sistema jurídico de los bienes públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 25 y ss.
- «Crítica jurídica de la nueva Ley de Montes», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 121, 2004, pp. 19-21.
  - *Política ecológica y pluralismo territorial*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- MORENO, V.; PICAZO, I.; VÁZQUEZ-DODERO, I.; HIDALGO, R. (coords.): *Valoración de los costes de conservación de la Red Natura 2000 en España*, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, 2013.
- MOREU CARBONELL, E.: *Minas. Régimen jurídico de las actividades extractivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 44-53.
- MUSGRAVE, R.: «Provision for Social Goods», en MARGOLIS, J.; GUITTON, H. (eds.): *Public Economics: An analysis of Public Production and Consumption and their Relations to the Private Sectors*, Macmillan, Londres, 1969.
- OSTROM, V. y OSTROM, E.: «Public Goods and Public Choices: The Emergence of Public Economies and Industry Structures», *Alternatives for Delivering Public Services: Towards Improved Performance*, 1977.
- OSTROM, E.: *Governing the commons: the evolution of institutions for collective action*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990; HELLER, M. A.: «The

- Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets», *Harvard Law Review* vol 111, 1998, pp. 621-688
- PARADA VÁZQUEZ, J.R.; LORA-TAMAYO VALLVÉ, M.: *Derecho Administrativo III: Bienes públicos. Derecho Urbanístico*, OPEN ediciones universitarias, 2016, p. 81.
- PÉREZ-PÉREZ, L., MOLIN, J.R., FERNÁNDEZ DE TEJADA, A., ABAD, T.: «Una estimación de los costes directos de la conservación de espacios protegidos en España», en *Actas del IV Congreso Nacional de Medio Ambiente*, Madrid, 1998, pp. 25-40.
- RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B.: «Pago por Servicios Ambientales (PSA) en el Derecho Europeo y en el Derecho interno español. Apuntes sobre su situación actual y perspectivas», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, nº 24, 2013, pp. 81-128.
- SAMUELSON, P.: «The Pure Theory of Public Expenditure», en *The Review of Economics and Statistics*, vol. 36, nº 4, 1954, pp. 387-389.
- SAX, J.L.: «The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention», en *Michigan Law Review* nº 68 (3), 1970, pp. 471-566;
- BLUMM, M.C.; WOOD, M.C.: *The Public Trust Doctrine in Environmental and Natural Resources Law*, Carolina Academic Press, 2013
- UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, D.: «La adjudicación de derechos de uso de bienes demaniales», en el libro colectivo dirigido por ella misma y ARROYO JIMÉNEZ, L. *La adjudicación administrativa de recursos escasos: ordenación sectorial y reconstrucción sistemática*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, en especial pp. 157 y ss.
- VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, M.X., PRADA BLANCO, A., SOLIÑO MILLÁN, M.: «El papel de la valoración económica en la gestión pública de las áreas naturales protegidas», en *Revista Administración e Ciudadanía*, nº 1, 2006, p. 71-96.
- WOOD, M.C.: *Nature's Trust: Environmental Law for a New Ecological Age*, Cambridge University Press, Nueva York, 2014.
- WUNDER, D.: «Pagos por servicios ambientales: Principios básicos esenciales», *CIFOR Occasional Paper*, nº 42 (s), 2005.



# MERCADOS DEL AGUA: CUOTAS DE CONTAMINACIÓN Y ASIGNACIÓN DEL RECURSO

VÍCTOR ESCARTÍN ESCUDÉ

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES GENERALES: DE LOS TRADICIONALES MERCADOS DEL AGUA A LOS MERCADOS DE CUOTAS DE CONTAMINACIÓN PARA LA MEJORA DE LA CALIDAD DE LAS AGUAS.– II. CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO DE CUOTAS DE CONTAMINACIÓN DE LAS AGUAS Y PAUTAS PARA SU IMPLANTACIÓN.– III. MODELOS DE MERCADOS DE CUOTAS DE CONTAMINACIÓN.– IV. EL MERCADO DE CUOTAS DE CONTAMINACIÓN DE LAS AGUAS EN ESPAÑA Y SU ADECUACIÓN A NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.– V. BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** Los mercados de cuotas de contaminación en el ámbito de la calidad del agua, que en su denominación internacional —principalmente anglosajona— han sido conceptualizados bajo el nombre de Water Quality Trading (WQT), se han impulsado a nivel internacional con el objeto de contribuir en la protección y restauración de la calidad de las aguas, principalmente contra los procesos de eutrofización, añadiendo lo que sin duda es una herramienta útil y novedosa al conjunto tradicional de programas de carácter voluntario, tarifario y de intervención administrativa ya existentes. En este estudio, intentaremos analizar los principales rasgos y características de estos mercados, estableciendo las pautas para su correcto funcionamiento y las posibilidades para su implantación en el Ordenamiento jurídico español.

**Palabras clave:** mercados de cuotas de contaminación; calidad de las aguas; derechos de emisión; derecho ambiental.

**ABSTRACT:** *The market for pollution in the field of water, which in its international denomination – mainly Anglo-Saxon – has been conceptualized under the name of Water Quality Trading (WQT), has come to fulfill the objective of contributing in the protection and restoration of surface waters against the processes of eutrophication, adding what is undoubtedly a useful and novel tool to the traditional set of programs of a voluntary nature, rates and administrative intervention already existing. In this study, we will try to analyze the main features and characteristics of these markets, establishing the guidelines for their proper functioning and the possibilities of implementation in the Spanish legal system.*

**Key words:** *market for pollution; Water Quality Trading (WQT); emission allowances; environmental law.*

## **I. CONSIDERACIONES GENERALES: DE LOS TRADICIONALES MERCADOS DEL AGUA A LOS MERCADOS DE CUOTAS DE CONTAMINACIÓN PARA LA MEJORA DE LA CALIDAD DE LAS AGUAS**

El agua constituye uno de los bienes más preciados a la hora de perfilar las estructuras sociales y territoriales. Además de su innegable relevancia ambiental, como soporte de la mayor parte de los ecosistemas de nuestro planeta, supone el elemento fundamental para el desarrollo de la vida y de las actividades sociales y económicas (1). Pero, por desgracia, se trata de un recurso limitado y escaso —sobre todo en España—, requiriendo un tratamiento político, jurídico, social y ambiental cada vez más minucioso y responsable. Entre otros motivos, porque a la escasez del recurso se le suman otros factores de igual relevancia que ponen en riesgo su conservación en un estado próximo al natural: la desigualdad en la distribución de las aguas dulces, tanto a nivel mundial como a nivel nacional, y las importantes presiones que sobre las aguas ejercen las aludidas necesidades de desarrollo.

Como sabemos, la Directiva Marco del Agua vino a establecer las normas para detener el deterioro del estado de las masas de agua de la Unión Europea y conseguir así un «buen estado» de los ríos, lagos y aguas subterráneas europeos con un horizonte temporal que, en principio, se establecía para quince años. Entre otras medidas de gran relevancia, la incorporación de la Directiva a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros conllevaba la asunción de medidas efectivas para la protección de todas las formas de agua (superficiales, subterráneas, continentales y de transición), la regeneración de los ecosistemas de dentro de estas masas de agua y su alrededor, la reducción de la contaminación en las masas de agua y la garantía de un uso sostenible del agua por parte de los particulares y las empresas.

Se consagraba, de esta forma, el principio de gestión sostenible del agua, que debía coherenciarse, especialmente en España, con el esencial principio de solidaridad territorial. Dicho principio, previsto en el artículo 2 de la Constitución española, habilita la posibilidad de afrontar una distribución territorial de los recursos hídricos permitiendo el desarrollo, más o menos uniforme, de las distintas regiones; pero es evidente que tal desarrollo debe someterse, necesariamente, a un filtro de sostenibilidad (ambiental, territorial e hídrica) que no siempre se ha priorizado.

Es evidente que la gestión sostenible del agua no puede entenderse de una forma ajena o independiente al conjunto de políticas públicas que afectan a la vivienda, a la industria, a la agricultura y, en general, a la ordenación territorial y a la distribución de usos que estas políticas hacen del suelo. El

---

(1) Véase CARO-PATÓN y ESCARTÍN ESCUDÉ (2012: 345).



desarrollo económico y social requiere, de manera esencial, de la presencia y disponibilidad del recurso. Pero, como decimos, parece imposible poder implantar un modelo de racionalidad hídrica —como el que imponía la Directiva marco del agua— si se desligan términos tan estrechamente relacionados como gestión del agua y gestión ambiental. Y es en este aspecto determinante en el que la incorporación de los mercados de cuotas de contaminación en materia hídrica alcanza un relevante significado.

Como ya afirmaba MENÉNDEZ REXACH (2002: 66), en un Ordenamiento jurídico caracterizado por la consideración de los recursos hídricos como bienes demaniales, no resulta admisible la existencia de un «mercado del agua», en el sentido propio y mercantilista del término, pues estos bienes, en su categorización constitucional, gozan de la característica de su inalienabilidad y, por tanto, de su condición de *res extra commercium*.

No obstante, la caracterización tradicional de los mercados del agua ha diferido de lo que, en principio, podría entenderse como un ámbito propio de transacción de recursos hídricos, habiéndose configurado (de una forma, sin duda, jurídicamente mucho más plausible) como un marco institucional en virtud del cual los titulares de derechos sobre el agua se hallan autorizados, bajo unas reglas establecidas al respecto, a cederlos voluntariamente a otros usuarios a cambio de una compensación económica. Y aunque esta idea de la transmisión de derechos sobre las aguas (especialmente, y como resulta natural, sobre las aguas privadas) no sea, en absoluto, novedosa en nuestro Ordenamiento, la transmisión de concesiones administrativas sobre aguas públicas ha resultado mucho menos frecuente de lo que cabría esperar, seguramente por las numerosas dificultades físicas, económicas y jurídicas que esta transacción presenta (2).

Esta técnica transaccional, cuyo sustento normativo fundamental se halla recogido en los artículos 67 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas (en adelante, TRLA), exige la obtención o tenencia de un derecho al uso privativo de las aguas tanto por el cedente como por el cesionario, la formalización, autorización y registro del contrato de cesión, y puede requerir, incluso, la necesidad de constituir centros de intercambio de derechos de uso del agua mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, en los que los organismos de cuenca desempeñarán una labor esencial.

Sin embargo, la propuesta para la inserción de las técnicas de mercado en el ámbito del dominio público hidráulico, siempre con el objetivo de lograr

---

(2) En relación a los antecedentes históricos sobre la transmisión de aguas, situados en el Derecho romano justinianeo, véase MOREU BALLONGA (1996: 105) y (2000: 281), CASTÁN PÉREZ GÓMEZ (1996: 227) y GÓMEZ ROYO (1997: 57 y ss.).

una mejor y mayor protección ambiental, no puede implicar la asunción de los tradicionales mercados del agua, sino la incorporación de un sistema similar al de los mecanismos de comercio de derechos de emisión que impulsó el protocolo de Kioto (3), en el seno de los llamados *mecanismos de flexibilidad* o *instrumentos flexibles de mercado* (4).

Como sabemos, el comercio de derechos de emisión se diseña como un instrumento de mercado mediante el cual se crea un incentivo o desincentivo económico que persigue un beneficio medioambiental, de forma que el conjunto de actores intervinientes en dicho mercado reduzcan colectivamente las emisiones de gases contaminantes a la atmósfera (5).

---

(3) El Protocolo de Kioto, adoptado en el año 1997, supuso el aldabonazo definitivo a un conjunto de medidas y actuaciones de la Unión Europea en la lucha contra el cambio climático y la protección de la atmósfera. Así, y como resultado del primer Programa Europeo de Cambio Climático, tras el informe que la Comisión Europea publicó en junio de 2001, la propia Comisión desarrolló tres amplias medidas para abordar el problema del cambio climático: el desarrollo de un Plan de Acción para el Programa Europeo de Cambio Climático, la propuesta de ratificación del Protocolo de Kioto y la propuesta de creación de un régimen de comercio de derechos de emisión. En 2002 se aprobó la Decisión del Consejo 2002/358/CE relativa a la aprobación del Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y al cumplimiento conjunto de los compromisos contraídos con arreglo al mismo. De esta forma, el régimen europeo de comercio de derechos de emisión se erige como el principal mecanismo para el cumplimiento de los compromisos contraídos por la Unión Europea con el Protocolo de Kioto, cuyo soporte normativo fundamental se halla en la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo. Régimen europeo de comercio de derechos de emisión que comienza a operar el 1 de enero de 2005 como medida fundamental para fomentar la reducción de emisiones de CO<sub>2</sub> en los sectores industriales y de generación eléctrica.

(4) Los tres mecanismos de flexibilidad son el comercio de derechos de emisión —*emissions trading*—, el mecanismo de desarrollo limpio —*clean development mechanism*— y el Mecanismo de aplicación, acción o iniciativa conjunta —*joint implementation*—. Así, tal y como destacan LABANDEIRA VILLOT y RODRÍGUEZ (2006: 178-179), mientras el primero implica la creación de un mercado para la transacción de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, aprovechando las ventajas inherentes que un arreglo institucional de este tipo tiene en relación con otras alternativas de asignación, los otros mecanismos fomentan la colaboración entre países desarrollados y países en transición al mercado o en vías de desarrollo en acciones que contribuyan a la solución del problema. Véase, entre otros muchos autores que han estudiado y analizado la relevancia de estos mecanismos en la lucha contra el cambio climático, el completo estudio de SARASÍBAR IRIARTE (2006: 119 y ss.).

(5) Este sistema de comercio, regulado en el artículo 17 del Protocolo de Kioto, es un instrumento de protección ambiental que parte de la premisa del establecimiento de una cuota total de derechos de emisión asignados, que representan el límite global de las emisiones autorizadas por el régimen. El funcionamiento teórico de este mecanismo es bastante sencillo, permitiendo a las llamadas partes del Anexo I del Protocolo adquirir créditos de otras partes Anexo I para alcanzar, de forma eficiente desde el punto de vista económico, los compromisos

En este sentido, los elementos básicos de un esquema de comercio de derechos de emisión son, típicamente, la autorización de emisión, el derecho de emisión, el techo o límite conjunto de emisiones, la asignación de derechos, el registro de derechos y, evidentemente, el cumplimiento y seguimiento de las emisiones. Recogiendo estos elementos esenciales, la Ley 1/2005, de 9 de marzo, regula el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en España, incorporando la Directiva 2003/87/CE. Y como pieza central de este sistema de comercio de derechos de emisión se constituye, en un primer momento, el Plan Nacional de asignación, marco de referencia en el que se determinaba el número total de derechos de emisión que debían asignarse en períodos limitados de tiempo (3 a 5 años) así como el procedimiento aplicable para su asignación. No obstante, una de las principales consecuencias de las novedades introducidas en el Régimen Europeo de Comercio de Derechos de Emisión mediante la Directiva 2009/29/CE fue la desaparición de los Planes Nacionales de asignación a partir del 1 de enero de 2013, implantándose las subastas como procedimiento habitual para las asignaciones y tras la modificación por la Ley 13/2010, de 5 de julio, de la Ley 1/2005, también mediante la metodología de asignación gratuita transitoria (6).

La incorporación de estos caracteres de los mercados de derechos de emisión al ámbito de las aguas no supone, a priori, una pretensión ajena a la naturaleza de estas, si bien resulta imprescindible adecuar su perfil y contenido a las especialidades propias de un bien integrante del demanio tan relevante y peculiar como es el hidráulico, ya sea por la limitación y escasez del recurso, como por la existencia de numerosas cautelas ambientales que lo condicionan (reservas hidrológicas y naturales ligadas al mismo, caudales ecológicos etc.). La propuesta es la constitución de un modelo de mercado de

---

adquiridos en Kioto. De esta manera, los que reduzcan sus emisiones más de lo comprometido podrán vender los créditos de emisiones excedentarios a los países que consideren más difícil o más oneroso satisfacer sus objetivos. Bajo este régimen, los países intervinientes, o aquellas personas jurídicas a las que éstos hayan autorizado, pueden intercambiar en el mercado, los distintos tipos de unidades contables reconocidos por el Protocolo de Kioto, es decir: Unidades de Reducción de Emisiones (UREs), fruto de proyectos de aplicación conjunta, Reducciones Certificadas de Emisiones (RCEs), generadas por proyectos del Mecanismo de Desarrollo Limpio, Unidades de Absorción (UDAs), procedentes de actividades en sumideros y Unidades de Cantidad Atribuida (UCAs), inicialmente asignadas a cada Parte. Para evitar que las Partes vendan en exceso los diferentes tipos de unidades, y se vean imposibilitados para cumplir los compromisos de Kioto, cada una de las Partes del Anexo I tiene la obligación de crear lo que se conoce como «Reserva del Período de Compromiso», que consiste en mantener un nivel mínimo de unidades de emisión, que quedan excluidas del Comercio de Emisiones. Si alguna de las Partes incumple con esta reserva, se le prohibirá vender unidades hasta que restaure, en un plazo de 30 días, los niveles exigidos [LÓPEZ GORDO (2010: 797)].

(6) Sobre la asignación nacional de derechos de emisión de gases de efecto invernadero y un balance de su aplicación, véase CARO-PATÓN CARMONA (2010: 87 y ss.).

derechos de contaminación donde se comercia con cuotas de contaminación estructuradas en unidades de peso o volumen, tal y como, destacadamente, se está haciendo en países como Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda y Australia (7).

Se analizarán, a continuación, los principales rasgos que marcarán el mercado de cuotas de contaminación de las aguas y su viabilidad y adecuación jurídica a nuestro Ordenamiento.

## **II. CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO DE CUOTAS DE CONTAMINACIÓN DE LAS AGUAS Y PAUTAS PARA SU IMPLANTACIÓN**

El mercado de cuotas de contaminación en el ámbito de las aguas refleja, de forma muy significativa, el delicado equilibrio y la tensión existente entre la protección ambiental, enfocada en este ámbito en la calidad de las aguas, y el necesario desarrollo económico (industrial y agrario) y urbanístico.

La utilización de los mercados como técnica para la protección ambiental sin duda responde a una elemental lógica económica. Así, y bajo la indiscutible premisa de que la producción de la contaminación es una externalidad negativa o un fallo del mercado, pues supone la producción de daños o costes por la actividad de las empresas que el mercado ordinario por sí solo no puede valorar y muy difícilmente castigar, la utilización de los mecanismos de mercado en este ámbito podría implicar una forma eficiente y rentable de corregir estas externalidades negativas (8).

---

(7) Como se observa en el citado informe de la OCDE del año 2012 «Water quality trading in Agriculture» (p. 10), Estados Unidos lidera la aplicación del comercio de calidad de agua, acumulando la mayor parte de los programas activos a nivel mundial (51 de los 57 programas identificados ese año). En el año 2016, la Agencia de Protección Ambiental americana (EPA) cuantificaba ya más de un centenar de proyectos de WQT distribuidos entre los Estados de Oregón, Nevada, Montana, Colorado, Minnesota, Wisconsin, Ohio, Alabama, Maryland, Pennsylvania, Virginia, Misisipi, Florida, North Carolina, South Carolina, Long Island y Connecticut. Junto a este país, sin duda principal referente teórico y práctico de esta técnica de mercado, Australia, Canadá y Nueva Zelanda son los otros países en los que los programas WQT han sido implementados y se encuentran activos. No obstante, la implantación del comercio de calidad del agua para la protección ambiental está siendo también estudiada por Finlandia, Suecia, y otros países que rodean el mar Báltico para abordar contaminación de nutrientes en el mar Báltico, tal y como se referencia en el informe de la *Green Stream Network* del año 2008.

(8) Véase SANZ RUBIALES (2014:11). Desde esta perspectiva económica, tal y como se señala desde la Comisión Europea «el recurso a instrumentos basados en el mercado se justifica por su capacidad para corregir las deficiencias del mercado de una forma rentable. Por deficiencia del mercado se entiende una situación en la que los mercados no existen (por ejemplo, los activos medioambientales tienen naturaleza de bienes públicos) o bien no

En este sentido, cabría aseverar que los instrumentos de mercado o económicos de política ambiental resultan más convenientes y provechosos que otras alternativas regulatorias, pues permiten lograr los objetivos deseados a un mínimo coste y promover, además, el desarrollo tecnológico deseado en el sector en el que se implantan (9). Entre algunas de sus ventajas destaca el hecho de que suponen instrumentos de protección más flexibles, con una menor carga burocrática (aunque, como veremos, no exentos de intervención administrativa) y en los que la participación e iniciativa de los sujetos privados es mayor (principalmente respecto a otros mecanismos de carácter coactivo), lo que repercute en una mayor implicación y asunción de los objetivos medioambientales perseguidos. Por el contrario, entre sus principales desventajas o riesgos (sobre los que, evidentemente, también nos defendremos) están las incertidumbre en torno a la cuantificación de las reducciones (sobre todo en las fuentes de contaminación difusas, muy habituales en el ámbito agrícola), el comportamiento de los participantes, la carencia de sustento normativo en nuestro Ordenamiento y la incertidumbre sobre los mejores métodos para asegurar la oferta y la demanda en el mercado (10).

El mercado de cuotas de contaminación en el ámbito de las aguas, que en su denominación internacional —principalmente anglosajona— se ha conceptualizado bajo el nombre de *Water Quality Trading* (WQT) o *comercio de calidad del agua*, ha venido a cumplir el objetivo de coadyuvar en la protección y restauración de las aguas superficiales, sumando lo que es, sin duda, una útil y novedosa herramienta al tradicional conjunto de programas

---

tienen suficientemente en cuenta el coste «verdadero» o social de la actividad económica. La intervención pública queda entonces justificada para corregir estas deficiencias y, a diferencia de los enfoques normativos y administrativos, estos instrumentos tienen la ventaja de utilizar las señales del mercado para resolver las mencionadas deficiencias» (*Libro Verde sobre la utilización de instrumentos de mercado en la política de medio ambiente y otras políticas relacionadas*, Bruselas, 28 de marzo de 2007, COM (2007) 140 final, p. 3). No obstante, existen voces críticas que reprochan la utilización de este tipo de técnicas, de base mercantilista, para la consecución de los fines de mejora ambiental. Así, la organización llamada *Food and Water Watch* (FWW) cuestionó la adecuación de la utilización de los sistemas de comercio, al menos en lo que concierne a la WQT estadounidense, en un documento en el que etiquetó a la WQT como una forma de «contaminación comercial» y de privatización del sistema de vertidos, acusándola de ser contraria al espíritu de la Clean Water Act (CWA) y de poner a los recursos hídricos de los EE. UU. en un gran riesgo. Este documento puede consultarse en <https://www.foodandwaterwatch.org/problems/pollution-trading>.

(9) Como afirma MOLINA GIMÉNEZ (2013:483), a través de esta alternativa a los modelos tradicionales se «trata de alcanzar la calidad pretendida de las masas de agua de la manera más eficiente, minimizando costes y sin necesidad de acudir sistemáticamente a las reacciones coercitivas o sancionadoras».

(10) Sobre las incertidumbres y riesgos de los mercados de calidad de las aguas véase el informe elaborado por WALKER y SELMAN (2014) para el WRI (World Resources Institute).

de carácter voluntario, tarifarios y de intervención administrativa (autorizatorios o de fomento) ya existentes (11). Tal y como ha afirmado la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos, dichos enfoques, basados en el mercado, ofrecen flexibilidad a las entidades reguladas y pueden lograr una mayor calidad del agua y beneficios ambientales que los enfoques reguladores tradicionales solos, a un costo menor (12).

Teniendo presentes las características que definen los mercados de emisiones de gases de efecto invernadero, un mercado de cuotas de contaminación de las aguas debería partir de la premisa del establecimiento de un techo coherente y razonable de emisión o vertido, entendido este como el volumen total de derechos de emisión que se ponen en circulación. El techo va a determinar el objetivo medioambiental, y, a su vez, dar valor económico al derecho de contaminación, pues sin duda crea un elemento esencial en el funcionamiento de este mercado como es la escasez (13). Este techo normalmente se presentará en la forma de límite de cuenca o límite para descargas totales de contaminantes dentro de una cuenca, condicionando los límites de los permisos individuales y, por tanto, de las asignaciones de derechos de emisión de los distintos agentes que participan en el mercado. Evidentemente —y de ahí que este mercado se defina como un instrumento de protección ambiental y no sólo como un mero elemento económico— este techo no resulta inamovible, de forma que con el paso del tiempo y con la consiguiente evolución del mercado, el objetivo sería su paulatina reducción (14).

---

(11) SANZ RUBIALES (2014: 12) asevera, con acierto, que el recurso a los instrumentos de mercado ha tenido como finalidad paliar la ineficiencia y la hipertrofia de las regulaciones ambientales (basadas en el llamado «command and control»), en tanto estas habían incurrido en varios excesos como el de su sectorización, ya que muchas normas ambientales inciden de manera aislada en cada uno de los recursos sin analizar sus interrelaciones; y el de su administrativización, burocratización e intervencionismo. Concluye el mencionado autor que las normas ambientales resultan «no sólo demasiado numerosas, sino también demasiado complejas (tanto desde un punto de vista técnico, como procedimental o administrativo) y, en consecuencia, ineficientes» (2009: 201).

(12) La EPA estima que los enfoques flexibles para mejorar la calidad del agua podrían ahorrar 900 millones de dólares anuales en comparación con los instrumentos de intervención administrativa tradicionales (<https://www.pca.state.mn.us/water/water-quality-trading>). Cantidad a la que se suma el hecho de que los enfoques basados en el mercado también pueden crear incentivos económicos para la innovación, la tecnología emergente, la reducción voluntaria de la contaminación y una mayor eficiencia para mejorar la calidad de las aguas de la nación.

(13) Como afirma SANZ RUBIALES (2014: 21), la titularidad estatal de las cuotas se apoya, más que en el carácter de «bienes públicos», en el hecho de tratarse de un recurso escaso: cfr., igualmente, GASPARI, F. (2011: 1165).

(14) Bajo esta perspectiva, y como paso previo a la creación de los mercados de cuotas de contaminación, el artículo 303(d) de la *Clean Water Act* (CWA) estadounidense incluyó el concepto fundamental del *Total maximum daily loads* (TMDL) como el principal instrumento

Por lo que se refiere a los sujetos intervinientes en el mercado, estos deberán contar, en principio, con una autorización de vertido, esto es, con el oportuno permiso otorgado por la Administración competente para que una instalación o actividad afectada por el régimen de comercio de cuotas de contaminación sea autorizada a verter elementos contaminantes en la cuenca correspondiente (15). En todo caso, la participación en este tipo de programas de comercio de cuotas de contaminación será siempre voluntaria para compradores y vendedores (16)

El objeto del mercado será, indudablemente, el derecho de emisión, siendo este un elemento transferible (se podrá comprar y vender) y confiriendo a su titular el derecho a emitir, desde una instalación afectada por este régimen, una determinada cantidad de contaminantes al efluente. En el sistema estadounidense de WQT, la unidad de comercio será o bien la asignación directa de emisión (*discharge allowance*) o bien el llamado «crédito de reducción» (*reduction credit*), que es una unidad de reducción de contaminantes medida

---

de planificación destinado a restaurar las aguas deterioradas, en el que se identifica la cantidad máxima de un contaminante que un efluente puede presentar para seguir cumpliendo con los estándares de calidad del agua. De esta forma, cada Estado, y bajo la supervisión de la EPA, procede al cálculo de la cantidad máxima de un contaminante al que se permite verter en un efluente para que dicho cuerpo de agua reúna y continúe cumpliendo con los estándares de calidad del agua previamente fijados. De esta forma, un TMDL determina un objetivo de reducción de contaminantes y asigna las reducciones de carga necesarias a la (s) fuente (s) del contaminante.

(15) Tal y como establece el artículo 245.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, queda prohibido con carácter general el vertido directo o indirecto de aguas y productos residuales susceptibles de contaminar las aguas continentales o cualquier otro elemento del Dominio Público Hidráulico, salvo que se cuente con la previa autorización otorgada por el Organismo de Cuenca, competente tanto en el caso de los vertidos directos a aguas superficiales o subterráneas como en el de vertidos indirectos a aguas subterráneas. La Autorización de vertido tiene por objetivo la consecución del buen estado ecológico de las aguas, de acuerdo con las normas de calidad, los objetivos medioambientales y las características de emisión e inmisión establecidas en la normativa referente a las aguas. Para garantizar que los vertidos suponen el menor impacto posible sobre las masas de agua, la autorización de vertido establece las condiciones en que éstos deben realizarse, debiéndose concretar especialmente las cuestiones listadas en el artículo 252 del RDPH, de entre las que destacan las siguientes: origen de las aguas residuales y localización del punto de vertido, caudal y valores límite de emisión del efluente; instalaciones de depuración y evacuación que el Organismo de Cuenca considere suficientes para cumplir con la normativa sobre la calidad del medio receptor; plazo de las distintas fases de las obras de las instalaciones de depuración así como las distintas medidas que se deban adoptar para reducir la contaminación; plazo de vigencia de la autorización; el importe del canon de control de vertidos, tasa destinada a la protección, mejora y estudio del medio receptor; actuaciones y medidas que se deban tomar en caso de emergencia; y los programas de reducción de la contaminación para la progresiva adecuación del vertido.

(16) Véase GREENHALGH y SELMAN (2012: 105).

en libras equivalentes, y que puede ser generada tanto por fuentes de emisión directas como por contaminadores difusos (17).

Por supuesto, uno de los elementos clave en este mercado será la asignación de derechos, esto es, el mecanismo por el cual se procederá al reparto de los derechos de emisión. Como se ha visto con anterioridad, en el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, la asignación, una vez desechados los Planes nacionales de asignación, se realiza principalmente de forma gratuita o mediante subasta. En el sistema de programas estadounidenses de WQT —a pesar de las sustanciales diferencias existentes entre los programas existentes— la asignación de créditos de reducción de la contaminación se suele realizar de forma gratuita, asociada a la obtención de la correspondiente autorización de vertido (*National Pollutant National Pollutant Discharge Elimination System*, conocida por el acrónimo NPDES). A partir de ahí, la autoridad administrativa establece las llamadas *líneas de base* o *baselines* que son los límites o las expectativas de emisión que se aplicarían en ausencia de negociación. Estas funcionan como la base para el cálculo del crédito. La línea de base de un comprador sería el límite de emisión establecido basado en la calidad del agua del efluente (*water quality-based effluent limit*, WQBEL) y compraría créditos para alcanzar ese límite. La línea de base de un vendedor es el nivel de descarga que de otra manera se requiere o se espera que alcance antes de generar créditos. De esta forma, la obtención de créditos por los distintos actores pasaría por la reducción de sus niveles actuales de vertido o por la adquisición en el mercado de los excedentes de otros sujetos que operan en el mercado. Todo ello bajo el concepto clave que supone la anteriormente mencionada TMDL o cantidad máxima de un contaminante que un efluente puede presentar para seguir cumpliendo con los estándares de calidad del agua, prevista en el artículo 303(d) de la Clean Water Act (CWA).

El correcto funcionamiento del mercado —y su utilidad como herramienta para el logro de una mejora ambiental del dominio público hidráulico— pasa por el estricto cumplimiento de las obligaciones contraídas por los agentes intervinientes en el mercado, de forma que las instalaciones afectadas por el comercio de derechos de emisión deben entregar una cantidad de derechos de emisión equivalente a las emisiones reales producidas. A diferencia de los mercados de emisión de gases de efecto invernadero, en los que no se establecen límites de emisión individuales, pero sí un límite global, en el sistema de comercio de cuotas de contaminación de las aguas existirán tanto los límites individuales como los límites globales. Para ello, la autoridad reguladora (ya sea administrativa o privada) deberá llevar un detallado seguimiento de las

---

(17) Si bien GREENHALGH y SELMAN (2012: 105) afirman que la asignación de emisión es la unidad habitual de comercio prevista para las fuentes directas de contaminación, mientras que el crédito de reducción debe preverse para las fuentes difusas.



emisiones, al igual que las instalaciones sujetas al comercio de derechos de emisión, con objeto de que se pueda determinar qué cantidad de derechos de emisión deben entregar. Operará, además, el llamado registro de derechos, que se configurará como un registro electrónico de utilidad para llevar la contabilidad de los derechos de emisión en circulación y en el que se inscribirá la cantidad de los mismos y su titularidad.

Sobre la base de estos caracteres esenciales, y tomando como referencia el relevante informe elaborado en esta materia por la OCDE en el año 2012, MOLINA GIMÉNEZ (2013: 484) destaca, acertadamente, cuatro elementos imprescindibles para que los mercados de cuotas de contaminación sean viables en el ámbito del agua, incluyendo tanto fuentes directas como difusas (18):

- a) Fijación previa de límites de emisión de carácter vinculante que todos los participantes en el mercado deben cumplir. Este elemento es esencial en cuanto presupuesto del mercado, puesto que permite saber quiénes pueden transferir cuotas por mejorar los niveles que se les exigen y quienes deben adquirirlas por incumplirlos. Esos estándares de partida, por otra parte, no tienen por qué ser estables, sino que pueden evolucionar periódicamente hacia su mejora.
- b) No hay mercado sin ganancias, por lo que sólo habrá demanda si la adquisición de cuotas de contaminación resulta más barata que las inversiones que hubiera que comprometer para alcanzar el estándar. La viabilidad del mercado en términos económicos presenta una clara correlación con los costes de control de la contaminación en las diferentes industrias o usuarios participantes. El regulador deberá facilitar un contexto en el que dicho margen de beneficio sea posible.
- c) Las reglas del mercado deben estar claramente establecidas y ser estables en el tiempo. Ello daría seguridad jurídica y garantizaría que las exigencias ambientales se cumplen en todo caso. Las normas no deben suponer grandes costes para los participantes y cargas burocráticas innecesarias.
- d) Todo mercado regulado ha de estar controlado por autoridades con capacidad suficiente y eficacia contrastada que encaucen y supervisen los intercambios.

Analizadas las anteriores características que definirán el comercio de cuotas de contaminación sobre las aguas cabría preguntarse si, bajo esos condicionantes, se estaría constituyendo un verdadero mercado, en la conceptualización jurídica y económica que resulta común en nuestro Ordenamiento

---

(18) OCDE. Trade and Agriculture Directorate. Joint Working Party on Agriculture and the Environment (2012), Water quality trading in agriculture, p. 5. Disponible en <http://www.oecd.org/tad/sustainable-agriculture/waterqualityandagriculturemeetingthepolicychallenge.htm>.

jurídico. En este sentido, y dependiendo de cuál fuese la respuesta, surgirían otras cuestiones correlativas, pues también debería cuestionarse si en este sistema de comercio hay verdadera libertad negocial, si pueden participar solo los emisores autorizados o cualquier interesado (y, de ser así, qué papel podrían desempeñar los intermediarios) y, finalmente —y no menos relevante— cuál sería el Derecho que determinase el régimen jurídico de dicho mercado, si el Derecho Mercantil o el Derecho Administrativo.

El mercado, en un sentido genérico o abstracto, viene a equivaler al tráfico económico, pues no pasa de ser un mero elemento dentro de un conjunto que se conoce como sistema de economía de mercado. Precisamente la idea fundamental de sistema u orden de economía resulta más que apropiada porque el mercado, como centro de la mercantilidad a que se refiere el art. 149.1.6° CE, debe ponerse en relación especialmente con lo dispuesto en el artículo 38 del texto constitucional que, no por casualidad, menciona, junto al mercado, el derecho a la libertad de empresa (19). Bajo esta misma perspectiva económica, el mercado en sentido estricto equivaldría a la noción de «mercado relevante» que se considera por la legislación protectora de la libre competencia para determinar la existencia de restricciones a la misma, de abuso de posición dominante o para juzgar la incidencia que las concentraciones pueden tener en el plano competitivo. En este sentido, cuando los arts. 81 y 82 del Tratado de Roma establecen las prohibiciones de restricciones de la competencia o de abusos de posición dominante, y refieren esas prohibiciones a las empresas, hay que entender como tales a todos los que producen bienes o servicios para el mercado, incluyendo por supuesto a los profesionales liberales y, desde luego, a los agricultores, ganaderos y artesanos.

Tomando como premisa estas consideraciones, un mercado de cuotas de contaminación sobre las aguas como el propuesto difícilmente se adecuaría a la concepción mercantilista de mercado, que no deja de ser el elemento referencial del Derecho Mercantil. Es más, esta configuración del régimen de comercio de cuotas de contaminación, en el que el nivel de intervención administrativa es una de sus notas primordiales, seguramente resultaría contraria al derecho fundamental a la libertad de empresa que propugna el artículo 38 de la Constitución y también a las iniciales normas sobre el derecho de la competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la UE. Y es que en verdad estamos ante un mercado artificial, en el que las denominadas fuerzas de mercado se mueven siguiendo las pautas y dentro de los límites fijados previamente por los poderes públicos intervinientes, que, evidentemente, no quedan al margen del funcionamiento del mercado, ya que estos deben asegurar —con la mínima intervención necesaria en aplicación

---

(19) Véase DE LA CUESTA RUTE (2015: 54).

del principio *pro libertate*— el adecuado desarrollo del mismo (20). Por este mismo motivo, la regulación de dicho mercado no se someterá a las reglas genéricas que determina el Derecho Mercantil, sino a las que específicamente lo regulen en el Derecho Administrativo.

La supervisión o control del mercado por parte de una entidad que lo gestiona y regula se erige, en definitiva, como un elemento clave que caracteriza este sistema de intercambio de cuotas. No obstante, y a la vista de las regulaciones y de la praxis de los distintos programas en los que se han implantado estos mercados (tanto en Estados Unidos como en otros países), podemos concluir que no existe un modelo único o predeterminado en lo que se refiere a la supervisión pública o privada de los mismos. De esta forma, se observa como una considerable variedad de entidades establecen y administran los programas de intercambios de créditos de reducción de la contaminación, incluyendo agencias estatales, gobiernos locales, entidades no gubernamentales sin ánimo de lucro, distritos de conservación de suelos y aguas, entidades privadas u otros terceros (21). La intervención de un sujeto privado o público en la supervisión y gestión del mercado determinará, eso sí, el modelo de regulación del mismo, pudiendo tratarse de un *mercado autorregulado* bajo la gestión de una entidad privada (una cooperativa o asociación sin ánimo de lucro), supervisada por la autoridad administrativa —como, por ejemplo, en la cuenca del río Lower Boise— (22); o bien bajo la gestión de una autoridad administrativa, que o bien actúa como gestor del banco de intercambio o bien autoriza, caso por caso, los acuerdos de intercambio que se realizan en el mercado

Y por lo que respecta a los sujetos participantes en el mercado, estos dependerán de tres factores esenciales, que deberán acumularse y que excluirán a terceros cuyo único vínculo con el mercado es el interés especulativo (sin perjuicio de que la finalidad lucrativa, como es obvio, resulta admisible para los intervinientes). En primer lugar, la obtención previa de la autorización para el vertido, pues se trata de un mercado en el que participan únicamente sujetos a los que se les ha permitido vertido directo o indirecto de aguas (fuentes directas o difusas) y productos residuales susceptibles de contaminar las aguas continentales o cualquier otro elemento del Dominio Público Hidráulico.

---

(20) CARO-PATÓN CARMONA (2010: 78). Sobre el concepto de mercados artificiales y su desarrollo en el ámbito de la protección ambiental véase SANZ RUBIALES, I. y CARO-PATÓN CARMONA, I. (2013).

(21) En el documento elaborado por la EPA «Water Quality Trading Scenario: Nonpoint Source Credit Exchange», disponible en [https://www3.epa.gov/npdes/pubs/wqtradingtoolkit\\_nps-credit-exchange.pdf](https://www3.epa.gov/npdes/pubs/wqtradingtoolkit_nps-credit-exchange.pdf).

(22) Denominación de mercado autorregulado que propugna, en su estudio, MOLINA GIMÉNEZ (2013: 493).

En segundo lugar, el ámbito territorial, pues los participantes en el mercado deberán ser sujetos autorizados al vertido en ese concreto ámbito hidráulico. Y, en tercer lugar, el ámbito objetivo, marcado por el contaminante o contaminantes que se pretende reducir. En este sentido, la *Trading Policy* de la EPA del año 2003 fomenta la implantación de mercados de cuotas de contaminación para el comercio de nutrientes, sedimentos y otros contaminantes, pero actualmente no respalda la comercialización de bioacumulativos persistentes tóxicos. La mayoría de los programas comerciales que se han aprobado en Estados Unidos se han centrado en el fósforo y el nitrógeno, pero también en otros contaminantes como la temperatura (23). En el sistema estadounidense de WQT se ha planteado, tanto desde un punto de vista teórico como práctico, la dificultad de la participación en estos mercados de los agentes titulares de fuentes difusas o indirectas de contaminación de las aguas (*nonpoint sources*), que habitualmente carecen de autorización de vertido (al no estar incluidas en la regulación de la CWA), pero que contribuyen, de forma sustancial, al deterioro ambiental de las aguas (24). Problemática que se ha superado con la aceptación de la efectiva participación de estas fuentes de contaminación en los programas de intercambio, al considerarse —acertadamente en nuestra opinión— que dicha participación permite que estas fuentes no puntuales generen y vendan créditos de reducción de contaminación, proporcionando un incentivo para que implementen mejores prácticas de gestión nuevas o complementarias (*best management practices*, BMP) que contribuyen, significativamente, a la reducción de las cargas de contaminantes en las aguas receptoras (25).

Resulta obvio que el ámbito territorial de un mercado de cuotas de contaminación determinará, de forma sustancial, el funcionamiento de dicho mercado, de manera que áreas de desarrollo de mercado con mayor extensión resultará más probable el intercambio de cuotas, ya que, por tendencia, estas incluirán más compradores y vendedores potenciales. En todo caso, esos aspectos no

---

(23) La *Trading Policy* de la EPA del año 2003 también contempla el comercio de otros contaminantes, señalando que «el comercio de contaminantes distintos de los nutrientes y los sedimentos tienen el potencial de mejorar la calidad del agua y lograr beneficios ambientales auxiliares si los comercios y los programas comerciales están diseñados adecuadamente».

(24) Problema que ha tenido su principal foco de incidencia en el ámbito agrícola, como puede observarse en el ya citado informe para la OCDE, *Trade and Agriculture Directorate. Joint Working Party on Agriculture and the Environment (2012)*, *Water quality trading in agriculture*. A este respecto, véase el análisis que realiza MOLINA GIMÉNEZ (2013: 487 y ss.) sobre esta problemática.

(25) Resulta tremendamente relevante y divulgativo el documento elaborado por la EPA como manual para las autoridades encargadas del otorgamiento de autorizaciones de vertido y de creación de mercados de cuotas de contaminación titulado *Water Quality Trading Scenario: Nonpoint Source Credit Exchange*, disponible en [https://www3.epa.gov/npdes/pubs/wqtradingtoolkit\\_nps-credit-exchange.pdf](https://www3.epa.gov/npdes/pubs/wqtradingtoolkit_nps-credit-exchange.pdf).

deben resultar determinantes a la hora de seleccionar dicho ámbito, ya que el tamaño del área comercial deberá definirse pensando en la única finalidad de lograr la efectiva reducción de la contaminación en dicho ámbito. Y aunque el ámbito territorial más lógico para facilitar la gestión de un mercado de cuotas de contaminación en España serían las demarcaciones hidrográficas, cabría pensar la posibilidad de establecer mercados de cuotas que excediesen dichos límites, abarcando dos o más demarcaciones (aunque no fuesen en la integridad de su extensión), si con ello se logran mejores resultados ambientales. Este mismo planteamiento, por ejemplo, se ha comenzado a realizar en Estados Unidos, país en el que, hasta el momento, los programas de intercambio de cuotas de contaminación se circunscribían sobre la base de dos límites combinados: el de la cuenca hidrográfica y el del Estado correspondiente. Por ejemplo, el Estado de Maryland definió tres áreas comerciales para su programa: el Potomac, el Patuxent, y una combinación de Susquehanna, la costa este, y las cuencas de Western Shore (26). El comercio dentro de esas áreas se limita a porciones de terreno dentro de Maryland. Asimismo, Virginia limita los intercambios únicamente a la parte del Potomac dentro del propio Estado de Virginia, excluyendo proyectos que se ubican en Maryland, Pensilvania y Virginia Occidental. No obstante, en todas ellas el *point of concern* o punto estratégico es la Bahía de Chesapeake. Por ese motivo se está estudiando la posibilidad de llegar a constituir un programa interestatal de comercio de cuotas de contaminación para la mejora de la calidad de las aguas de la Bahía (27).

### III. MODELOS DE MERCADOS DE CUOTAS DE CONTAMINACIÓN

La progresiva implantación de mercados de cuotas de contaminación durante estas dos últimas décadas ha hecho proliferar un buen número de modelos de mercado, pues esta figura jurídica no se ha constituido sobre unas bases cerradas y predeterminadas (aunque sí tomando como referencia algunas de las características comunes que ya se han visto), permitiendo de esta forma su mejor adecuación a las circunstancias normativas, territoriales, económicas y sociales de las áreas donde se han instituido.

Sistematizar un conjunto tan notable de programas de intercambio, desarrollados en ordenamientos jurídicos tan diversos y, en algún caso, alejados de

---

(26) Mientras que el Patuxent se encuentra completamente dentro del Estado de Maryland, las restantes áreas de comercio presentan una combinación de cuencas hidrográficas y fronteras estatales.

(27) WILLAMETTE PARTNERSHIP World Resources Institute, and the National Network on Water Quality Trading (2015): *Building a Water Quality Trading Program: Options and Considerations*, p. 38.

los rasgos definitorios de nuestro, no resulta en absoluto una tarea sencilla, pero sí de gran utilidad en atención al hecho de la posibilidad existente de que, en algún momento, se opte por la implantación de este mecanismo de protección ambiental en el dominio público hidráulico español. Así, y tomando como referencia los programas de WQT estadounidenses, MOLINA GIMÉNEZ (2013: 491 y ss.) ha destacado dos modalidades principales de mercados de cuotas de contaminación del agua. En primer lugar, los llamados «One-time offset agreements», cuyo sustento normativo se encuentra en el artículo 303 (d) de CWA, en los que empresas con autorización de vertido que tienen dificultades para alcanzar los estándares exigidos pueden compensar la diferencia adquiriendo cuotas de contaminación de terceros, ya sean fuentes directas o difusas, de forma paccionada, esto es, compensando el exceso de contaminación del adquirente con reducciones equivalentes. La Agencia reguladora competente deberá, en todo caso, autorizar cada una de estas operaciones, con el objeto de que el resultado final de la masa de agua sea más favorable tras las cesiones realizadas. Y, en segundo lugar, estarán los «Trading programs», cuya naturaleza ya no es puntual y bilateral como en el caso del primer modelo, sino que suponen programas integrales para fomentar intercambios entre múltiples agentes, si bien comparten el objetivo de mejorar el estado ambiental de las masas de agua con una reasignación más eficiente de los esfuerzos y costes.

Como afirma MOLINA GIMÉNEZ (2013: 492), este modelo no está contemplado expresamente en la CWA, aunque es particularmente útil para mejorar la gestión ambiental de ecosistemas complejos. Hasta el momento, los programas admitidos dentro de este modelo de mercado por la EPA han sido, fundamentalmente, programas estatales previstos tanto para cuencas hidrográficas concretas como para ámbitos territoriales determinados, configurados como instrumentos complementarios a otras medidas incluidas en los programas TMDL (28). En este sentido, la *Trading Policy* aprobada por la EPA en el año 2003 establece que las áreas de que corresponden a cada uno de los mercados de cuotas de contaminación deben definirse para «coincidir con un límite de cuenca

---

(28) En el documento elaborado por la National Network on Water Quality Trading para la Willamette Partnership en el año 2015 se propugna que el área que determina el ámbito de desarrollo de un mercado debe centrarse en un punto estratégico (*point of concern*) definido donde resulta más relevante que se cumplan los objetivos de calidad del agua. Ese punto estratégico puede ser un lago deteriorado ambientalmente, un estuario u otro cuerpo de agua, y generalmente debe encontrarse aguas abajo dentro del ámbito territorial del mercado correspondiente. Otra opción para determinar dicho punto, que ha sido utilizada en relación al TMDL tanto de nutrientes (p. Ej., Bahía de Chesapeake y Lower Boise River) como de temperatura del agua (por ejemplo, en el río Willamette) consiste en identificar un punto de impacto máximo, que es la ubicación dentro de la vía fluvial donde los efectos de la carga contaminante se han identificado como de mayor importancia cualitativa o cuantitativa.

hidrográfica o TMDL, dando lugar a intercambios que afectan al mismo cuerpo de agua o segmento de flujo y [ayudar] a garantizar el mantenimiento o la consecución de los estándares de calidad del agua en toda el área comercial y aguas contiguas» (29).

La EPA, en su relevante documento *Water Quality Trading Toolkit for Permit Writers* elaborado en el año 2007 (y actualizado en el 2009), distingue, igualmente, dos modelos de mercado sobre la base de los sujetos intervinientes. De esta forma, el comercio de intercambio (y las modalidades de mercado subsiguientes) se puede producir, en primer lugar, entre fuentes directas de contaminación de las aguas (*Point Source-Point Source Trading*); y, en segundo lugar, entre fuentes directas y fuente difusas (*Point Source-Nonpoint Source Trades*). Sobre esta base, se distinguen cinco modelos de mercado (tres que integran la primera modalidad y dos de la segunda):

1. *Single Point Source – Single Point Source Trading Scenario*, en el que el intercambio se realiza entre dos fuentes directas de contaminación, una actuando como compradora y la otra como generadora del crédito de reducción y se realiza por acuerdo bilateral
2. *Multiple Facility Point Source Trading Scenario*, en el que operan varias fuentes directas de contaminación bajo un único acuerdo —marco— de intercambio. Este acuerdo, que establecerá las reglas base que regirán para el intercambio de créditos de contaminación, identificará específicamente las fuentes de contaminación que pueden participar en la actividad comercial, o bien determinará un límite geográfico (generalmente una cuenca hidrográfica), un tipo de contaminante, o ambos, que deberán cumplir los sujetos que deseen participar en el mercado (30).
3. *Point Source Credit Exchange Trading Scenario*, en el que un conjunto de fuentes puntuales o directas de contaminación pueden adquirir, mediante su compra, créditos de una central de intercambio sobre la base de las limitaciones que se establecen en relación a un efluente concreto. El intercambio de los créditos de reducción de contaminación se supervisa y gestiona por una entidad independiente, que puede ser una agencia estatal, un distrito de conservación u otra organización establecida al efecto (31).

---

(29) 2003 U.S. EPA Trading Policy, p. 1610.

(30) Esta modalidad de comercio es la que se ha utilizado en la cuenca del río Neuse, en el Estado de North Carolina, habiéndose llegado a formar, incluso, una asociación que agrupa las distintas fuentes de contaminación, denominada *Neuse River Compliance association*. Sobre este modelo concreto de programa de intercambio puede consultarse [https://www.epa.gov/sites/production/files/2016-04/documents/wqtradingtoolkit\\_app\\_a\\_case\\_studies.pdf#14,{%22name%22:%22FitH%22},797](https://www.epa.gov/sites/production/files/2016-04/documents/wqtradingtoolkit_app_a_case_studies.pdf#14,{%22name%22:%22FitH%22},797).

(31) Este modelo se ha utilizado, entre otras, en la cuenca hidrográfica de Long Island Sound, en el Estado de Connecticut. Puede consultarse en el siguiente enlace [https://www.epa.gov/sites/production/files/2016-04/documents/wqtradingtoolkit\\_app\\_a\\_case\\_studies.pdf#14,{%22name%22:%22FitH%22},797](https://www.epa.gov/sites/production/files/2016-04/documents/wqtradingtoolkit_app_a_case_studies.pdf#14,{%22name%22:%22FitH%22},797).

4. *Point Source – Nonpoint Source Trading Scenario*, en el que se produce un acuerdo comercial entre una única fuente directa y una o más fuentes difusas. En este modelo de mercado, la fuente(s) difusa(s) reduce(n) las cargas contaminantes por debajo de la línea de base establecida, generando créditos que podrán ser adquiridos por la fuente directa. En este sentido, el acuerdo comercial deberá reflejarse en el autorización de vertido que recibe la fuente directa, incorporando los términos del mismo (32).
5. *Nonpoint Source Credit Exchange Trading Scenario*, en el que se establece un programa de intercambio de créditos que generan múltiples fuentes difusas y que venden a diversas fuentes directas. Este mercado puede ser administrado por el estado correspondiente, por un distrito de conservación, por una entidad privada u por otro tercero. En esta tipología de mercado cabría la intervención de un intermediario, cuya finalidad sería la identificación de socios comerciales y facilitar los intercambios. Bajo esta premisa, cabrían dos tipos generales de intercambios: (1) un intercambio facilitado por intermediario, donde el agente reúne a las partes para comerciar directamente entre sí y (2) un intercambio centralizado, en el que las fuentes directas no están obligadas a tratar directamente con las fuentes puntuales, sino que la entidad que gestiona el mercado (33).

Junto a estas modalidades, sustentadas fundamentalmente por los sujetos intervinientes, se puede distinguir, a su vez, entre mercados abiertos y cerrados (34). Mientras en los mercados cerrados los agentes y las fórmulas de intercambio quedan claramente especificados en el programa, los mercados abiertos tienen un carácter menos regulado y no presentan límites en cuanto a las unidades de vertido que pueden ser intercambiadas o incorporadas a un banco público, admitiéndose, incluso que el adquirente sea un nuevo agente contaminante que no operaba en la zona (35).

Los mercados cerrados —o *case-by-case basis*— a pesar de ser más comunes, han sido objeto de algunas críticas, al entenderse que aumentan

---

(32) Como ejemplo de esta modalidad, la EPA destaca como la cooperativa de azúcar de remolacha del sur de Minnesota (SMBSC) quería construir su propia planta de tratamiento de aguas residuales; sin embargo, debido a una asignación de carga de residuos (*waterload allocation*, WLA) en el río Lower Minnesota, SMBSC tuvo que compensar completamente su capacidad de vertido de fósforo. Para hacerlo, negoció contratos con 256 de sus agricultores miembros para la adopción de buenas prácticas ambientales (por ejemplo, cultivos de cobertura) que permitiesen reducir sus cargas de fósforo y venderle los créditos de reducción que generasen. Un resumen de este ejemplo puede consultarse en el siguiente enlace: [https://www.epa.gov/sites/production/files/2016-04/documents/wqtradingtoolkit\\_app\\_a\\_case\\_studies.pdf#148,{%22name%22:%22FitH%22},797](https://www.epa.gov/sites/production/files/2016-04/documents/wqtradingtoolkit_app_a_case_studies.pdf#148,{%22name%22:%22FitH%22},797).

(33) Modelo utilizado en la cuenca hidrográfica del río Red Cedar, en el Estado de Wisconsin.

(34) Siguiendo, de nuevo, otra de las categorizaciones que lleva a cabo MOLINA GIMÉNEZ (2013: 492 y ss.) en su estudio sobre los programas de intercambio de cuotas en Estados Unidos.

(35) Véase MOLINA GIMÉNEZ (2013: 492).



la incertidumbre en el funcionamiento del mercado y, sobre todo, el tiempo de negociación, obligando a que en cada permiso se establezcan las pautas del acuerdo (36). En esta tipología de mercado, la Agencia reguladora establece un límite máximo de contaminación en la cuenca, asignando a cada fuente de vertido un número específico de unidades de vertido. Cuando éstos reducen las descargas o mejoran su calidad generan créditos que pueden ser cedidos, o bien reservados en banco público para su uso en el futuro (37). Ningún agente que no forme parte del programa puede participar en los intercambios (38).

Todas estas modalidades de mercado nos permiten concluir que se trata de un instrumento de protección ambiental de notable flexibilidad, que permite su adecuación a las circunstancias más propicias en cada caso y ámbito, ya que el correcto funcionamiento del mercado y la adopción de medidas que permiten un mayor aumento comercial redundan en un beneficio de la calidad de las aguas, que es el verdadero objetivo. Por ello, y tomando como referencia esta experiencia comparada, no se puede deducir un modelo óptimo general para su implantación en España, si bien parece evidente que el intercambio deberá admitirse entre fuentes directa e indirectas de vertido, la base territorial serán las demarcaciones hidrográficas y la supervisión de la administración hidráulica resultará exigible en todo caso.

#### **IV. EL MERCADO DE CUOTAS DE CONTAMINACIÓN DE LAS AGUAS EN ESPAÑA Y SU ADECUACIÓN A NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO**

En principio, y con carácter general, el mercado de intercambio de cuotas de reducción de la contaminación de las aguas carece en España de un acomodo normativo directo. Esto es, no existe ninguna previsión normativa que permita su aplicación inmediata en nuestro Ordenamiento, tratándose de un mecanismo de protección ambiental de indudable complejidad y ciertamente necesitado de regulación específica.

Cabría plantearse la posibilidad de entender que la regulación contenida en los artículos 67 y ss. del TRLA, en relación a los contratos de cesión de derechos a usos privativos del agua y los centros de intercambio de derechos, podría dar cobertura a este mercado de cuotas de contaminación, y más teniendo en cuenta que se trata de un instrumento jurídico ya consolidado en

---

(36) WILLAMETTE PARTNERSHIP World Resources Institute, and the National Network on Water Quality Trading (2015:49).

(37) MOLINA GIMÉNEZ (2013: 493).

(38) Ann POWERS (1998: 151-153).

nuestro Ordenamiento y que cuenta con un destacado poso doctrinal y de praxis administrativa que resultaría de gran utilidad para la implantación de un nuevo mecanismo de mercado. No obstante, el objeto de ambas transacciones resulta sensiblemente diverso, al igual que la finalidad de las mismas, hasta el punto de que difícilmente resultaría compatible este instrumento de protección ambiental con el régimen jurídico que los citados artículos imponen a la cesión de derechos para usos privativos del agua (39).

MOLINA GIMÉNEZ (2013: 505) entiende que de las normas sustantivas de la Ley de Aguas y de la correspondiente normativa comunitaria no se desprenden limitaciones jurídicas insalvables para la implantación de este tipo de estrategias. De hecho, considera este autor que este mecanismo de mercado ambiental podría tener encaje en el artículo 100 del TRLA (en su apartado cuarto), que otorga la posibilidad a la Administración, en el proceso de adjudicación o modificación de autorizaciones de vertido, de fijar plazos y programas de reducción de la contaminación para la adecuación progresiva de las características del efluente a los límites que la autorización fije. Disposición que conecta con la posibilidad que se contempla en el anexo VI, parte B, iv, de la Directiva Marco del Agua, de forma que entre las determinaciones a incluir en los programas de medidas se encuentran los acuerdos negociados en materia de medio ambiente.

Esta cobertura normativa no resulta, sin embargo, suficiente para desarrollar un instrumento jurídico tan espinoso y que presenta importantes aristas y elementos de significada complejidad a la hora de llevar a cabo su materialización práctica. Desde un punto de vista formal, parece indiscutible que se requiere que la implantación del mercado de cuotas de contaminación venga prevista por una norma de rango legal, al incidir claramente en los derechos de los titulares de las instalaciones afectadas (artículos 33 y 38, fundamentalmente, de la Constitución) y requerir de un instrumento normativo que otorgue suficiente estabilidad para no vulnerar el principio de confianza legítima de los sujetos intervinientes, que en algunos casos, deberán afrontar inversiones muy significativas para reducir sus niveles de vertido y generar créditos de reducción (40).

La competencia material para la aprobación de esta norma corresponderá, sin duda alguna, al Estado, por la confluencia de distintos títulos competenciales: la salvaguarda del principio de unidad de mercado, previsto en los artículos

---

(39) Afirma MOLINA GIMÉNEZ (2013: 506) que «en los mercados de contaminación no se transfiere ningún derecho sobre el agua, simplemente se ceden temporalmente derechos de contaminación que permiten compensar obligaciones de calidad no satisfechas».

(40) Requisito formal y material demandado para la implantación de instrumentos de mercado para la protección del medio ambiente por SANZ RUBIALES (2014:20).

139 y 149.1.1º de la Constitución (41); la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma prevista en el artículo 149.1.22º de nuestra Carta Magna; y, especialmente, la legislación básica sobre protección del medio ambiente que propugna el artículo 149.1.23º de la Constitución.

Mayor problemática supone dilucidar qué Administración deberá ejercer las esenciales funciones de supervisión y gestión del mercado. En principio, y dada la indiscutible conexión de estos mercados con el dominio público hidráulico, deberíamos hacer descansar dicha función en las reglas de atribución de competencias en materia de aguas; más aún si el ámbito territorial de desarrollo del mercado abarca el ámbito de una demarcación hidrográfica. De este modo, y al igual que en el caso de las autorizaciones de vertido que sirven como base a estos mercados, sería a la Administración hidráulica competente quien supervisase y, en su caso (si se optara por un modelo de gestión público), gestionase, el mercado de cuotas de contaminación correspondiente. Las mayores dificultades, como se ha apuntado, derivarían de mercados en los que el ámbito territorial abarcase a más de una demarcación hidrográfica (sobre todo si se trata de demarcaciones inter e intracomunitarias), obligando, en esos supuestos, a la utilización de mecanismos de colaboración y coordinación interadministrativa.

Como resulta inmediata a la intervención de una Administración en la supervisión del mercado, cabría afirmar que los conflictos que se generasen en el funcionamiento del mercado, no sólo entre el ente gestor y los agentes intervinientes, sino en las actividades comerciales que entre estos se realicen, deberían resolverse por dicho ente supervisor a través de la interposición del recurso administrativo correspondiente, que tendría naturaleza especial y debería, por ende y en aplicación de lo previsto en el artículo 112.2 de la Ley 39/2015, regularse en la Ley que previese este mecanismo de mercado ambiental. De la misma forma, y en atención a la intervención administrativa resolviendo dichos recursos, se atribuiría la competencia a la Jurisdicción contencioso-administrativa para la resolución de conflictos entre agentes que operan en el mercado, sin perjuicio de que podría resultar un ámbito propicio para la implantación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, en especial, el arbitraje administrativo.

La aprobación por Ley del mercado conllevaría, igualmente, la indudable ventaja de posibilitar la incorporación de un sistema sancionador que resultaría de utilidad para garantizar el cumplimiento de los mandatos del ente supervisor o gestor. No obstante, es cierto que este elemento no resulta imprescindible, pudiéndose sustituir por la adopción de mecanismos de ejecución forzosa

---

(41) Sobre la relevancia de este principio y su régimen de atribución competencial, véanse, entre otros, los estudios de TENA PIAZUELO (1997) y FERNÁNDEZ DE GATTA, D. (2015).

eficaces que permitan poner freno, de manera ágil, a los excesos que puedan cometer los agentes en el mercado (42).

Además de la regulación específica por Ley, también deberían desempeñar un papel importante los planes hidrológicos, previendo los límites o techos de emisión y los mecanismos y pautas de funcionamiento de cada uno de los mercados (forma concreta de asignación de derechos, sujetos intervinientes, ente gestor, objetivos progresivos de mejora de la calidad de las aguas, etc.).

No obstante, existen algunos problemas que la aprobación de este mercado podría implicar en nuestro Ordenamiento, sobre todo desde la perspectiva de algunos de los principios esenciales del Derecho de la Unión Europea en materia ambiental. El primero de ellos vendría determinado por la posibilidad de que a través de este mecanismo comercial se esquivase —aunque fuese de un modo indirecto— el principio positivizado en el Tratado de Funcionamiento de la Unión de «quien contamina, paga». Es evidente que bajo la óptica de este principio, la normativa debe garantizar que el agente que contamina sufrague el coste de dicha acción y de las medidas adoptadas para prevenir el daño, algo que en un mercado como el propugnado, en el que las cuotas de contaminación se adquieren vía compraventa, se cumple efectivamente, aunque no se trate de una internalización de costes directa (43).

## V. BIBLIOGRAFÍA

- CARO-PATÓN CARMONA, I. (2010): «La asignación nacional de derechos de emisión de gases de efecto invernadero: balance de su aplicación y crónica de su muerte», en el vol. col. coord. por Íñigo SANZ RUBIALES *El mercado europeo de Derechos de Emisión. Balance de su aplicación desde una perspectiva jurídico pública (2008-2012)*, Valladolid, Lex Nova, pp. 87-116
- CARO-PATÓN CARMONA, I. y ESCARTÍN ESCUDÉ, U. (2012): «Aguas y medio ambiente», Observatorio de políticas ambientales, coord. por Fernando LÓPEZ RAMÓN, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, pp. 345-371.
- DE LA CUESTA RUTE, J. M. (2015): «El Código mercantil y el principio de unidad de mercado», en el vol. col. dir. por María José MORILLAS JARILLO, María del Pilar PERALES VISCASILLAS y Leopoldo José PORFIRIO CARPIO, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III, Madrid, pp. 47-64.

---

(42) Véase SANZ RUBIALES (2014:19).

(43) Véase SANZ RUBIALES (2014:15). MOLINA GIMÉNEZ (2013: 506), por su parte, considera que la compra de derechos de contaminación no tiene por qué resultar negativa a los efectos del cumplimiento del citado principio «si se adaptan las tasas de vertido aplicables a las partes».

- FERNÁNDEZ DE GATTA, D. (2015): Las competencias del Estado como garantía de la unidad de mercado en la jurisprudencia constitucional, *Ars Iuris Salmanticensis ESTUDIOS*, Vol. 3, junio 2015, pp. 43-76.
- GASPARI, F. (2011): «Tutela dell'ambiente, regolazione e controlli pubblici: recenti sviluppi in materia di EU Emission Trading Scheme (ETS)», *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, pp. 1149-1182.
- GREEN STREAM NETWORK (2008): *Framework for a Nutrient Quota and Credits Trading System for the Contracting Parties of HELCOM in Order to Reduce Eutrophication of the Baltic*. Informe final elaborado para la Nordic Environment Finance Corporation.
- GREENHALGH, S. y SELMAN, M. (2012: 105) «Comparing Water Quality Trading Programs: What Lessons Are There To Learn?», en *The Journal of Regional Analysis and Policy JRAP* núm. 42(2), pp. 104-125.
- LABANDEIRA VILLOT, X. y RODRÍGUEZ, M. A. (2006): «Mercados para el control del cambio climático en España», *Cuadernos económicos de ICE*, ISSN 0210-2633, N° 71, 2006 (ejemplar dedicado a: Diseño y evaluación de políticas de protección ambiental), pp. 177-197.
- LÓPEZ GORDO, J. F. (2010): *Medio ambiente comunitario y Protocolo de Kioto: la armonización de la imposición energética o un mercado sobre emisiones de gases de efecto invernadero*, La Ley, Madrid.
- MENÉNDEZ REXACH, Á. (2002): «Consideraciones sobre los mercados de aguas en España. En especial, los contratos de cesión de aprovechamiento en la legislación estatal de aguas», en el vol. col. dir. por Antonio EMBID IRUJO *El derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, vol. 1, Civitas, Madrid, pp. 65-82.
- MOLINA GIMÉNEZ, Andrés (2013): «Mercados ambientales aplicados a la calidad del agua. Transmisión de cuotas de contaminación entre vertidos directos y difusos en el Derecho americano», *Revista de Administración Pública* núm. 191, pp. 481-510
- OCDE. TRADE AND AGRICULTURE DIRECTORATE. JOINT WORKING PARTY ON AGRICULTURE AND THE ENVIRONMENT (2012), *Water quality trading in agriculture*. Disponible en <http://www.oecd.org/tad/sustainable-agriculture/waterqualityandagriculturemeetingthepolicychallenge.htm>.
- SANZ RUBIALES, Í. (dir.) (2007): *El mercado de derechos a contaminar. Régimen jurídico-público del mercado comunitario de derechos de emisión en España*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 470 pp.
- SANZ RUBIALES, Í. (2009): «El mercado europeo de emisiones y su aplicación en España», en VV.AA., *Hacia una política comunitaria europea en cambio climático y sus consecuencias para España*, Universidad de Burgos, pp. 201 y ss.

- «¿Mercados para la protección del medio ambiente?», en *Veredas do Direito, Belo Horizonte*, vol.11, núm. 21, Janeiro/junho de 2014, pp. 11-30.
- SANZ RUBIALES, Í. y CARO-PATÓN CARMONA, I. (2013): «Los mercados artificiales de recursos naturales», en el vol. col. dir. Javier SANZ LARRUGA, Marta GARCÍA PÉREZ, Juan José PERNAS GARCÍA y Xaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Libre mercado y protección ambiental: intervención y orientación ambiental de las actividades económicas*, Madrid, INAP, pp. 463-488.
- TENA PIAZUELO, V. (1997): *La unidad de mercado en el estado autonómico*, Madrid, Escuela Libre.
- WALKER, S. y SELMAN, M. (2014): *Addressing risk and uncertainty in water quality trading markets*, WRI Issue Brief, disponible en [http://wriorg.s3.amazonaws.com/s3fs-public/wri\\_issuebrief\\_uncertainty\\_3-9\\_final.pdf](http://wriorg.s3.amazonaws.com/s3fs-public/wri_issuebrief_uncertainty_3-9_final.pdf).
- WILLAMETTE PARTNERSHIP World Resources Institute, and the National Network on Water Quality Trading (2015): *Building a Water Quality Trading Program: Options and Considerations*. Disponible en la página Web <http://willamettepartnership.org/wp-content/uploads/2015/06/BuildingaWQTProgram-NNWQT.pdf>.

# MERCADO ÚNICO Y PROTECCIÓN AMBIENTAL

GERARDO GARCÍA-ÁLVAREZ

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: LA CONCILIACIÓN ENTRE MERCADO ÚNICO Y PROTECCIÓN AMBIENTAL.– II. DERECHO COMUNITARIO ORIGINARIO: LA PROTECCIÓN AMBIENTAL COMO CAUSA DE EXCEPCIÓN A LAS LIBERTADES COMUNITARIAS.– III. LA PROTECCIÓN AMBIENTAL COMO JUSTIFICACIÓN DE LIMITACIONES A LAS LIBERTADES COMUNITARIAS EN LA JURISPRUDENCIA.– IV. DERECHO DERIVADO: LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LA DIRECTIVA DE SERVICIOS.– V. CONCLUSIONES: LIMITACIONES A LAS LIBERTADES COMUNITARIAS Y MEDIDAS ECONÓMICAS.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** La Unión Europea está construida sobre el mercado único, articulado a través de las cuatro libertades comunitarias de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. La protección ambiental ha sido reconocida por la jurisprudencia, primero, y posteriormente por normas comunitarias como la Directiva Servicios, como razón imperiosa de interés general, es decir, causa legítima de limitación de las libertades comunitarias. No obstante, las medidas de protección ambiental deberán pasar un ulterior test, fundamentalmente basado en su necesidad y proporcionalidad. Las medidas económicas tendrán muchas menos dificultades para superar ese test que las prohibiciones, restricciones o cargas administrativas adicionales, además de repercutir menos negativamente en la competitividad de las empresas y, por tanto, de la economía europea en su conjunto.

**Palabras clave:** Unión Europea; protección ambiental; razón imperiosa de interés general; proporcionalidad; protección mediante medidas económicas.

**ABSTRACT:** *The foundation of the European Union is the single market, which is articulated through the four freedoms: free movement for goods, services, capital and people. The protection of the environment has been recognized by the jurisprudence as overriding reason relating to the public interest jurisprudence, received by legal norms of the European Union such as the Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market. Consequently, it constitutes a legitimate cause of limitation of any of the four freedoms. However, any limitation must pass a proportionality test. Economic measures are less restrictive and more respectful of free enterprise initiative. They are also less harmful to the competitiveness of companies. However, in many cases they are sufficient to reach demanding standards of environmental protection.*

**Key words:** *European Union; protection of the environment; overriding reason relating to the public interest; proportionality; economic measures of protection.*

## I. INTRODUCCIÓN: LA CONCILIACIÓN ENTRE MERCADO ÚNICO Y PROTECCIÓN AMBIENTAL

El mercado único, basado en la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, consagrada en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, es el eje de la Unión Europea. Estas libertades constituyen principios fundamentales de la normativa comunitaria, susceptibles de ser limitadas en determinadas circunstancias, pero tales limitaciones deberán cumplir determinados requisitos para poder ser consideradas conformes al Derecho comunitario. Un límite absoluto es la prohibición de que puedan comportar una desigualdad de trato que suponga una discriminación entre operadores económicos, lo que deberá determinarse no sólo *a priori*, sino en función del resultado producido: como se señala en la Sentencia del TJUE de 5 de febrero de 2014 (1), «las normas sobre igualdad de trato no sólo prohíben las discriminaciones manifiestas basadas en el domicilio social de las sociedades, sino también en *cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado*». Por otra parte, las libertades comunitarias pueden limitarse sólo si la restricción de alguna de ellas es necesaria por alguna de las razones imperiosas de interés general reconocidas por la jurisprudencia, siempre que la medida acordada sea adecuada para garantizar la realización del objetivo de que se trate y proporcionada, no yendo más allá de lo necesario, como se reconoce, entre otras muchas, en la ya citada Sentencia de 5 de febrero de 2014. En este sentido, cuestiones como la protección del ambiente o la ordenación del territorio han sido reconocidas como razón imperiosa de interés general, entre otras en la Sentencia del TJUE de 24 de marzo de 2011, (2) C-400/08, en la que no obstante se precisa que «las razones que pueden ser invocadas por un Estado miembro para justificar una excepción al principio de libertad de establecimiento deben ir acompañadas de un *análisis de la oportunidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por dicho Estado miembro, así como de los datos precisos que permitan corroborar su argumentación*». Recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha vuelto sobre esta cuestión, a propósito de la normativa de diversas comunidades autónomas españolas sobre grandes

---

(1) Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de febrero de 2014, *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi Kft. contra Nemzeti Adó-és Vámhivatal Közép-dunántúli Regionális Adó Főigazgatósága*, Asunto C-385/12, petición de decisión prejudicial motivada por un impuesto que afectaría a la libertad de establecimiento, al establecer un impuesto excepcional sobre el volumen de negocios del comercio al por menor en establecimientos, comportando en determinados casos un efecto discriminatorio de forma indirecta.

(2) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 24 de marzo de 2011, Comisión Europea contra Reino de España, Asunto C-400/08, a propósito de la normativa relativa al establecimiento de superficies comerciales en Cataluña.



superficies comerciales, en tres sentencias de 26 de abril de 2018 (3), reconociendo la existencia de una razón imperiosa de interés general y entendiendo que la medida adoptada —la regulación de tributos ambientales— resultaba adecuada y proporcionada. La posibilidad de las limitaciones de las libertades comunitarias, así como su condicionamiento han sido también recibidas en determinadas normas comunitarias, en las que se ha codificado la jurisprudencia, como la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior.

En consecuencia, aunque cuando se cuestione la corrección jurídica de una determinada medida, la solución concreta a dar a determinados casos pueda variar, pues en muchas ocasiones las cuestiones de matiz son las que motivan la decisión final, este estado de cosas constituye el Derecho aplicable desde hace ya un largo tiempo: no sólo en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, todavía en evolución, sino por la labor codificadora del legislador comunitario, realizada fundamentalmente a través de la ya citada Directiva Bolkestein o Directiva de Servicios. (4) Efectivamente, a esta norma se le ha atribuido un carácter codificador más que innovador: la jurisprudencia comunitaria es reiteradamente invocada como fundamento principal de la Directiva, tanto en el preámbulo de la Directiva e incluso en el articulado, fundamentalmente sobre el concepto central de «razones imperiosas de interés general» que permite establecer excepciones a las reglas generales (5). Jurisprudencia también profusamente citada en el *Manual sobre transposición de la Directiva de Servicios* de la Comisión Europea (6). Por otra parte, es significativo que

---

(3) Sentencias del TJUE de 26 de abril de 2018, dictadas en los asuntos C-233/16 (Cataluña), C-234/16 y C-235/16 (Asturias) y C-236/16 y C-237/16 (Aragón). Estos pronunciamientos son estudiados en este mismo monográfico por Fernando López Pérez.

(4) Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios del mercado interior.

(5) Pueden traerse a colación las siguientes cuestiones: sobre el concepto de «razones imperiosas de interés general» (40 y art. 4.8), a propósito de la exclusión del reembolso de los gastos por los servicios sanitarios prestados por un Estado distinto al de residencia (23), a efectos del concepto de «servicio» cuando exista financiación pública (34), sobre el lugar de establecimiento del prestador (37), sobre la inclusión en tal concepto de los objetivos de salud pública, protección de los consumidores, sanidad animal y protección del entorno urbano (56), sobre los criterios para evaluar los requisitos no discriminatorios que puedan restringir sensiblemente el mercado interior (69), sobre la licitud de requisitos adicionales establecidos en función de objetivos de política social (71), sobre la distinción entre libertad de establecimiento y libre prestación de servicios (78), sobre el derecho de los Estados de evitar el abuso por los prestadores de las ventajas inherentes al mercado interior único (79), sobre los requisitos de las excepciones basadas en la protección de los trabajadores (82), sobre la exclusión de las cuestiones relacionadas con la matriculación de vehículos objeto de arrendamiento financiero en un Estado distinto al de su utilización (89), etc.

(6) COMISIÓN EUROPEA(2007): *Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas.

en el texto de la propia Directiva se preveía la prevalencia de otros «actos comunitarios» que hagan referencia a «aspectos concretos relacionados con el acceso a la actividad de un servicio o su ejercicio en sectores concretos o en relación con profesiones concretas» (art. 3.1 y exposición de motivos núm. 30), por lo que en lo que se refiere a la protección ambiental, las normas comunitarias sobre evaluación de impacto ambiental, evaluación estratégica o autorización ambiental integrada son prevalentes.

Ciertamente, pese a su carácter codificador, la aprobación de la Directiva produjo cambios relevantes en función de la eficacia jurídica de las distintas fuentes jurídicas (7). Lo mismo puede decirse de la incorporación de sus contenidos a una norma básica: la trasposición articulada mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, comportó la transformación de los preceptos de la Directiva en normas básicas, parte del bloque de la constitucionalidad, y la derogación de las normas anteriores contrarias.

En consecuencia, la interpretación de las libertades comunitarias incorporada por la Directiva Servicios tuvo efectos en varios planos. Primero, simplificación normativa, imponiendo la evaluación de los requisitos previstos para la prestación de servicios. Segundo, una simplificación administrativa, limitando los requisitos formales e imponiendo el reconocimiento mutuo entre los Estados miembros de las comprobaciones administrativas. Tercero —y probablemente el aspecto más llamativo—, un aligeramiento de los controles, imponiendo una sustitución generalizada de las autorizaciones administrativas, conforme a un concepto muy amplio de las mismas, por otras formas de control administrativo que no ralenticen el acceso al mercado de los prestadores de servicios.

No obstante, estos efectos se han visto matizados en la legislación posterior, especialmente en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Los principios de buena regulación y la evaluación de impacto normativo, no sólo de las normas en proceso de elaboración, sino de las ya existentes, han sido incorporados como legislación básica en los art. 129, 130, 132 y concordantes de la LPC. (8) Un

---

(7) En este sentido, ya se señaló en su momento por la doctrina que a pesar de que buena parte del contenido de la Directiva no fuese novedoso, sino recopilatorio de la jurisprudencia, sí era destacable «haber convertido esa jurisprudencia en una disposición general y haber montado un sistema específico para asegurar el efectivo cumplimiento de ésta en todo el ámbito de la Unión» (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2007, p. 194). En un sentido coincidente, VILLAREJO GALENDE (2009, p. 448, en nota), cita diversos autores europeos que abundan en distintos aspectos de la incidencia del cambio de las reglas de fondo en el sistema de fuentes.

(8) Estos preceptos se han visto afectados por la STC 55/2018, de 24 de mayo. De acuerdo con este pronunciamiento, no resultarían aplicables a las iniciativas legislativas de las comunidades autónomas, aunque sí acepta la aplicación de los principios de buena regulación a la normativa reglamentaria autonómica, invocando el precedente establecido por la STC

esfuerzo de simplificación procedimental y relación electrónica con la Administración es apreciable en el conjunto de la Ley, especialmente en el art. 53, relativo a los derechos del interesado en el procedimiento administrativo (9).

Por el contrario, se establece una régimen especial de silencio en materia ambiental. Existe un cierto consenso en descartar que con carácter general se pueda prescindir de las autorizaciones administrativas y su sustitución por técnicas como la comunicación previa, que supondrían en la práctica —quizá no en la teoría— un menor control de actividades potencialmente dañosas. Es más, la doctrina había puesto en duda la posibilidad de una conversión del silencio administrativo negativo, que ha sido tradicionalmente la regla en los procedimientos administrativos que afectan a cuestiones ambientales, en una regla general de silencio positivo (10). El legislador ha sido sensible a este planteamiento y en la LPC se establece una regla general de silencio negativo para las autorizaciones ambientales, contempladas en el art. 24.1, párrafo segundo, estableciéndose que el «silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos» que «impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente».

## II. DERECHO COMUNITARIO ORIGINARIO: LA PROTECCIÓN AMBIENTAL COMO CAUSA DE EXCEPCIÓN A LAS LIBERTADES COMUNITARIAS

La protección ambiental forma parte actualmente del Derecho comunitario originario, por haber sido incluido en los tratados (11). En el Tratado de la Unión Europea la protección del ambiente está entre los objetivos de la Unión (art. 3.3), que se refiere expresamente no sólo al desarrollo sostenible de Europa sino a «*un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente*». (12) Era todavía más claro el art. 6 del Tratado de la Comu-

---

91/2017, de 6 de julio, FJ 6. No obstante, preceptos como los relativos a la planificación normativa contenida en el art. 132 desbordarían el ámbito de lo básico, al descender a cuestiones de detalle.

(9) Sobre el marco general de los procesos de mejora normativa, *vid.* CANALS (2009, pp. 43-67); GAMERO (2013, pp. 79-126).

(10) SANZ RUBIALES (2010, p. 604).

(11) Una síntesis del proceso de asunción de los objetivos ambientales por el Derecho comunitario en LOZANO (2010, pp. 215-229).

(12) «La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en *un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente*. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico».

nidad Europea, cuyo contenido ha sido incorporado al art. 11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea:

«Las exigencias de la *protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización* de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible».

Este precepto está desarrollado en el Título XX del propio Tratado, relativo al medio ambiente, que comprende los artículos 191 a 193 del TFUE, que son equivalentes a los antiguos art. 174 a 176 del Tratado de la Comunidad Europea. En consecuencia, la protección del ambiente tiene la consideración de objetivo de la política comunitaria, lo que justifica la existencia de excepciones a las libertades comunitarias, como las previstas en la Directiva Servicios. En concreto, el propio TFUE legitima la adopción de medidas ambientales más estrictas que las previstas por el Derecho comunitario derivado, cuando en el art. 191.2, párrafo segundo, se permite incluir, dentro de las medidas de armonización por razones estrictamente ambientales y en los casos apropiados, «una cláusula de salvaguardia que autorice a los Estados miembros a adoptar, por motivos medioambientales no económicos, *medidas provisionales* sometidas a un procedimiento de control de la Unión». En el mismo sentido, en el art. 193 TFUE se habilita a los Estados para *incrementar* la protección ambiental más allá de las exigencias comunitarias:

«Las medidas de protección adoptadas en virtud del artículo 192 no serán obstáculo para el *mantenimiento y la adopción, por parte de cada Estado miembro, de medidas de mayor protección*. Dichas medidas deberán ser compatibles con los Tratados y se notificarán a la Comisión».

No obstante, en el Tratado las razones imperiosas de interés general son muy limitadas y no incluyen la protección ambiental. De hecho, en la propuesta inicial elaborada por la Comisión de la Directiva Servicios sólo contemplaban como razones imperiosas de interés general los supuestos expresamente recogidos en el Tratado de la Unión Europea: básicamente orden público, seguridad pública y salud pública. (13) No obstante, prevaleció la idea de incorporar los desarrollos jurisprudenciales, que han ampliado el ámbito de las razones imperiosas de interés general a otros supuestos no expresamente incluidos en los tratados, como los de carácter social, protección de los consumidores y

---

(13) TFUE art. 36: «Las disposiciones de los artículos 34 y 35 no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros».

usuarios o, en general, del destinatario de los servicios, de los trabajadores, el bienestar animal, la prevención de fraudes, la prevención de la competencia desleal, la protección de los acreedores, la política cultural, la conservación del patrimonio nacional histórico y artístico o, finalmente, *la protección del medio ambiente y del entorno urbano* (14). Finalmente, no sólo se incluyó una versión extensa de posibles razones imperiosas de interés general, sino que se reconoció expresamente en el fundamento 40 que *la jurisprudencia puede seguir ampliando en el futuro esa lista, por lo que tiene un carácter abierto, enunciativo y no exhaustivo*.

Sin embargo, en la Ley 17/2009 esa lista tiene carácter cerrado, exhaustivo (15). La enunciación de las razones imperiosas de interés general resulta más restrictiva que la contenida en la Directiva de Servicios, no sólo en su exposición de motivos, sino en el artículo 4.8, en el que se contiene una definición de razón imperiosa de interés general como «razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, *incluidas (...)*». La conclusión evidente es que las razones enunciadas en los textos legales no son las únicas admisibles, puesto que el Tribunal de Justicia puede ampliar la lista en el futuro, tal como ha hecho en el pasado, en contraste con lo que en la Ley 17/2009 se dice: «*limitadas a las siguientes*». Es una incorrecta transposición de la Directiva de Servicios que debería haber sido corregida (16). No obstante, la jurisprudencia comunitaria ha mostrado una considerable estabilidad en este aspecto durante los últimos años, por lo que la innecesaria rigidez introducida por el legislador español no se ha traducido en distorsiones aplicativas en la práctica (17).

---

(14) SÁNCHEZ ARMAS (2009, pp. 412-413). Sobre el largo y complejo proceso de elaboración y aprobación de la Directiva, *vid.* VILLAREJO GALENDE (2009, pp. 23-31), RIVERO ORTEGA (2009, pp. 55-59), VICENTE BLANCO (2010, pp. 36-49).

(15) Artículo 3. Definiciones. «A los efectos de esta Ley se entenderá por: (...) 11. *Razón imperiosa de interés general*: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *limitadas las siguientes*: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, *la protección del medio ambiente y del entorno urbano*, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural».

(16) LOZANO CUTANDA (2010, p. 7).

(17) En la reciente Directiva (UE) 2018/958 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de junio de 2018 relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones, se expone el estado de la cuestión en los términos siguientes (considerando 17): «Cuando el acceso a actividades por cuenta propia o ajena y su ejercicio estén supeditados al cumplimiento de determinados requisitos relacionados con cualificaciones profesionales específicas, establecidos de forma directa o indirecta por los Estados miembros, es necesario

En el *Manual de Transposición de la Directiva* elaborado por la Comisión, no se menciona jurisprudencia alguna del Tribunal de Justicia sobre el medio ambiente como justificador de la introducción de requisitos a la libre prestación de servicios, aunque sí se recogen criterios a tener en cuenta por los Estados miembros, aunque extraídos directamente de los Tratados: tras enunciar la posibilidad reconocida a los legisladores nacionales en el art. 16.1 y 3 de la Directiva («Los Estados miembros tienen la posibilidad de garantizar que los prestadores de servicios cumplan con sus respectivas *normas nacionales, regionales o locales sobre protección del medio ambiente*»), ejemplifica algunos supuestos posibles de normas ambientales nacionales como protección contra la contaminación acústica, haciendo referencia a modo de ejemplo a niveles máximos de ruido respecto al uso de cierta maquinaria, el uso de sustancias peligrosas con vistas a la prevención de daños al medio ambiente, la eliminación de residuos producidos en el curso de una actividad de servicios, entre otros (18). No obstante, la Comisión formula un criterio limitativo de la excepción que, aunque no se cite la jurisprudencia, sí parece extraído de la misma:

«En todos estos casos ha de examinarse con detenimiento si la aplicación de los requisitos del Estado miembro anfitrión es *necesaria y proporcionada*».

Como ejemplo de supuesto en el que la norma ambiental nacional no sería exigible, la Comisión aporta el siguiente: «puede que un prestador sea objeto ya de auditorías medioambientales en su Estado miembro de establecimiento para determinar la idoneidad medioambiental de su explotación y de sus métodos de trabajo y *los requisitos vigentes en el Estado miembro anfitrión no deberán dar lugar a un solapamiento de normas en este terreno*».

---

garantizar que dichos requisitos estén justificados por objetivos de interés público, como los que se consideran como tales en el TFUE, a saber, orden público, seguridad y salud públicas, o por razones imperiosas de interés general, reconocidas como tales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Asimismo, es necesario aclarar que, entre las razones imperiosas de interés general reconocidas por el Tribunal de Justicia, están: la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social; la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios, también mediante la garantía de la calidad de los trabajos de artesanado, y de los trabajadores; la garantía de una buena administración de justicia; la garantía de la equidad de las transacciones comerciales; la lucha contra el fraude y la prevención del fraude fiscal y la evasión fiscal, y la salvaguardia de la eficacia de la supervisión fiscal; la seguridad en el transporte; la *protección del medio ambiente* y del entorno urbano; la sanidad animal; la propiedad intelectual; la protección y conservación del patrimonio histórico y artístico nacional; los objetivos de política social; y los objetivos de política cultural. Según reiterada jurisprudencia, las razones puramente económicas, como el impulso de la economía nacional en detrimento de las libertades fundamentales, y las razones puramente administrativas, como la realización de controles o la recopilación de estadísticas, no pueden constituir razones imperiosas de interés general». Los términos anteriores se reiteran, ya en términos prescriptivos, en el art. 6.2 y 6.3 de la Directiva.

(18) COMISIÓN EUROPEA, *Manual sobre la transposición...*, cit., n. 7131, p. 41. Énfasis añadido.

Desde otro punto de vista, deben tenerse en cuenta los principios de precaución y de prevención en la normativa ambiental comunitaria y, por lo tanto, vinculantes para la normativa estatal de desarrollo (art. 191.2 TFUE), lo que obliga a desarrollar instrumentos de control previos a las actividades que puedan tener incidencia ambiental (19). Esto lleva a considerar que la autorización, que es junto con la evaluación ambiental una de las técnicas más características de prevención, seguirá teniendo un amplio campo de aplicación en este terreno. Las autorizaciones ambientales se adscriben en muchos casos al tipo de autorizaciones «de funcionamiento» u «operativas», que confieren amplias facultades de control a la Administración durante toda su vigencia, incluso de modificación para adaptar el funcionamiento a situaciones sobrevenidas, como deterioros ambientales imprevistos, mejoras tecnológicas o cambios normativos. Ciertamente la autorización es la técnica que permite un mejor control preventivo de las actividades con incidencia ambiental, cuyo ejercicio se condiciona a la *previa* comprobación de su adecuación al ordenamiento jurídico y a la valoración del interés público afectado (20). En este campo, la autorización es una técnica de control adecuada para conciliar el respeto a la libertad y a la iniciativa privada con la defensa del derecho colectivo al medio ambiente.

En todo caso, los motivos ambientales han de tener el soporte real de la decisión, sin servir de camuflaje a motivaciones económicas, como señaló la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de septiembre de 2015 (21).

En cuanto a la cuestión de la posible inactividad de la Administración, se ha señalado ya la opción del legislador básico por establecer el silencio negativo, no sólo para las autorizaciones ambientales, sino con un carácter más amplio, para todos los procedimientos de solicitud potencialmente sensibles para la protección ambiental, regla establecida en el art. 24.1, párrafo segundo, en el que se prescribe que el «silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos» que «impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente». Parece tratarse de una regla que no ha suscitado críticas, aunque podría cuestionarse su carácter poco matizado. Ciertamente, tanto en la Directiva Servicios como en el art. 6 de la Ley 17/2009, se establece el silencio administrativo positivo como regla general, relegando los supuestos de silencio administrativo negativo a excepciones previstas en una norma con rango de ley justificadas por razones imperiosas de interés general.

---

(19) CIERCO SEIRA (2004, pp. 73-126).

(20) LOZANO (2010, p. 451).

(21) Recurso de Casación núm. 3408/2014, ECLI:ES:TS:2015:3866, Ar. RJ 2015\4707, ponente Jesús Ernesto Peces Morate.

Podría quizá defenderse un reconocimiento generalizado del silencio positivo en la concesión de autorizaciones, como el introducido para las licencias urbanísticas, dado que en relación con la protección del medio ambiente podría considerarse suficientemente garantizada la protección con la exigencia de la autorización previa y con las facultades de inspección de eventual revisión de oficio de la Administración. Al no justificarse suficientemente la concurrencia de una razón de interés general, el carácter negativo del silencio para una actividad incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios, esa disposición legal podrá ser considerada contraria al Derecho comunitario e inaplicable por el juez ordinario. (22) Sin embargo, la jurisprudencia ha admitido no sólo la posibilidad de mantener un régimen autorizatorio, sino incluso de silencio negativo, como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la ya citada sentencia de 24 de marzo de 2011 o, con anterioridad, en la Sentencia de 11 de marzo de 2010, caso *Attanasio Group*, C-384/08, relativa a una normativa nacional en la que se establecían distancias mínimas entre estaciones de servicio.

Finalmente, tanto en la Ley 17/2009 (art. 7.3) como en la Directiva Servicios (considerando 59) se incluye la protección ambiental entre las razones que permiten exceptuar la regla general y limitar tanto el efecto de las autorizaciones como el de las comunicaciones previas o declaraciones responsables a una parte específica del territorio nacional, siempre y cuando esté justificado por razones de protección del medio ambiente, por supuesto siempre de forma proporcionada, no discriminatoria y suficientemente motivada.

### III. LA PROTECCIÓN AMBIENTAL COMO JUSTIFICACIÓN DE LIMITACIONES A LAS LIBERTADES COMUNITARIAS EN LA JURISPRUDENCIA

Aunque no haya citas de sentencias en el «Manual de Transposición» de la Directiva de Servicios elaborado por la Comisión, sí hay jurisprudencia sobre el alcance de la protección ambiental como posible límite a las libertades comunitarias. La mayor parte de esas sentencias han recaído en supuestos en que la libertad comunitaria afectada era la libre circulación de mercancías,

---

(22) La primacía del Derecho comunitario viene siendo afirmada por el Tribunal de Justicia desde la Sentencia de 15 de julio de 1964, *Flaminio Costa/E.N.E.L.*, lo que comportaría el deber del juez nacional de dejar sin aplicación la norma, ya sea anterior o posterior a la Directiva, como se viene afirmando desde la Sentencia de 9 de marzo de 1978, *Simmethal*. En España, el Tribunal Constitucional en sus sentencias 29/1991, de 14 de febrero y 58/2004, de 19 de abril, ha reconocido a los jueces la facultad de inaplicar las disposiciones legales contrarias al Derecho comunitario, previo planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE en los casos dudosos, lo que sería el caso, pues la Directiva no establece de modo absolutamente «claro, preciso e incondicional» una restricción a la regla del silencio negativo.



incluidos los residuos. No obstante, el examen de la argumentación de las sentencias muestra que los mismos criterios pueden ser aplicados a otras libertades comunitarias, aunque su incidencia en la práctica será menor.

Como es sabido, la jurisprudencia comunitaria sobre la libre circulación de mercancías parte del célebre caso del «Cassis de Dijon», resuelto por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de febrero de 1979, denominada precisamente *Cassis de Dijon*, en la que se definió por primera vez «el principio de reconocimiento mutuo», de acuerdo con el cual cualquier producto fabricado y comercializado en un Estado miembro y conforme a las normas de ese Estado, debe en principio ser admitido en cualquier otro Estado miembro, en aplicación del principio de confianza. Las únicas excepciones derivarían de la existencia de razones imperiosas de interés general, aplicadas de forma proporcionada. Este ha sido el criterio aplicado a las restantes libertades comunitarias.

El reconocimiento de la protección ambiental como razón imperiosa de interés general se produjo en dos fases: primero como «objetivo ambiental de interés general», que posteriormente se transformaría en una «exigencia imperativa de interés general».

El primer paso se dio con la Sentencia de 7 de febrero de 1985, «Association de défense des brûleurs d'huiles usagées», caso 240/1983. La cuestión litigiosa partía de la Directiva 75/439/CEE del Consejo, de 16 de junio de 1975, relativa a la gestión de aceites usados, como consecuencia de la cual, el Tribunal de Justicia ha tenido que pronunciarse en repetidas ocasiones. Una normativa francesa de 1979 había impuesto un sistema de recuperación que exigía la autorización administrativa para las empresas responsables de la recogida y eliminación de aceites usados, además de la creación de zonas con derecho exclusivo de recogida y eliminación, en las que sólo el titular de la autorización podía realizar las recogidas, lo que garantizaba la rentabilidad de las empresas y permitió imponer el reciclaje del aceite en lugar de la incineración. Sin embargo, en la práctica esta norma tuvo el efecto indirecto de restringir las exportaciones de aceites usados, aunque podían defenderse como medidas necesarias desde los puntos de vista económico y medioambiental. Varios grupos de empresas que exportaban sus aceites usados cuestionaron la validez de la normativa, lo que dio lugar a dos sentencias en las que el juez comunitario consideró que algunas medidas del sistema francés constituían una barrera implícita a los intercambios intracomunitarios y que, por tanto, la Directiva de 1975 y las normas sobre libre circulación de mercancías habían sido vulneradas (23).

---

(23) Sentencias del Tribunal de Justicia de 23 de marzo de 1983, «Groupement d'intérêt économique 'Inter-Huiles' et autres», asunto núm. 172/82, y de 9 de febrero de 1984, «Groupement d'intérêt 'Rhônes-Alpes Huiles'», asunto núm. 295/82.

Una tercera cuestión prejudicial, presentada en función de la demanda de la «Association de défense des brûleurs d'huiles usagées», se refería a la validez de la propia directiva, fundamentalmente en cuanto que reconocía a los Estados miembros la posibilidad de delimitar áreas de recogida con derechos exclusivos para una o varias empresas, lo que podía ser contrario a los principios comunitarios de libertad de comercio, libertad de circulación de mercancías y libre competencia. En su decisión, el Tribunal de Justicia señaló en primer lugar que «el principio de libertad de comercio no se considera un absoluto, sino que está sujeto a determinadas limitaciones justificadas por objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad, mientras no se afecte a la sustancia de esos derechos» (fto. 11). También señaló que no existían evidencias de que la Directiva de 1975 hubiese superado esos límites. Las normas de Derecho comunitario derivadas cuestionadas se hallarían «*encuadradas en la protección del medio ambiente, que es uno de los objetivos esenciales de la Comunidad*» (fto. 12). Sin embargo, la Corte remarca que las disposiciones «no deben [...] ser discriminatorias, ni ir más allá de las restricciones inevitables justificadas por la búsqueda del interés general que es la protección del medio ambiente». En consecuencia, *las normas serían válidas en cuanto justificadas por un «objetivo ambiental de interés general»* (fto. 9).

Es destacable que el reconocimiento jurisprudencial del medio ambiente derivó de una interpretación extensiva del Preámbulo y, sobre todo del famoso art. 2 del Tratado de Roma (24), puesto que se produjo con anterioridad a la aprobación del Acta Única Europea en 1986, que fue el instrumento a través del que se introdujo en el Tratado el encargo a la Comunidad de velar por «la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente, la protección de la salud de las personas y la utilización prudente y racional de los recursos naturales», aunque con sujeción al principio de subsidiariedad, de acuerdo con el cual la Comunidad sólo debería intervenir cuando el objetivo sea más fácilmente alcanzable a escala comunitaria.

El reconocimiento del medio ambiente como exigencia imperativa o razón imperiosa de interés general se produce con la Sentencia de 20 de septiembre de 1988, Comisión contra Reino de Dinamarca, C-302/86, o caso «botellas danesas». Dinamarca había implantado desde 1981 un sistema obligatorio de devolución de los envases de cervezas y refrescos, que obligaba a los productores a comercializar las bebidas en envases reutilizables, a poner en marcha un sistema de consigna y devolución y establecía una autorización

---

(24) «La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la aproximación progresiva de las políticas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un desarrollo continuo y equilibrado, una mayor estabilidad, una creciente elevación del nivel de vida y un estrechamiento de las relaciones entre los Estados miembros»

previa de los envases por un organismo estatal. Posteriormente, en 1984, esta regulación se flexibilizaría, permitiendo utilizar envases no metálicos sin previa autorización a pequeños productores o a empresas extranjeras para testar el mercado. La reglamentación danesa ha sido objeto de numerosas quejas dirigidas a la Comisión por fabricantes extranjeros de bebidas y por asociaciones de comercio minorista, argumentando que hacía casi imposible la exportación de bebidas a Dinamarca. Finalmente, la Comisión planteó la cuestión ante el Tribunal de Justicia. En la sentencia se argumenta que «los obstáculos a la libre circulación intracomunitaria que resulten de diferencias entre las normativas nacionales son aceptables en la medida en que la regulación nacional, indistintamente aplicable a los productos nacionales e importados, pueda ser justificada como necesaria para satisfacer exigencias imperativas», para a continuación *reconocer que el medio ambiente puede ser una «exigencia imperativa»*. En cuanto a la cuestión concreta, el Tribunal consideró que el sistema de reutilización de envases resultaba proporcionado y, por tanto, compatible con el Derecho comunitario, pero en cambio el deber de obtener una autorización administrativa para cada tipo de envase, no, por infringir el principio de proporcionalidad. Concretamente, el Tribunal afirmaba lo siguiente:

«La protección del medio ambiente fue considerada por este Tribunal, en su sentencia de 7 de febrero de 1985 (*Association de défense des brûleurs d'huiles usagées*, 240/83, Rec. 1985, p. 531), como «uno de los objetivos esenciales de la Comunidad» que, como tal, puede justificar ciertas limitaciones al principio de la libre circulación de las mercancías. El Acta Única Europea confirma además esta apreciación. A la luz de lo expuesto, hay que hacer constar que la protección del medio ambiente constituye una exigencia imperativa que puede limitar la aplicación del artículo 30 del Tratado. [...]

A este respecto, hay que recordar que en la citada sentencia de 7 de febrero de 1985 este Tribunal de Justicia precisó que las medidas adoptadas para salvaguardar el medio ambiente *no deben "sobrepasar las restricciones inevitables, justificadas por el objetivo de interés general que es la protección del medio ambiente"*.

Sentencias posteriores consolidarían la consideración del medio ambiente como razón imperiosa de interés general (25). La mayor parte de las primeras sentencias se referían a la cuestión de los residuos, por lo que un elemento de matiz en la jurisprudencia anterior fue la consideración de los residuos como «mercancías», en cuanto son objeto de transacciones económicas, positivas

---

(25) La consideración del medio ambiente como razón imperiosa de interés general sería confirmada en las sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1992, asunto C-2/90, caso «Comisión de las Comunidades europeas contra Reino de Bélgica» o «residuos valones», y de 14 de julio de 1988, asunto C-284/95, caso «Safety Hi-Tech Srl contra S. & T. Srl», relativa a un reglamento comunitario sobre sustancias que perjudican a la capa de ozono.

en algún caso (cuando se trate de residuos reciclables), pero incluso cuando se trate de transacciones negativas, de costes (26).

Como ya se aprecia en el asunto de las «botellas danesas», un elemento fundamental en la utilización del medio ambiente para limitar las libertades comunitarias, igual que otras razones imperiosas de interés general, es el respeto del *principio de proporcionalidad*, que se aplica también en la protección del medio ambiente. Puede aducirse como ejemplo en este sentido la Sentencia de 14 de diciembre de 2004 (27), también relativa al reciclaje de envases, en la que se afirma este principio en el fundamento 27:

«Según jurisprudencia reiterada, las medidas nacionales que puedan obstaculizar el comercio intracomunitario pueden estar justificadas por exigencia imperativas derivadas de la protección del medio ambiente, siempre que *las medidas de que se trate sean proporcionadas al objetivo perseguido* (sentencias Comisión/Dinamarca, antes citada, apartados 6 y 9, y de 14 de julio de 1998, Aher-Wagon, C-389-96, Rec. p. I-4473, apartado 20)».

En la propia sentencia se desarrolla el argumento anterior en los siguientes términos (79):

«No obstante, para que una normativa se ajuste al principio de proporcionalidad, es necesario comprobar no sólo que los medios elegidos sean aptos para la realización del objetivo pretendido, sino también que no vayan más allá de lo que es necesario para lograrlo (véase la sentencia de 14 de julio de 1988, Safety Hi-Tech, C-284/95, REC. P. I-4301, apartado 57)».

En este caso, la exigencia de proporcionalidad comportaba que, aunque pueda permitirse a las propias empresas que organicen sus sistemas de recogida y reciclaje, el Estado debe garantizar la posibilidad de que otros fabricantes que utilizasen con anterioridad envases de un solo uso fuesen a poder adaptarse al nuevo sistema de forma efectiva, lo que comporta entre otras cosas un plazo de transición adecuado.

Más significativa es la Sentencia de 16 de febrero de 2006, caso «Marius Pedersen A/S contra Miljostyrelsen», C-215/04, en que las partes eran una empresa dedicada a la recogida de residuos de componentes electrónicos y el «Miljostyrelsen», es decir, la Agencia Nacional del Medio Ambiente danesa, que había denegado la autorización para trasladar dos mil toneladas de residuos electrónicos a Alemania para su valorización, en la que, respondiendo a

---

(26) Sentencia de 9 de Julio de 1992, «Comisión contra Reino de Bélgica», asunto C-2/90, fundamento 26.

(27) Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2004, Radlberger Getränkegesellschaft mbH & co y S. Spitz KG contra Land Baden-Württemberg, asunto C-309/02.

la cuestión prejudicial planteada por el tribunal danés ante el que que Pedersen había recurrido la denegación, se dice lo siguiente:

«...sólo estará legalmente amparada en la medida en que estas últimas (refiriéndose a las normas nacionales de valorización), con arreglo al *principio de proporcionalidad*, sean *adecuadas para alcanzar los objetivos perseguidos de prevención de riesgos para la salud humana y el medio ambiente, y no vayan más allá de lo necesario* para alcanzarlos (sentencia EU-Wood-Trading, antes citada, apartado 49). Dichos riesgos no deben medirse con arreglo a consideraciones de índole general, sino sobre *la base de investigaciones científicas apropiadas* (sentencia EU-Wood-Trading, antes citada, apartado 50)».

Es decir que, aunque la protección del medio ambiente tiene la consideración de razón imperiosa de interés general reconocida por la jurisprudencia, sólo podrá ser invocada como justificación para un régimen que limite las libertades comunitarias, como una autorización administrativa, cuando sea la medida más adecuada para alcanzar el objetivo pretendido de prevención de riesgos, para la salud humana y el medio ambiente, identificados mediante las investigaciones científicas apropiadas, y sin sobrepasar tal fin. En consecuencia, *la prestación de servicios con incidencia ambiental incluidos en el ámbito de la Directiva, por esa mera circunstancia, no quedan sujetos automáticamente a un régimen de autorización, sino que dependerá de que su grado de influencia en el medio ambiente justifique ese medio de intervención como el más adecuado para su protección en aplicación del principio de proporcionalidad.*

En este sentido es muy significativa la ya citada Sentencia de 11 de marzo de 2010, «Attanasio Group Srl contra Comune di Carbognano», Asunto C-384/08 (ECLI:EU:C:2010:133), por la que se resolvió una cuestión prejudicial planteada por un tribunal italiano sobre la imposición de distancias entre estaciones de servicio, normativa que sólo resultaba de aplicación a las nuevas instalaciones. El Tribunal se pronuncia en los siguientes términos:

«Según reiterada jurisprudencia, el art. 43 TCE se opone a cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de nacionalidad pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales de la Unión, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado (véanse en este sentido en particular, las sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92, Rc. p. I-1663, apartado 32; Gebhard, antes citada, apartado 37; de 5 de octubre de 2004, CaixaBank France, C-442/02, Rec. p. I-8961, apartado 11, y de 10 de marzo de 2009, Hartlauer, C-169-07, Rec. p. I-0000, apartado 33 y jurisprudencia citada). [...]

Además la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha identificado cierto número de *razones imperiosas de interés general* que pueden justificar restricciones a libertades fundamentales garantizadas por el Tratado. Entre tales razones figuran los objetivos de seguridad vial (véanse, en particular, las sentencias de 5 de octubre de 1994, Van Schaik, C-55/93, Rec. p. I-4837, apartado 19, y de 15 de marzo de

2007, Comisión/Finlandia, C-54/05, Rc. p. I-2473, apartado 40 y jurisprudencia citada), la *protección del medio ambiente* (véanse, en especial, las sentencias de 20 de septiembre de 1988, Comisión/Dinamarca, 302/86, Rc. p. 4607, apartado 9, y de 14 de diciembre de 2004, Radlberger Getränkegesellschaft y S. Spitz, C-309/02, Rec. p. I-11763, apartado 75) y la protección de los consumidores (véanse, en particular, las sentencias de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Francia, 220/83, Rec. p. 3663, apartado 20; Caixabank France, antes citada, apartado 21, y de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Austria, C-393/05, Rec. p. I-10195, apartado 52 y jurisprudencia citada).

No obstante, procede recordar que, *independientemente de que exista un objetivo legítimo con arreglo al Derecho de la Unión, la justificación de una restricción de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado presupone que la medida de que se trate pueda garantizar el alcance del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido* (véanse, en ese sentido, las sentencias de 26 de noviembre de 2002, Oteiza Olazábal, C-100/01, Rec. p. I-10981, apartado 43; de 16 de octubre de 2008, Renneberg, C-527/06, p. I-7735, apartado 81; de 11 de junio de 2009, X y Pasengeim-van Schoot, C-155/08 y C-157/09, Rec. p. I-0000, apartado 47, y de 17 de noviembre de 2009, Presidente del Consiglio del Ministri, C-169/08, Rc. p. I-0000, apartado 42). Además, *una normativa nacional sólo es adecuada para garantizar la consecución del objetivo alegado si responde verdaderamente al empeño por hacerlo de forma congruente y sistemática* (véanse, en particular, las sentencias antes citadas Hartlauer, apartado 55, y Presidente del Consiglio dei Ministri, apartado 42)».

Esta sentencia es significativa entre otros motivos porque, sobre la base del razonamiento anterior, el Tribunal se pronuncia contra el mantenimiento de la normativa restrictiva. La aplicación del test de proporcionalidad es lo que lleva a declarar contraria al Derecho comunitario la normativa restrictiva, considerando el Tribunal muy significativo que sólo se aplicase a las nuevas instalaciones y en ningún caso, ni siquiera tras un periodo transitorio más o menos largo, a las ya existentes.

Un supuesto claro y reciente de limitación a las libertades comunitarias, en este caso la libre circulación de mercancías, para conseguir un objetivo ambiental, como es el fomento de las energías renovables obtuvo un refrendo judicial en la Sentencia de 1 de julio de 2014, «Ålands Vindkraft AB contra Energimyndigheten», Asunto C-573/12. (28). El supuesto tenía un amparo en la Directiva 2009/28/CE (29) y se basaba en los llamados «certificados verdes»,

---

(28) Vid. JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ (2014, pp. 1775-1794). Referencia a esta sentencia también en GALÁN VIOQUE (2017, pp. 84-85). Un breve comentario crítico en ANKERSMIT (2014).

(29) Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE (DO L 140, p. 16).

sistema que consiste en que los Estados miembros proveen a los productores de energía de fuentes renovables de certificados negociables y obligan a los distribuidores de electricidad, a determinados grandes usuarios y a los importadores de energía eléctrica, a la entrega anual a la autoridad competente de un determinado número de tales certificados, determinado en función del volumen total de la electricidad comercializada o de su uso de electricidad. Es decir, en sistemas como el sueco, no se trata de una obligación de utilizar un porcentaje determinado de energía renovable, puesto que la compra de los certificados no tiene que hacerse conjuntamente con la compra de electricidad, sino en el pago de unos certificados que proporciona un plus de rentabilidad a los productores por este tipo de energía a través de los «certificados verdes». Estos certificados negociables son distintos de las «garantías de origen», también previstas en la Directiva y definidas en el art. 2, j) como «un documento electrónico cuya única función es demostrar a un consumidor final que una cuota o cantidad determinada de energía se ha obtenido a partir de fuentes renovables», documentos que sí tienen carácter transnacional, pero como se señala en el punto 56 de la Directiva, «[l]as garantías de origen no confieren de por sí el derecho a acogerse a sistemas de apoyo nacionales», sistemas de apoyo materializados a través de los certificados verdes.

El sistema sueco fue examinado en la citada Sentencia de 1 de julio de 2014, Ålands Vindkraft. Un tanto sorprendentemente —en mi opinión— (30), el Tribunal de Justicia admite la limitación a los productores situados en el propio territorio nacional de la extensión de esos certificados, como se determina en el punto 2 del fallo:

«El artículo 34 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que prevé la concesión de certificados negociables a los productores de electricidad procedente de fuentes de energía renovables teniendo en cuenta únicamente la electricidad producida a partir de dichas fuentes en el territorio del Estado miembro de que se trata y que somete a los proveedores y a determinados usuarios de electricidad a la obligación de entregar anualmente a la autoridad competente un determinado número de tales certificados que corresponde a una parte del total de sus suministros o de su uso de electricidad, so pena de tener que abonar un derecho específico».

Jurídicamente, el problema reside en que algunos de los sistemas nacionales restringen la compra apoyada en estos certificados a los obtenidos por productores en el territorio propio o en el territorio de otros Estados con los

---

(30) JIMÉNEZ-BLANCO (2014, p. 1782) califica el sistema como de «carácter objetivamente proteccionista». Más contundentemente, ANKERSMIT (2014), de «discriminatory in both aim and effect». No obstante, más adelante, este mismo autor señala que «the outcome of this judgment is perfectly convincing», aunque critica la falta de justificación en la sentencia del respeto al principio de proporcionalidad. También se muestra crítico SÁNCHEZ-GRAELLS (2014).

que se haya suscrito un tratado internacional. En el caso del sistema sueco, como se señala en la cuestión prejudicial examinada en la Sentencia Åland Visenkraft, existía tal tratado con Noruega, pero no con Finlandia, a la que pertenecen las Islas Åland (que sin embargo se hallan muy próximas a territorio sueco y mucho más cerca de Estocolmo que de Helsinki), en la que se encontraba un productor de energía eólica que vendía la electricidad producida a consumidores suecos. Dada la obligación de adquirir anualmente una serie de certificados verdes que el sistema sueco impone a los distribuidores, a los grandes consumidores, a los autoprodutores por encima de un umbral y a los importadores, Åland Visenkraft no sólo no obtenía certificados verdes que vender a sus clientes en Suecia o a otros obligados —la venta de certificados no tiene que estar asociada a la de electricidad—, sino que se veía obligado a comprar tales certificados en el mercado libre. El tribunal contencioso-administrativo sueco que conoce del recurso presentado por los productores fineses ante la negativa de las autoridades suecas a certificar su energía plantea una cuestión prejudicial, cuyo punto central es la compatibilidad del sistema con el art. 34 TFUE, de acuerdo con el cuál están «prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente».

El Abogado General en su informe consideró el sistema sueco amparado por el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2009/28, pero concluyó que tal precepto debía ser anulado por ser contrario al art. 34 TFUE. Sin embargo, el TJUE considera que por motivos procesales, no puede entrarse en la validez del art. 3.3 de la Directiva en el marco de una cuestión prejudicial, por lo que se examinó a la luz del art. 34 TFUE fue únicamente el sistema nacional puesto en funcionamiento por Suecia. A partir de ahí, en la Sentencia se argumenta que el sistema diseñado por Suecia es acorde a lo establecido en la Directiva:

«48 De este modo, se desprende de las consideraciones enunciadas en los apartados 40 a 47 de la presente sentencia que un sistema de apoyo a la producción de electricidad verde que utiliza certificados verdes, como el controvertido en el litigio principal, presenta las características requeridas para ser calificado de «sistema de apoyo» en el sentido de los artículos 2, párrafo segundo, letra k), y 3, apartado 3, de la Directiva 2009/28».

Y en la Directiva se permite que los sistemas nacionales excluyan la electricidad verde producida en el territorio de otros Estados miembros:

«49 En segundo lugar, en cuanto a las dudas del tribunal remitente sobre el hecho de que el sistema de apoyo controvertido en el litigio principal prevea la concesión de certificados eléctricos teniendo en cuenta únicamente la electricidad verde producida en el territorio nacional, debe declararse que, al adoptar la Directiva 2009/28, el legislador de la Unión ha preservado la posibilidad de tal limitación territorial».



En la Directiva se reconoció claramente que cabe limitar territorialmente los sistemas de apoyo en aras a su eficacia, como recoge el Tribunal de Justicia en su pronunciamiento:

«50 Sobre este particular, se desprende, de entrada, del considerando 25 de esta Directiva que, tras haber apreciado que *la mayoría de los Estados miembros ejecuta sistemas de apoyo que favorecen únicamente la producción de energía verde en su territorio*, dicho legislador indicó que, *para garantizar la efectividad de esos sistemas* como medidas destinadas a contribuir al cumplimiento de los respectivos objetivos globales nacionales, es esencial que esos Estados puedan determinar si sus sistemas nacionales de apoyo se aplican, y en qué medida, a la energía verde producida en otros Estados miembros y que puedan convenir en hacerlo aplicando los mecanismos de cooperación contemplados en dicha Directiva».

Respecto a la compatibilidad con el art. 34 TFUE, en el fundamento 75 de la Sentencia se señala que «debe declararse que una norma como la controvertida en el litigio principal puede obstaculizar las importaciones de electricidad, en particular verde, procedentes de otros Estados miembros, y *constituye, en consecuencia, una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a las importaciones, en principio incompatible con las obligaciones del Derecho de la Unión resultantes del artículo 34 TFUE, a menos que esta norma pueda estar objetivamente justificada*». La justificación tiene que venir de una de las «razones de interés general enumeradas en el artículo 36 TFUE o por exigencias imperativas». Ahora bien, como se afirma en el fundamento 77, «según reiterada jurisprudencia, *las medidas nacionales que pueden obstaculizar el comercio intracomunitario pueden estar justificadas, en particular, por exigencias imperativas relativas a la protección del medio ambiente* (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Austria, EU:C:2008:717, apartado 57 y jurisprudencia citada)». A ello se une (fundamento 94) que «dado que, en particular, el Derecho de la Unión no ha llevado a cabo una armonización de los sistemas nacionales de apoyo a la electricidad verde, en principio está permitido que los Estados miembros establezcan que sólo pueda acogerse a tales sistemas la producción de electricidad verde localizada en su territorio». Por medio de la Directiva 2009/28 se impuso a los distintos Estados miembros objetivos nacionales obligatorios en términos de cuotas de producción de electricidad verde. En consecuencia:

«98 En segundo término, y en cuanto al hecho de que el sistema de apoyo controvertido en el litigio principal esté concebido de modo que favorece únicamente la producción de electricidad verde localizada en el territorio nacional, ha de observarse que, como señaló el legislador de la Unión en el considerado 15 de la Directiva 2009/28, las situaciones de partida, las posibilidades de desarrollar la energía procedente de fuentes de energía renovables y las combinaciones energéticas varían de un Estado miembro a otro, lo que *ha llevado al legislador a considerar que procedía, habida cuenta de estas diferencias, llevar a cabo entre*

*dichos Estados un reparto justo y apropiado del esfuerzo que ha de realizarse para dar cumplimiento a estos compromisos internacionales de la Unión».*

En consecuencia, los Estados miembros estaban obligados a fomentar el crecimiento de sus propios sectores de producción de electricidad de fuentes renovables y de ello la posibilidad de limitar las medidas de fomento a los productores nacionales. Por consiguiente, fundamento 104:

*«... no resulta que, por el mero hecho de haber limitado la aplicación de un sistema de apoyo que utiliza certificados verdes, como el controvertido en el litigio principal, a la electricidad verde producida en el territorio nacional, el Reino de haya vulnerado el principio de proporcionalidad. En el estado actual del Derecho de la Unión, este Estado miembro pudo legítimamente considerar que tal limitación territorial no iba más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de incremento de la producción e, indirectamente, del consumo de electricidad verde en la Unión ...».*

Probablemente el punto más débil de la argumentación de la sentencia es la falta de cualquier intento de justificar que en este caso el principio de proporcionalidad se había respetado, es decir, que existiendo una causa de justificación —la protección ambiental, en este caso la lucha contra el cambio climático—, no es posible adoptar medidas menos lesivas de las libertades comunitarias, en este caso la libre circulación de mercancías, que en la práctica desaparece (31).

No obstante, al margen de lo anterior, el Tribunal de Justicia deja abierta la posibilidad de que la norma sueca, al no establecer expresamente sino implícitamente una limitación favorable a los productores nacionales, pueda estar vulnerando el principio de seguridad jurídica, que es un principio jurídico vinculante del Derecho de la Unión Europea, recordando al tribunal nacional que le corresponde en exclusiva la interpretación del Derecho nacional, pero proporcionándole —en los fundamentos 127 y 128— el canon de referencia: «el principio de seguridad jurídica exige, por una parte, que las normas de Derecho sean claras y precisas y, por otra, que su aplicación sea previsible para los justiciables (véase, en particular, la sentencia Plantanol, EU:C:2009:539, apartado 46 y jurisprudencia citada)» y «exige que una normativa permita a los interesados conocer con exactitud el alcance de las obligaciones que les impone y que éstos puedan conocer sin ambigüedad sus derechos y obligaciones y adoptar las medidas oportunas en consecuencia (véase, en particular, la sentencia ArcelorMittal Luxembourg/Comisión y Comisión/ArcelorMittal Luxembourg y otros, C201/09 P y C216/09 P, EU:C:2011:190, apartado 68 y jurisprudencia citada)».

---

(31) ANKERSMIT (2014).

#### IV. DERECHO DERIVADO: LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

De nuevo la Directiva Servicios, con su carácter codificador, presta una referencia válida. Puede recordarse que medio ambiente aparece como objetivo, aunque secundario, de la Directiva Bolkestein. En efecto, en el mismo inicio del preámbulo de la Directiva se hace referencia al papel del medio ambiente dentro de los objetivos pretendidos por la propia Directiva (1):

«a la hora de eliminar estas barreras es esencial velar por que el desarrollo de actividades de servicios contribuya al cumplimiento de la tarea, establecida en el artículo 2 del Tratado, de promover “un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, (...) un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente (...)”».

Más adelante se vuelve reiteradamente sobre la cuestión, señalando que, además de la integración jurídica comunitaria y de la protección de los consumidores, «la presente Directiva también tiene en cuenta otros objetivos de interés general, incluida la protección del medio ambiente (...)» (32).

Esta preocupación por mantener elevados estándares de protección ambiental estuvo presente en la tramitación de la Directiva y ha influido considerablemente en la redacción definitiva, en la que se optó por eliminar el criterio del país de origen, entre otros motivos por el «*dumping* ambiental» que

---

(32) De hecho, el medio ambiente es citado además de entre los «objetivos de interés general», junto a la seguridad pública, la salud pública y el cumplimiento del Derecho del trabajo (7), como «razón imperiosa de interés general», figurando como «protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural», en el mismo párrafo que el «bienestar animal» (40), incluso en el articulado (art. 4.8) como «protección del medio ambiente y del entorno urbano», junto a la «sanidad animal», y de nuevo como «razón imperiosa de interés general» que permite la exigencia de requisitos formales (47) o que permite su utilización como criterio para la selección de candidatos en función de un número limitado de autorizaciones disponibles (art. 12.3), supuesto para el cual en el articulado se señala que los Estados pueden tener en cuenta, junto a otras razones imperiosas de interés general, la «protección del medio ambiente». Igualmente aparece en el articulado entre los requisitos que pueden limitar el acceso a la prestación de servicios: no discriminación, necesidad y proporcionalidad (art. 16.1). En cuanto a la necesidad, «el requisito deberá estar justificado por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente». Igualmente figura entre los requisitos que pueden exigirse para la prestación sin establecimiento (art. 16.4): «requisitos que estén justificados por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente» o, finalmente, al contemplar los mecanismos de alerta (art. 32.1), es decir, el deber de información por parte de los Estados de «actos o circunstancias específicas de carácter grave», que puedan ocasionar «perjuicios graves» para «la salud o seguridad de las personas o el medio ambiente».

podía provocar (33). No obstante, esto mismo nos puede llevar a considerar que más que un objetivo, aunque secundario, estamos ante una cautela frente a los efectos indeseados, secundarios, de la liberalización de los servicios o su desregulación. En efecto, la Directiva Servicios tiene por objeto crear un mercado único de los servicios, abierto a las PYMES, y como ya se ha señalado descansa esencialmente sobre tres políticas o «patas»: la liberalización —relajando y cambiando el carácter de los controles administrativos—, la desregulación —eliminando requisitos sustantivos que se consideran insuficientemente justificados— y la simplificación administrativa o de los procedimientos administrativos, con eliminación de documentación o trámites innecesarios, además de las famosas ventanillas únicas, y la posibilidad de realizar los trámites administrativos de forma telemática. En cuanto a este tercer aspecto, podemos convenir que la cuestión ambiental es neutra, pues la facilidad en la tramitación, su transparencia o mayor agilidad no hay motivo para que supongan ningún tipo de desprotección para el medio ambiente. No sucede lo mismo con las otras dos.

En cuanto a la *liberalización*, supone como regla la supresión de los controles administrativos previos —es decir, las autorizaciones, conforme a una definición extraordinariamente amplia de esta figura jurídica, según figura definida en el núm. 39 del preámbulo o en el art. 4.6 de la Directiva— o, cuando ello no sea posible, su sustitución por comunicaciones previas o declaraciones responsables, puestas en conocimiento de la Administración que no requieren de una respuesta de ésta para realizar lícitamente la actividad.

El carácter beneficioso para el fomento de la actividad empresarial de la supresión de controles previos es un axioma en las políticas comunitarias y, por ello, la Directiva Bolkestein no es la única que pretende mover los ordenamientos de los Estados miembros en este sentido. Pueden encontrarse otros ejemplos, incluso sin salir del campo de lo ambiental. En la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE (o Directiva «renovables») también se establece la sustitución de las autorizaciones preceptivas para los equipos descentralizados de menor envergadura por simples comunicaciones previas, como se señala claramente en el Preámbulo de esta directiva (43):

«Con objeto de *impulsar* la contribución de cada ciudadano a los objetivos establecidos en la presente Directiva, las autoridades pertinentes deben estudiar la posibilidad de *sustituir la autorización por una mera notificación al organismo competente* a la hora de instalar equipos descentralizados de menor envergadura para producir energía procedente de fuentes renovables».

---

(33) SANZ RUBIALES (2009, p. 605).

En el articulado de la Directiva se propugna la utilización de mecanismos de autorización simplificados e, incluso, la sustitución de las autorizaciones por meras comunicaciones previas, con el fin de facilitar la instalación de equipos «descentralizados» de producción de energías renovables. En este sentido en el art. 13.1 se establece lo siguiente:

«En particular, los Estados miembros adoptarán las medidas apropiadas para garantizar que: (...) f) se instauren *procedimientos de autorización simplificados y menos onerosos, incluida la simple notificación si está permitida en el marco regulador aplicable*, para los proyectos de menor envergadura y para los equipos descentralizados para la producción de energía procedente de fuentes renovables, si procede».

Es claro que el legislador comunitario concede una suma importancia a los «costes de oportunidad» que puede suponer para ciudadanos y empresas el periodo de tiempo necesario para obtener una autorización administrativa. Por ello, prima este aspecto sobre los que pueden ser elementos beneficiosos para los privados derivados de la obtención de una declaración formal de la Administración sobre la conformidad de su actividad al ordenamiento, fundamentalmente la seguridad jurídica.

En cuanto a la *desregulación* o simplificación de los requisitos sustantivos para la prestación de servicios, eliminando los que no sean imprescindibles, en el Preámbulo de la Directiva Bolkestein (78) se señala lo siguiente:

«La disposición sobre la libre prestación de servicios no impide que el Estado miembro en el que se presta el servicio aplique, de conformidad con los principios establecidos en el artículo 16, apartado 1, letras a) a c), sus *requisitos específicos* por razones de orden público o seguridad pública o para la protección de la salud pública o del *medio ambiente*».

En consonancia con lo anterior, en el art. 16.2 se prevé lo siguiente:

«Los Estados miembros no supeditarán el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio en sus respectivos territorios a requisitos que no respeten los principios siguientes: (...) b) *necesidad*: el requisito deberá estar justificado por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de *protección del medio ambiente*».

En consecuencia, el medio ambiente es uno de los criterios que justifican, no sólo la existencia de condiciones a la libertad de establecimiento, sino también la previsión de *requisitos nacionales específicos* a la prestación de servicios sin establecimiento, aunque no sea el único: como mínimo, tienen el mismo carácter el orden público, seguridad pública y salud pública. En todo caso, una lista mucho más restringida que la establecida para los supuestos de establecimiento, pero en la que sigue figurando el medio

ambiente. En cuanto a los supuestos posibles, la Comisión pone los siguientes ejemplos (34):

«Tales normas pueden aludir a la protección contra la *contaminación acústica* (niveles máximos de ruido respecto al uso de cierta maquinaria), al uso de *sustancias peligrosas* con vistas a la prevención de daños al medio ambiente, a la eliminación de *residuos* producidos en el curso de una actividad de servicios, etc.».

El caso del ruido y la evolución normativa en ese campo es sumamente significativo, pudiendo distinguirse un ámbito internacional, centrado fundamentalmente en el ruido producido por la navegación aérea, y un ámbito comunitario, cuyo denominador fundamental hasta fechas recientes ha sido la facilitación del comercio interestatal de determinadas maquinarias (35). En el nivel internacional, la Convención sobre aviación civil, hecha en Chicago el 7 de diciembre de 1944, y ratificado por España por Instrumento de 21 febrero 1947, ha amparado la aprobación por la Organización de Aviación Civil Internacional (ICAO por sus siglas en inglés) de recomendaciones sobre el ruido de los aviones, adoptadas posteriormente por la CE y sus Estados miembros. En concreto, el Anexo 16 del Convenio, que ha sido objeto de diversas actualizaciones, regula las emisiones sonoras de las aeronaves y está en el origen de varias directivas comunitarias, además de acuerdos internacionales en los que la Unión es parte. En España no ha habido una gran preocupación normativa por el ruido del tráfico aéreo. Se aplican técnicas de control en la fuente, mediante certificados acústicos que acreditan el cumplimiento de los niveles de ruido establecidos en el Convenio de aviación civil y en la normativa comunitaria, incorporada mediante diversas normas reglamentarias (36). Debe destacarse que los estándares acústicos internacionalmente establecidos no pueden ser alterados por los Estados, ni siquiera para establecer niveles más exigentes, puesto que conforman también condiciones uniformes para el desarrollo del mercado (37).

En sentido coincidente, hasta fechas relativamente recientes, el Derecho comunitario europeo no se había comprometido claramente en la lucha contra el ruido: existían numerosas directivas en materia de ruido, pero se orientaban al establecimiento de niveles máximos de emisión de maquinaria, con la finalidad de facilitar el comercio interestatal. En línea con la normativa internacional, varias de estas directivas se referían a diversos tipos de vehículos

---

(34) Comisión Europea: Manual para la transposición de la Directiva de servicios, cit., p. 41.

(35) Para un resumen de la evolución normativa de ambos aspectos, GARCÍA ÁLVAREZ (2011, pp. 354-358).

(36) Vid. GÓMEZ PUENTE (2006, pp. 730-746).

(37) LÓPEZ RAMÓN (2002, p. 49).

automóviles (38), a aparatos domésticos (39) o, por último, a diversos tipos de maquinaria industrial generalmente utilizada al aire libre, entre las que pueden destacarse las relativas a las cortadoras de césped, máquinas para el acabado del césped y recortadoras de césped (40), muchas de las cuáles fueron aprobadas en 1984, directivas sectoriales relativas a la maquinaria utilizada al aire libre que han sido objeto de una norma de armonización, con la consiguiente simplificación (41). En todos los casos, estamos claramente ante normas cuyo origen está fundamentalmente en la conveniencia de liberalizar el comercio de los productos afectados (42). El estado de la

---

(38) Pueden citarse, por orden cronológico, las relativas al *escape de vehículos de motor*, Directiva del Consejo 70/157/CEE, de 6 febrero de 1970, modificada por la Directiva 2007/34/CE, de la Comisión, de 14 de junio de 2007, por la que se modifica, a efectos de su adaptación al progreso técnico, la Directiva 70/157/CEE, del Consejo, sobre el nivel sonoro admisible y el dispositivo de escape de los vehículos de motor; a *tractores agrícolas o forestales de ruedas*, Directiva del Consejo 74/151, de 4 de marzo de 1974, objeto de sucesivas modificaciones, actualmente codificadas en la Directiva 2009/63/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de Julio de 2009, sobre determinados elementos y características de los tractores agrícolas o forestales de ruedas; o al *escape de motocicletas*: Directiva del Consejo 78/1015/CEE, de 23 de noviembre de 1978, posteriormente derogada por la Directiva 97/24/CEE del Consejo, de 17 de junio de 1997, relativa a determinados elementos o características de los vehículos de motor de dos o tres ruedas.

(39) Directiva del Consejo 86/594/CEE, de 1 de diciembre de 1986, que ha sido objeto de la Comunicación de la Comisión en el marco de la aplicación de la Directiva 86/594/CEE del Consejo de 1 de diciembre de 1986 relativa al ruido aéreo emitido por los aparatos domésticos (2006/C 85/06), de publicación de títulos y referencias de normas armonizadas conforme a la directiva.

(40) *Maquinaria y materiales utilizados en obras de construcción*: Directiva del Consejo 79/113/CEE, de 19 de diciembre de 1978, modificada por la Directiva 85/405/CEE de la Comisión, de 11 de julio de 1985, por la que se adapta al progreso técnico la Directiva 79/113/CEE del Consejo, referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a la determinación de la emisión sonora de las máquinas y materiales utilizados en las obras de construcción. *Motocompresores*: Directiva del Consejo 84/533/CEE, de 17 de septiembre de 1984, modificada por la Directiva 85/406/CEE de la Comisión. *Grúas torre*: Directiva del Consejo 84/534/CEE, de 17 septiembre de 1984. *Grupos electrógenos de soldadura*: Directiva del Consejo 84/535/CEE, de 17 de septiembre de 1984. *Grupos electrógenos de potencia*: Directiva del Consejo 84/536/CEE, de 17 de septiembre de 1984. *Trituradoras de hormigón y martillos picadores de mano*: Directiva del Consejo 84/537/CEE, de 17 de septiembre de 1984. *Cortadoras de césped*: Directiva del Consejo 84/538/CEE, de 17 de septiembre de 1984. *Palas hidráulicas, palas de cables, topadoras frontales, cargadoras y palas cargadoras*: Directiva del Consejo 86/662/CEE, de 22 de diciembre de 1986. *Máquinas de uso al aire libre*: Directiva del Parlamento y del Consejo 2000/14/CE, de 8 de mayo de 2000.

(41) Directiva 2000/14/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de mayo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre emisiones sonoras en el entorno debidas a las máquinas de uso al aire libre. Modificada por la Directiva 2005/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2005

(42) En este sentido, CLAIR (1997, pp. 34 y ss.).

cuestión cambió radicalmente con la Directiva 2002/49/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental, que supuso un cambio de enfoque radical: se ha pasado de normas dirigidas a facilitar el tráfico, tanto rodado como aéreo, y la libre circulación de productos industriales, imponiendo para ello unos estándares comunes de contaminación acústica, e impidiendo la imposición de límites de inmisión más exigentes y, por tanto, más protectores del medio ambiente, a considerar el ruido como «razón imperiosa de interés general» que permite a los Estados miembros imponer requisitos nacionales a los prestadores de servicios. En consecuencia, la Directiva Servicios supone un punto de llegada de una evolución que ha llevado a unos estándares mucho más respetuosos con la protección ambiental.

Ahora bien, cuando la Comisión examina en el «Manual de transposición» los otros tres criterios mencionados además del medio ambiente (orden público, seguridad pública o salud pública), hace un esfuerzo para examinar su delimitación por la jurisprudencia comunitaria, citada profusamente en el documento (43). Aunque el medio ambiente sí haya tenido reconocimiento jurisprudencial, puede faltar todavía un desarrollo detallado de sus virtualidades en este campo o, al menos, eso parece pensar la Comisión a juzgar por la falta de un estudio sobre la cuestión en el «manual de trasposición» o, quizá, la Comisión se ha mostrado remisa a utilizar una jurisprudencia fundamentalmente referida al comercio interestatal de mercancías.

De acuerdo con el art. 4.8 de la Directiva, el concepto de «razón imperiosa de interés general» supone una «razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, *la protección del medio ambiente y del entorno urbano*, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural».

La jurisprudencia comunitaria ha venido considerando que los principios de orden, seguridad y salud pública deben ser interpretados restrictivamente, en la medida en que se utilicen para justificar una excepción a una libertad esencial reconocida por el Tratado, por lo que su alcance no puede ser determinado unilateralmente por el Estado que los alegue (44). Sin embargo, en la Exposición de Motivos de la Directiva (40) se hace referencia al concepto de

---

(43) COMISIÓN, Manual para la transposición, cit., pp. 39-40

(44) COMISIÓN, Manual de transposición ..., cit., p. 39.



«razones imperiosas de interés general» con mayor extensión que la utilizada en el art. 4.8. En este sentido, incluye algunas materias afines al medio ambiente, no señaladas por el precepto citado, como el «bienestar animal» y la «política veterinaria», conceptos que podrían quedar englobados en la «sanidad animal» del art. 4.8, aunque también se hace referencia expresa en el preámbulo a la protección del medio ambiente del entorno urbano «incluida la planificación urbana y rural», planificación que constituye un mero instrumento, pero que se trata de una concreción mayor y, en consecuencia, un criterio interpretativo de la «protección ambiental». Además, la protección ambiental no se configura únicamente como una excepción a la libre prestación de servicios, sino que constituye un fin de la Comunidad Europea (además de un objetivo secundario de la propia Directiva Bolkestein, como ya se ha señalado).

En el art. 17 de la Directiva se alude a diversos sectores en los que la libre prestación de servicios no es aplicable, sectores a los que caracteriza como «excepciones adicionales a la libre prestación de servicios». Entre ellos están los «servicios de *interés económico general*», que después se especifican, aunque no de modo exhaustivo. En este sentido, en la Directiva se hace referencia al «tratamiento de residuos» (art. 17.1, e) y a algunos servicios ambientales vinculados a las aguas, como «los servicios de aguas residuales» (art. 17.1, d), ambos incluidos dentro de la categoría de «servicios de interés económico general», además de, fuera de esta categoría, al «transporte de residuos» (art. 17.11). En este último caso, la referencia es «a los asuntos cubiertos por el Reglamento (CEE) núm. 259/93 del Consejo, de 1 de febrero de 1993, relativo a la vigilancia y al control de los traslados de residuos en el interior, a la entrada y a la salida de la Comunidad Europea». La razón de su exclusión está en que el Reglamento regulador prevé determinadas obligaciones que han de cumplirse en el país de destino o de tránsito y que no se quiere que se vean afectadas por la Directiva Servicios (45).

En todo caso, la Comisión (46) recuerda que, de acuerdo con jurisprudencia europea sobre las excepciones a las libertades comunitarias, éstas deben interpretarse restrictivamente: sólo se podrán aplicar a la libre prestación de servicios en los aspectos estrictamente necesarios. En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 1995, Comisión contra Italia, asunto C-57/94.

«El hecho de que ciertas materias o servicios se refieran en alguna de las excepciones del artículo 17 no implica necesariamente que pueda aplicárseles todo el cuerpo normativo del Estado miembro en el que se preste el servicio. Estas materias o servicios se someten en todo caso a lo dispuesto en el artículo 49 del

---

(45) COMISIÓN, Manual sobre la transposición..., cit., núm. 7.1.4, p. 45.

(46) COMISIÓN, Manual sobre la transposición..., cit., núm. 7.1.4, p. 43.

Tratado CE. Como consecuencia, la aplicación de ciertos requisitos en el Estado miembro en el que se presta el servicio puede no estar justificada».

En concreto,

«la referencia a estos servicios no significa que todos ellos se consideren automáticamente de interés económico general. En cualquier caso, *la evaluación respecto a si un determinado servicio es de interés económico general o no deberá efectuarse en cada caso concreto (...)*».

En todo caso, puede recordarse que junto con Directivas liberalizadas como la Directiva de Servicios existen otras, como la ya citada Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, examinada a propósito de su transposición por Suecia en la también citada Sentencia de 1 de julio de 2014, Ålands Vindkraft. Fiel a su carácter codificador, la Directiva Servicios cede expresamente ante cualquier norma especial de Derecho comunitario, como es la Directiva 2009/28, que en aras a la lucha contra el cambio climático y al fomento de la producción de electricidad mediante fuentes renovables, establece un sistema que fomenta la compartimentación en mercados nacionales de lo que debería ser un mercado interior único de la energía.

## **V. CONCLUSIONES: LIMITACIONES A LAS LIBERTADES COMUNITARIAS Y MEDIDAS ECONÓMICAS**

El reconocimiento de la protección ambiental como «razón imperiosa de interés general», tanto por la jurisprudencia como en diversas normas de la Unión Europea —destacadamente, la Directiva de Servicios— legitima el condicionamiento o incluso la limitación de las libertades comunitarias en pie de igualdad con causas como el orden público, la seguridad pública y la salud pública, que ya figuraban en los textos originales de los tratados, lo que merece ser destacado.

No obstante, en el campo de la normativa ambiental —como en otros— serán aplicables reglas generales que deberían comportar una «mejor administración»: requisitos sustantivos y procedimientos claros e inequívocos, de carácter reglado, objetivos, proporcionados y difundidos con antelación; además de que sólo podrá limitarse el número de autorizaciones por causas específicas, como la limitación de los recursos naturales, pero en tal caso deberán otorgarse mediante procedimientos de concurrencia competitiva regidos por la publicidad, objetividad, imparcialidad y transparencia. A ellos se une el principio de seguridad jurídica, que es un principio vinculante del Derecho de la Unión Europea, que comporta que las normas deben ser claras y precisas

y su aplicación previsible para los justiciables, (47) permitiendo conocer a los interesados con exactitud el alcance de sus obligaciones y permitiéndoles conocer sin ambigüedad sus derechos y obligaciones y adoptar en consecuencia las medidas oportunas (48).

En este mismo sentido, los principios jurisprudenciales de necesidad y proporcionalidad se aplicarán también a los requisitos ambientales cuando limiten cualquiera de las libertades comunitarias. En otros términos, como razón imperiosa de interés general la protección ambiental es un causa suficiente para permitir el establecimiento de excepciones a las libertades comunitarias. No obstante, no cualquier medida ni con cualquier intensidad: para ser lícitas, las medidas protectoras deberán pasar un test ulterior de necesidad e idoneidad, conforme al principio de proporcionalidad, de tal manera que si los objetivos perseguidos con las medidas de protección fuesen alcanzables mediante mecanismos menos restrictivos de las libertades comunitarias, especialmente de las de establecimiento y libre prestación de servicios, esas medidas más incisivas deberían ceder frente a éstos. Estos otros mecanismos pueden ser en muchas ocasiones medidas económicas que, en la medida de lo posible, utilicen una lógica de mercado para influir en las conductas de los privados. Medidas que internalicen los costes de externalidades negativas, que incentiven las actuaciones ambientalmente responsables o difundir información necesaria para la toma de decisión responsable.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ANKERSMIT, Laurens (2014): «'Facilitating' infringements of article 34 TFEU and the territorial nature of Green electricity support schemes: Case C-573/12 Ålands Vindkraft Ab v Energimyndigheten», *European Law Blog. News and comments in EU Law*, de 7 de julio de 2014. <http://europeanlawblog.eu/2014/07/07/facilitating-infringements-of-article-34-tfeu-and-the-territorial-nature-of-green-electricity-support-schemes-case-c-57312-alandsvindkraft-ab-v-energimyndigheten/>
- CIERCO SEIRA, César (2004): «El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitario y español», en *Revista de administración pública* núm. 163, pp. 73-126.

---

(47) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 10 de septiembre de 2009, *Plantanol GmbH & Co. KG contra Hauptzollamt Darmstadt*, Asunto C-201/08, EU:C:2009:539, apartado 46, a propósito de la tributación de los productos energéticos y de la electricidad.

(48) Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 29 de marzo de 2011, *ArcelorMittal Luxembourg SA contra Comisión Europea (C-201/09 P)* y *Comisión Europea contra ArcelorMittal Luxembourg SA y otros (C-216/09 P)*, EU:C:2011:190, apartado 68, a propósito de una sanción administrativa.

- COMISIÓN EUROPEA (2007), *Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2007.
- CLAIR, Violaine (1997): *La lutte contre le bruit en droit communautaire*, Rennes, Éditions Apogée.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (2007): «Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, pp. 189-197.
- GALÁN VIOQUE, Roberto (2017): «La integración de las energías renovables en el mercado energético», en Roberto GALÁN VIOQUE e Isabel GONZÁLEZ RÍOS (dirs.), *Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte 2020*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, pp. 69-95.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo (2011): «La evolución del régimen jurídico del ruido», en *Revista de Administración Pública* núm. 186, 2011, pp. 345-380.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco (2011): «El fin del silencio positivo de las licencias», en *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente*, núm. 268, pp. 13-31.
- GÓMEZ PUENTE, Marcos (2006): *Derecho administrativo aeronáutico (Régimen de la aviación civil y del transporte aéreo)*, Madrid, Iustel-Fundación Aena.
- JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio (2014): «Energías renovables y Tribunal europeo: la sentencia de la gran sala de 1 de julio de 2014, Ålands Vindkraft», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, pp. 1775-1794.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2002): «La ordenación del ruido», en *Revista de Administración Pública*, núm. 157, pp. 27-55.
- LOZANO CUTANDA, Blanca (2010): «Ley omnibus: una revolución de las técnicas de intervención administrativa (silencio positivo, declaración responsable y comunicación previa)», *Working Paper IE Law School*, pp. 1-19, p. 7.
- (2010): *Derecho ambiental administrativo*, Madrid, La Ley (hay edición posterior).
- RIVERO ORTEGA, Ricardo (2009): «Reformas del Derecho administrativo para 2010: la difícil transposición de la Directiva de Servicios en España», en esta REVISTA, núm. 34, p. 51-80.
- SÁNCHEZ ARMAS, Teresa de Jesús (2009): «El régimen de autorizaciones en la Directiva de Servicios: ¿Hacia un nuevo Derecho Administrativo?», en el vol. col. *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, Madrid, Círculo de Empresarios, p. 412-413.
- SÁNCHEZ-GRAELLS, Albert (2014): «CJEU protects discriminatory green energy schemes and keeps inconsistency in EU free movement of goods law

(C-573/12)», *How to crack a nut. A blog in EU economic law*, de 7 de julio de 2014. Disponible en <http://www.howtocrackanut.com/blog/2014/07/cjeu-protects-discriminatory-green.html>.

SANZ RUBIALES, Iñigo (2010): «Medio Ambiente y Directiva de Servicios en Castilla y León», en VICENTE BLANCO, Dámaso-Javier y RIVERO ORTEGA, Ricardo (directores): *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Colección de Estudios CES núm. 13, Valladolid, Consejo Económico y Social de Castilla y León, 2010, pp. 599-625.

VILLAREJO GALENDE, Helena (2009): «La fierecilla domada: la Directiva de Servicios en el Reino Unido», en *Revista de Estudios Locales* (CUNAL), núm. 122, p. 62-88

- (2009): «La Directiva de Servicios en el mercado interior: una perspectiva general», en RIVERO ORTEGA, Ricardo (dir.): *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Madrid, Civitas, p. 21-58.
- (2009): «Simplificación administrativa al servicio del Mercado Interior Europeo», en el vol. col. *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, Madrid, Círculo de Empresarios, p. 433-495.



# **UNIDAD DEL MERCADO INTERIOR, NORMALIZACIÓN INDUSTRIAL, ETIQUETAS ECOLÓGICAS Y SISTEMAS DE GESTIÓN Y AUDITORÍA MEDIOAMBIENTALES**

NICOLÁS ALEJANDRO GUILLÉN NAVARRO

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. UNIDAD DEL MERCADO INTERIOR: 1. Objeto, principios, Consejo para la unidad de mercado. 2. Garantías al libre establecimiento y circulación. El principio de eficacia en todo el territorio nacional. 3. Supervisión y mecanismos de protección de los operadores económicos.– III. NORMALIZACIÓN INDUSTRIAL: 1. Normalización en España: Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR) y Asociación Española de Normalización (UNE). 2. Normalización Europea (EN) y normalización internacional (ISO).– IV. ETIQUETADO AMBIENTAL: 1. Etiquetado ecológico: A) La etiqueta ecológica de la Unión Europea. B) Logotipo de producción ecológica de la Unión Europea. C) Distintivo de garantía de calidad ambiental de productos y servicios (Generalitat de Catalunya). D) Marca AENOR Medio Ambiente. 2. Autodeclaraciones y declaraciones medioambientales. 3. Otros tipos de certificación: la Etiqueta Energética Europea.– V. SISTEMAS DE GESTIÓN Y AUDITORÍA MEDIOAMBIENTALES: 1. Sistema Europeo de Gestión y Auditoría Ambiental (EMAS). 2. Norma ISO 14001 y diferencias con el Sistema Europeo de Gestión y Auditoría Ambiental (EMAS).– VI. BIBLIOGRAFÍA.*

*RESUMEN:* En un contexto en el cual el consumidor tiene una gran conciencia medioambiental, tanto el sector público, como el privado, han adoptado diferentes medidas para hacer frente a esta nueva demanda. En este sentido, las etiquetas ecológicas o los sistemas de gestión y auditoría medioambientales tratan de mostrar de manera eficiente el impacto medioambiental de productos y servicios, además del nivel de involucración de la empresa en este cometido. Por otra parte, los procesos de normalización industrial ayudan al posicionamiento de las empresas en un ámbito económico cada vez más competitivo y en el que la unidad del mercado interior se presenta como una herramienta útil, ayudando a generar empleo y crecimiento, además de beneficiar a consumidores y usuarios.

*Palabras clave:* ISO 14001; EMAS; normalización europea; producción ecológica; etiqueta energética; AENOR; UNE.

*ABSTRACT:* In a context in which the consumer has a high environmental awareness, both the public and private sectors have adopted different measures to deal with this new demand. In this sense, eco-labels or environmental management and auditing systems try to efficiently show the environmental impact of products and services, as well as the level of involvement of the company in this task. On the other hand, the processes of industrial standardization help the positioning of companies in an increasingly competitive economic

*environment and in which the unity of the internal market is presented as a useful tool, helping to generate employment and growth, as well as benefiting consumers and users.*

*Key words: ISO 14001; EMAS; European standardization; organic production; energy label; AENOR; UNE.*

## **I. INTRODUCCIÓN**

La preocupación por parte de las Administraciones por la protección y conservación medioambiental ha conllevado la adopción de una esfera proteccionista que conlleva que las empresas u organizaciones tengan que enfrentarse a un bloque normativo férreo en lo que respecta a su relación con el medio ambiente. A pesar de las garantías que se propugnan a la hora del libre establecimiento y circulación (unidad del mercado), la supervisión y control de la actividad de las empresas presenta distintos interrogantes acerca de la incidencia que puede presentar en el desarrollo económico de las mismas.

La búsqueda por parte de las empresas de lo que GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA (2009: p. 235) llama calidad industrial, es uno de los aspectos clave para que las actividades tengan presente diferentes medidas, véase la normalización, como solución de mejora a los problemas de producción y rentabilidad. Por otra parte, la relación con un consumidor cada vez más preocupado por los impactos medioambientales, comporta que la empresa acuda a procesos de certificación ambiental de sus productos o servicios. Además, debe tenerse en cuenta que las empresas disponen de sistemas voluntarios que permiten a éstas evaluar y mejorar su comportamiento medioambiental.

Con todo ello, la gestión ambiental en la empresa se presenta como un ámbito complejo con la intervención de entes u organismos regionales, nacionales e internacionales, tanto públicos, como privados. Por otra parte, el aspecto normativo no es el único eje que mueve la misma, sino que el propio deseo de respeto medioambiental y su muestra y acreditación hacia el consumidor juegan un importante papel y es que la voluntariedad y apuesta de mejora interna ayudan sin duda al posicionamiento de la empresa.

## **II. UNIDAD DEL MERCADO INTERIOR**

La unidad del mercado se considera un elemento esencial para el funcionamiento competitivo de la economía (1). En este sentido, la necesidad de

---

(1) Acerca de la unidad del mercado y de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, se puede consultar la obra colectiva dirigida por ALONSO MAS (2014), en donde se analiza la incidencia de esta norma en diferentes sectores. De igual manera, son interesantes los estudios de SOUVIRÓN MORENILLA (2017) o DE LA TORRE MARTÍNEZ (2016).



configurar un ámbito en el que se favorezca la competencia y la inversión, que ayude a generar empleo y crecimiento, que aproveche las economías de escala y que, además, beneficie a consumidores y usuarios a través del acceso a productos y servicios de calidad son las bases sobre las cuales se sustenta la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, norma destinada a estructurar dicho principio en España (2).

Por otra parte, hay que tener presente la prohibición de que las autoridades puedan adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español (art. 139 CE), de ahí que la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, acoja dicha premisa y haga partícipes de dicho propósito al Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales mediante un modelo de cooperación y siempre respetando su ámbito competencial (3). Además, no hay que obviar que el art. 38 CE reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y compele a los poderes públicos a que adopten medidas para garantizar y proteger su ejercicio y la defensa. Por otra parte, como precedente hay que tener presente la importancia de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que ha supuesto una unificación para el sector servicios y ha dado paso a la necesidad de extender este hecho al resto de actividades económicas tal y como se señala en el preámbulo de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre (4).

Por lo que respecta propiamente al concepto de unidad de mercado, es indudable atender a la problemática que genera el término unidad en el

---

(2) Ideas que quedan puestas de manifiesto cuando se acude al objeto recogido en el art. 1 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre: «garantizar la integridad del orden económico y facilitar el aprovechamiento de economías de escala y alcance del mercado mediante el libre acceso, ejercicio y la expansión de las actividades económicas en todo el territorio nacional garantizando su adecuada supervisión, de conformidad con los principios contenidos en el artículo 139 de la Constitución».

(3) A pesar de este aspecto, hay diferentes artículos de la Ley que han tenido que pasar el filtro del Tribunal Constitucional, en concreto aquellos que hacían referencia «a todo el territorio nacional» (por ejemplo, los relativos al principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional, libre iniciativa económica en todo el territorio nacional, eficacia en todo el territorio nacional de las actuaciones administrativas). Como se verá, las Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2017, de 22 de junio, y 110/2017, de 5 de octubre, han analizado la incidencia de estos preceptos en consonancia con el marco competencial constitucional.

(4) La conexión entre ambas normas es evidente más cuando la disposición final segunda de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, modifica diferentes preceptos de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, en concreto letra b) del artículo 5, apartado 3 del artículo 7, apartado 2 del artículo 11. Además, la Ley modifica el apartado 1 del artículo 2 y la disposición final décima de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

entramado de reparto competencial existente en España. Así, es interesante acudir a la delimitación conceptual hecha por el Tribunal Constitucional en sentencia 79/2017, de 22 de junio, en donde se apunta la problemática del mercado único y es que, en sus propias palabras, «la efectiva unicidad del orden económico nacional requiere la unidad de mercado en la medida en que están presentes dos supuestos irreductibles: la libre circulación de bienes y personas por todo el territorio nacional, que ninguna autoridad puede obstaculizar directa o indirectamente (art. 139.2 CE), y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica (arts. 139.1 y 149.1.1 CE) (STC 64/1990, de 5 de abril, FJ 3 y STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 11). De acuerdo con nuestra doctrina, el mercado único tiene como rasgos fundamentales: ser un espacio donde se encuentren garantizadas la libre circulación de personas y bienes, y ser un espacio donde las condiciones esenciales de ejercicio de la actividad económica sean iguales» (fundamento jurídico primero). Además, el Tribunal va más allá a la hora de matizar la unidad de mercado nacional al señalar que la misma se encuentra directamente promovida a través de tres aspectos como son la reserva competencial al Estado de ámbitos materiales concretos de manera exclusiva y excluyente (art. 149.1, apartados 7, 8 y 9 CE); el respeto del contenido esencial de derechos fundamentales (art. 81.1 CE) y el establecimiento en la Constitución de una serie de principios que limitan y enmarcan la acción de todos los poderes públicos en el ejercicio de sus competencias (por ejemplo, aquellos principios recogidos en el artículo 139 CE). Todas estas disposiciones constitucionales suponen, en palabras del Tribunal Constitucional «un límite en sí a la diversidad regulatoria que puedan introducir los legisladores autonómicos en el ejercicio de sus competencias» (5).

De todos modos, la acción del Estado a la hora de articular esta unidad de mercado hay que verla desde la óptica del artículo 149.1.13 CE, el cual atribuye al Estado una competencia para la ordenación general de la economía, además de abarcar «aquellas normas y actuaciones orientadas al logro de garantizar la «unidad de mercado», pero que también incluye la definición de las líneas de actuación tendentes a alcanzar objetivos de política económica global o sectorial, así como la adopción de las medidas precisas para garantizar la realización de los mismos» (6). Es esta competencia, según la doctrina

---

(5) SSTC 96/2013, de 23 de abril, FJ 4, y 20/2016, de 4 de febrero, FJ 3. Además, la intervención del Estado puede basarse en competencias horizontales que nuestra norma fundamental le ha reconocido (por ejemplo, en los apartados 1 y 13 del art. 149.1 CE) o la competencia del Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE).

(6) STC 79/2017, de 22 de junio, haciendo referencia a SSTC 186/1988, de 17 de octubre, FJ 2, y 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 5).

del Tribunal Constitucional, la que «ampara, precisamente, todas aquellas normas y actuaciones, sea cual sea su naturaleza, orientadas a garantizar la «unidad de mercado» o la «unidad económica» (7).

## **1. Objeto, principios, Consejo para la unidad de mercado**

Teniendo presente todo lo anteriormente expuesto, conviene ahora profundizar en los entresijos de la norma y hacer un análisis de los aspectos más interesantes de la misma. En este sentido, lo primero que ha destacarse es el énfasis que existe en la norma a la hora de hablar de garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación, dejando claro el hecho de que ninguna autoridad pueda poner impedimentos. Estos principios generales son desarrollados a través de otros como los de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes, eficacia de las mismas en todo el territorio nacional, simplificación de cargas transparencia o la garantía de las libertades de los operadores económicos, siendo aplicables todos ellos a las autoridades competentes. Acerca de estas, la Ley en su anexo las define como «cualquier organismo o entidad que lleve a cabo la regulación, ordenación o control de las actividades económicas, o cuya actuación afecte al acceso a una actividad económica o a su ejercicio y, en particular, las autoridades administrativas estatales, autonómicas o locales y los colegios profesionales y, en su caso, consejos generales y autonómicos de colegios profesionales».

Sí que es preciso indicar que el principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional ha sido declarado inconstitucional y nulo por Sentencia del Tribunal Constitucional 110/2017, de 5 de octubre. A este respecto, dicho principio hacía referencia al hecho que las disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes relacionados con el libre acceso y ejercicio de la actividad económica tenían eficacia en todo el territorio nacional, una circunstancia que en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Abogada de la Generalitat de Cataluña se consideraba que vulneraba la Constitución por suponer una desactivación de la territorialidad propia de las disposiciones y actos de las Comunidades Autónomas. El Tribunal Constitucional, en la sentencia, sigue dicho planteamiento, determinando su inconstitucionalidad «tanto por exceder el alcance de la competencia estatal reconocida en el artículo 149.1.13 CE, como por vulnerar el principio general de territorialidad de las competencias autonómicas, al permitir la aplicación en un mismo lugar del territorio nacional de norma-

---

(7) SSTC 152/1988, de 20 de julio, FJ 2; 186/1988, de 17 de octubre, FJ 2; 96/1990, de 24 de mayo, FJ 3; 146/1992, de 16 de octubre, FJ 2 y 79/2017, de 22 de junio FJ 2.

tivas diferenciadas para aquellos operadores económicos que únicamente se diferencian por su procedencia» (fundamento jurídico tercero) (8).

Lejos de estos conflictos competenciales, en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, encontramos un interesante Capítulo III referido a la garantía de la cooperación entre las Administraciones Públicas y que destaca por la creación de un Consejo para la Unidad de Mercado, el cual se trata de un órgano de cooperación administrativa para el seguimiento de la aplicación del contenido de la Ley en el que participan representantes de las tres Administraciones territoriales (Estado, CCAA y Administración local) (9). Por lo que respecta a sus funciones, dicho Consejo ostenta funciones heterogéneas relativas al seguimiento y coordinación, en concreto el seguimiento de la adaptación de la normativa del conjunto de las autoridades competentes a los principios de la Ley; el impulso de los cambios normativos necesarios para la eliminación de obstáculos a la unidad de mercado en los marcos jurídicos correspondientes; el seguimiento de los mecanismos de cooperación establecidos en la Ley, en particular, del sistema de intercambio de información y la efectiva integración de registros sectoriales; la coordinación de la actividad desarrollada por las conferencias sectoriales en materia de unidad de mercado; el seguimiento de los mecanismos de protección de los operadores económicos; la aprobación del informe de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado; el impulso de las tareas de cooperación en la elaboración de proyectos normativos o el impulso y la revisión de los resultados de la evaluación periódica de la normativa.

Este Consejo se estructura en varios órganos como son la presidencia; el pleno; la comisión técnica para la unidad de mercado; los grupos de trabajo y la secretaría. En cuanto a esta última, es el órgano técnico de coordinación y cooperación continua con las autoridades competentes con funciones de supervisión continua de la aplicación de la Ley y de la adaptación de la normativa del conjunto de las autoridades competentes, así como el análisis y evaluación de la situación de la unidad de mercado en el territorio nacional, la elaboración de un catálogo de buenas y malas prácticas y de indicadores de calidad normativa respecto a la unidad de mercado y su impacto económico. Además, esta Secretaría debe elaborar un informe semestral de todos estos

---

(8) Mismo planteamiento que se utiliza para declarar inconstitucional el art. 19 (Libre iniciativa económica en todo el territorio nacional) y el art. 20 (eficacia en todo el territorio nacional de las actuaciones administrativas) en la STC 79/2017, de 22 de junio

(9) *Vid.* art. 10.2: «El Consejo para la Unidad de Mercado estará presidido por el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas y contará con la presencia del Secretario de Estado de Administraciones Públicas, el Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, el Subsecretario de Presidencia, los consejeros de las Comunidades Autónomas competentes por razón de la materia y representantes de la Administración local».

aspectos con conclusiones y recomendaciones para la revisión o reforma de los marcos jurídicos existentes. Por otra parte, hay que hacer también referencia a la importancia de las conferencias sectoriales, las cuales analizan las condiciones y requisitos para el acceso y ejercicio de la actividad económica, así como los relativos a la distribución y comercialización de productos, e impulsan los cambios normativos y reformas ayudando con ello a las autoridades competentes en la toma de decisiones al respecto.

## **2. Garantías al libre establecimiento y circulación. El principio de eficacia en todo el territorio nacional**

Como se ha señalado anteriormente, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, supone una extensión de los principios recogidos en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, al resto de actividades económicas. En este sentido, el libre establecimiento y circulación se completa con los principios de libre iniciativa económica, necesidad y proporcionalidad.

A este respecto, la Ley marca que sólo se puede establecer la exigencia de una autorización siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad, además de motivarse suficientemente y entrando en juego razones esenciales como las referidas a orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente. De todas maneras, la Ley incluye la posibilidad de exigir la declaración responsable para el «acceso a una actividad económica o su ejercicio, o para las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas», cuando se exija el cumplimiento de requisitos justificados por alguna razón imperiosa de interés general y sean proporcionados; o la comunicación, cuando se precise conocer el número de operadores económicos, las instalaciones o las infraestructuras físicas en el mercado, siempre y cuando exista alguna razón imperiosa de interés general. De igual manera, se señala que las inscripciones en registros con carácter habilitante tendrán a todos los efectos el carácter de autorización (10).

Por otra parte, la Ley establece las actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación, derivando a cada autoridad competente para que evite la creación o el mantenimiento de un obstáculo o

---

(10) Vid. arts. 16 y 17 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre. En concreto el art. 17 hay que ponerlo en consonancia con el art. 5 Ley 17/2009, de 23 de noviembre, al incluirse en él las razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente, o cuando la escasez de recursos naturales o la existencia de inequívocos impedimentos técnicos limiten el número de operadores económicos del mercado dentro de las condiciones de los regímenes de autorización, en concreto en el de necesidad al que la disposición final 2.1 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, da una nueva redacción (art. 5.b).

barrera a la unidad de mercado (11). No obstante, hay que señalar que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este asunto (STC 79/2017, de 22 de junio), declarando inconstitucionales y nulas las letras b), c) y e) del apartado 2 del art. 18 que hacen referencia a los «requisitos de obtención de una autorización, homologación, acreditación, calificación, certificación, cualificación o reconocimiento, de presentación de una declaración responsable o comunicación o de inscripción en algún registro para el ejercicio de la actividad en el territorio de una autoridad competente distinta de la autoridad de origen» (letra b); «requisitos de cualificación profesional adicionales a los requeridos en el lugar de origen o donde el operador haya accedido a la actividad profesional o profesión» (letra c) y «especificaciones técnicas para la circulación legal de un producto o para su utilización para la prestación de un servicio distintas a las establecidas en el lugar de fabricación» (letra e).

Entre las razones cabe señalar la conexión ya no sólo con el principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional, el cual ya se ha señalado anteriormente su inconstitucionalidad, sino sobre todo por la fundamentación de estos requisitos en el principio de eficacia nacional (12). Este principio, que se recogía en el capítulo V de la norma y

---

(11) Dentro de este ámbito se engloban requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, para la obtención de ventajas económicas o para la adjudicación de contratos públicos; requisitos de obtención de una autorización, homologación, acreditación, calificación, certificación, cualificación o reconocimiento, de presentación de una declaración responsable o comunicación o inscripción en algún registro para el ejercicio de la actividad en el territorio de una autoridad competente distinta de la autoridad de origen; requisitos de cualificación profesional adicionales a los requeridos en el lugar de origen o donde el operador haya accedido a la actividad profesional o profesión; requisitos de seguros de responsabilidad civil o garantías equivalentes; especificaciones técnicas para la circulación legal de un producto o para su utilización para la prestación de un servicio distintas a las establecidas en el lugar de fabricación; obtención de una autorización, homologación, acreditación, calificación, certificación, cualificación o reconocimiento, de presentación de una declaración responsable o comunicación o de inscripción en algún registro para acreditar la equivalencia de las condiciones que reúne el operador establecido en otro lugar del territorio con los requisitos exigidos para la concesión de dichas ventajas económicas; requisitos de naturaleza económica o intervención directa o indirecta de competidores en la concesión de autorizaciones; requisitos que contengan la obligación de haber realizado inversiones en el territorio de la autoridad competente (art. 18)

(12) Fundamento 14: «Igualmente debemos declarar inconstitucionales y nulos las letras b), c) y e) del apartado segundo del artículo 18 en tanto en cuanto se fundamentan en el principio de eficacia nacional al excluir que los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes puedan contener o aplicar requisitos para el ejercicio de la actividad en el territorio de una autoridad competente distinta de la autoridad de origen [en la letra b)]; en cuanto excluyen que se puedan exigir requisitos de cualificación profesional adicionales a los requeridos en el lugar de origen o donde el operador haya accedido a la actividad profesional o profesión [en la letra c)]; y en cuanto excluyen que se puedan exigir especificaciones técnicas para la circulación legal de un producto o para su utilización dis-

que se dividía a su vez en la libre iniciativa económica en todo el territorio nacional y la eficacia en todo el territorio nacional de las actuaciones administrativas, fue declarado también inconstitucional (arts. 19 y 20). El porqué de su declaración se basaba en dos elementos y es que, según el Tribunal Constitucional, el principio de eficacia nacional es inconstitucional «tanto por exceder el alcance de la competencia estatal reconocida en el artículo 149.1.13 CE, como por vulnerar el principio general de territorialidad de las competencias autonómicas, al permitir la aplicación en un mismo lugar del territorio nacional de normativas diferenciadas para aquellos operadores económicos que únicamente se diferencian por su procedencia, debemos determinar cómo afecta tal consideración a los preceptos impugnados» (13).

### **3. Supervisión y mecanismos de protección de los operadores económicos**

Un último ámbito de análisis es el referido a los operadores económicos. A este respecto, la Ley marca dos ámbitos relacionados como son la supervisión y los mecanismos de protección.

En cuanto a la supervisión, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, deriva ésta a las autoridades competentes, si bien la norma establece matizaciones cuando la competencia de supervisión y control no sea estatal al dividir las

---

tintas a las establecidas en el lugar de fabricación [en la letra e)]. La prohibición de dichos requisitos y condiciones es consecuencia directa del principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional. Y, por tanto, al igual que éste, deben ser declarados tales apartados inconstitucionales y nulos».

(13) Fundamento jurídico 13 de la STC 79/2017, de 22 de junio: «La aplicación del principio de eficacia presenta una doble consecuencia limitativa de las competencias autonómicas: la disposición general o el acto administrativo aprobado desde «la autoridad de origen» tiene un efecto extraterritorial que produce plenos efectos jurídicos, porque «la autoridad de destino» está obligada a asumir su validez ya que impone la asunción de la plena validez de los requisitos, cualificaciones, controles previos o garantías ya exigidos por aplicación de la normativa del lugar de origen (art. 19.3 de la Ley 20/2013) o, incluso, aunque la actividad económica no esté sometida a requisito en dicho lugar (art. 19.1, inciso final de la Ley 20/2013). Pero, además, ante esta disposición o acto no pueden oponerse las disposiciones o actos procedentes de «la autoridad de destino», que quedan, efectivamente, desplazados. El resultado es que el principio de eficacia nacional abre la posibilidad de que hasta diecisiete normativas distintas de las diversas Comunidades Autónomas actuando como Comunidades de origen se apliquen en un mismo territorio de destino. Y abre asimismo la posibilidad de que, en virtud de la aplicación del derecho a no ser discriminado por razón de la nacionalidad recogido en el artículo 18 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, la autoridad autonómica de destino venga obligada a aceptar en su territorio la comercialización de productos o la prestación de servicios que se adecuen a las normativas de origen, independientemente del estándar de protección que establezcan, no sólo de las distintas Comunidades Autónomas sino también de los 27 Estados miembros de la Unión».

supervisiones en tres autoridades dado el caso, en concreto, autoridades de origen, destino y del lugar de fabricación (14), si bien la referencia a esta última en el art. 21.2.c fue declarada inconstitucional y nula por Sentencia 111/2017, de 5 de octubre (15). Aparte de este aspecto, la supervisión se completa con el fortalecimiento del sistema de intercambio de información entre autoridades competentes, en especial con la existencia de un sistema de intercambio electrónico de información.

Por lo que respecta a los mecanismos de protección de los operadores económicos, la Ley articula un procedimiento en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes ante la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (16). Para la resolución de la reclamación se establece un sistema de cooperación a través de la denominada Red de puntos de contacto para la unidad de mercado y solución de diferencias, siendo puntos de contacto la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), cada departamento ministerial o la autoridad que designe cada

---

(14) Art. 21.2: «a) Las autoridades de origen serán las competentes para la supervisión y control de los operadores respecto al cumplimiento de los requisitos de acceso a la actividad económica. b) Las autoridades de destino serán las competentes para la supervisión y control del ejercicio de la actividad económica. c) Las autoridades del lugar de fabricación serán las competentes para el control del cumplimiento de la normativa relacionada con la producción y los requisitos del producto para su uso y consumo». En cuanto a la definición de estas autoridades conviene acudir al anexo de la norma donde se expone: autoridad de origen: «autoridad competente del lugar del territorio nacional donde el operador esté establecido legalmente para llevar a cabo una determinada actividad económica. se entenderá que un operador está establecido legalmente en un territorio cuando en ese lugar se acceda a una actividad económica y a su ejercicio; autoridad de destino: autoridad competente del lugar del territorio nacional donde un operador legalmente establecido en otro lugar del territorio nacional lleva a cabo una actividad económica, mediante establecimiento o sin él».

(15) Fundamento jurídico tercero de la STS 111/2017, de 5 de octubre de 2017: «La impugnada letra c) del artículo 21.2 de la Ley 20/2013 tiene como fundamento el principio de eficacia nacional regulado en aquellos preceptos. Atribuye a la autoridad de origen el control del cumplimiento de la normativa relacionada con los requisitos de fabricación, uso y consumo del producto. Esta asignación es incondicionada; la autoridad de origen ha de encargarse del control, aunque falte una regulación común estatal o europea y aunque la Comunidad Autónoma de destino, en ejercicio de sus competencias estatutarias, haya optado por desarrollar un nivel de protección propio y distinto del establecido por la normativa del lugar de fabricación. Así pues, declarada inconstitucional y nula la previsión de que «cualquier producto legalmente producido al amparo de la normativa de un lugar del territorio español podrá circular y ofertarse libremente en el resto del territorio desde el momento de su puesta en el mercado» (art. 19 de la Ley 20/2013), debemos declarar también la inconstitucionalidad y nulidad del precepto controvertido, por estar directamente fundado en ella».

(16) *Vid.*, ARMENGOL I GASULL (2015), CASARES MARCOS (2016), RODRÍGUEZ BEAS (2016) y URRUTIA LIBARONA (2016). Acerca de la normalización industrial en la jurisprudencia: GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA (2009).



Comunidad Autónoma o Ciudad con Estatuto de Autonomía. Además, fuera de este procedimiento, la Ley otorga a los consumidores y usuarios, así como las organizaciones que los representan, la posibilidad de informar a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado sobre cualesquiera obstáculos o barreras relacionadas con la aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre.

Es importante señalar de igual manera la incidencia de esta norma con respecto a la CNMC, a la que se le otorga legitimación para interponer recurso contencioso-administrativo frente a cualquier disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que se considere contraria a la libertad de establecimiento o de circulación procedente de cualquier autoridad competente, hecho que conlleva a su vez la modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en donde se añade un nuevo Capítulo IV al Título V referido al procedimiento para la garantía de la unidad de mercado en el que se articula la intervención de la CNMC al respecto (17).

### III. NORMALIZACIÓN INDUSTRIAL

A la hora de concretar qué se entiende por normalización o estandarización industrial, tanto la doctrina, como la legislación, ofrecen una gran variedad de delimitaciones y definiciones. Así, como punto de partida, puede definirse como «la actividad por la que se unifican criterios respecto a determinadas materias y se posibilita la utilización de un lenguaje común en un campo de actividad concreto (art. 8.5 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria), una definición que se aleja de la que utiliza la mayoría de la doctrina y que se contenía en el ya derogado Real Decreto 1614/1985, de 1 de agosto, por el que se ordenan las actividades de normalización y certificación, que definía la normalización como «la actividad que aporta soluciones para aplicaciones repetitivas que se desarrollan, fundamentalmente, en el ámbito de la ciencia, la tecnología y la economía, con el fin de conseguir una ordenación óptima en un determinado contexto». No obstante, autores como RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ (2002) concretan más al hablar de «elaboración consensual de documentos de referencia de cumplimiento voluntario», siendo este último aspecto un elemento clave al establecerse que este tipo de normas no tienen el carácter de obligatorio a no ser que se engloben en una reglamentación de una Administración (MASSÓ AGUADO, 2004) (18).

---

(17) De igual manera se modifica el artículo 11.1 en donde se añade una letra h) y se da una nueva redacción al apartado 1 del artículo 110 de la Ley 29/1998, de 13 de julio.

(18) Otra definición es la dada por ÁLVAREZ GARCÍA (1999) que asocia al «proceso o la actividad destinada, por un lado, a establecer de forma unificada los criterios técnicos

De todos modos, independientemente de la delimitación terminológica que se haga, a la normalización industrial hay que asociarle tres objetivos claros como son la simplificación, la unificación y, en último lugar, una especificación que se vincula a otras aportaciones como la racionalización, seguridad y la calidad (BRITO MARQUINA, 2015).

## **1. Normalización en España: Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR) y Asociación Española de Normalización (UNE)**

La normalización en España no se entiende sin la existencia de los denominados organismos de normalización. En este sentido, hay que mencionar de manera obligatoria la incidencia de la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR). No obstante, AENOR es fruto de un largo proceso que se remonta a principios del siglo XIX, sucediéndose diferentes entidades a lo largo de los años como la Asociación Española de Normalización, el Instituto de Racionalización del Trabajo (IRATRA) o el Instituto de Racionalización y Normalización (IRANOR). Este último organismo, creado en diciembre de 1945 por el Centro Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), ha sido hasta 1985 el único organismo multisectorial de normalización (19).

En dicho año, el Real Decreto 1614/1985, de 1 de agosto, por el que se ordenan las actividades de normalización y certificación, introdujo un importante cambio al incluir una apertura hacia el campo de la actividad privada al señalarse en el art. 5 la posibilidad de que el Ministerio de Industria y Energía designara, de entre las asociaciones o entidades solicitantes, a aquellas encargadas de desarrollar tareas de normalización y certificación siempre y cuando fuera una entidad sin fin lucrativo, de carácter privado y ámbito nacional (20). Un año más tarde, mediante Orden de 26 de febrero de 1986, se procedió a designar a la «Asociación Española de Normalización y Certificación» (AENOR) como entidad reconocida para desarrollar tareas de

---

que deben respetar tanto los productos industriales como las propias empresas encargadas de producirlos y, por otro, a fijar un lenguaje común respecto a estos dos campos concretos de actividad».

(19) Vid. TARRÉS VIVES (2000).

(20) Además se exigía, entre otros aspectos, el compromiso expreso de admitir en sus órganos decisorios la presencia de una representación del Ministerio de industria y energía; adaptar sus estatutos; integración en las comisiones sectoriales de normalización a los diversos agentes sociales y económicos interesados; compromiso expreso de someter los proyectos de normas a un periodo de información en el «Boletín Oficial del Estado»; o que contar con los medios suficientes que permitan que los textos de las normas sean consultados en cualquier momento por toda persona interesada.

normalización y certificación, todo ello de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 5.º del Real Decreto 1614/1985, de 1 de agosto.

Asumiendo por tanto AENOR dichas tareas, un elemento clave en su funcionamiento son los Comités Técnicos de Normalización (CTN) en donde por áreas se desarrolla la normalización. Acudiendo a su reglamento aprobado por la Junta Directiva el 10 de mayo de 2016 (21), es el título y el campo de actividad los que delimitan claramente las competencias del CTN, de forma que no hay más de un CTN con competencias sobre el mismo tema. Por otra parte, en su composición existe una representación de agentes implicados en este ámbito como usuarios, consumidores y empresas manufactureras y de servicios, al igual que la Administración Pública, laboratorios de ensayo y centros de investigación, entre otros.

En cuanto a sus funciones (22), los CTN destacan por elaborar y proponer los proyectos de normas UNE para ser sometidos a información pública, además de elaborar las propuestas de normas UNE para su adopción como normas nacionales. Sobre este aspecto, las normas UNE son básicamente especificaciones técnicas para su aplicación repetida o continuada, cuya observancia no es obligatoria (MASSÓ AGUADO, 2004) y que al fin y al cabo son la base de la normalización (elaboración de normas técnicas). En este sentido, como dato se estima que 2017 había 32.926 normas UNE (UNE, 2018).

---

(21) Este reglamento sustituye al Reglamento de los Comités Técnicos de Normalización de la Asociación aprobado por la Junta Directiva en su reunión de fecha 22 de marzo de 2010.

(22) *Vid.* art. 4: «a) Proponer su programa anual de trabajo. b) Proponer la elaboración de nuevos documentos normativos y la confirmación, revisión o anulación de los ya existentes. c) Elaborar y proponer, en su caso, los proyectos de normas UNE para ser sometidos a información pública. d) Elaborar las propuestas de normas UNE para su adopción como normas nacionales. e) Adoptar como normas nacionales las normas europeas que así lo requieran como consecuencia de los compromisos derivados de la participación en CEN, CENELEC y ETSI. f) Proponer el nombramiento y el cese del presidente y del vicepresidente del CTN, así como de sus vocales. g) Constituir en su seno Subcomités o Grupos de Trabajo, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4.6 y 4.7. h) Proponer a los representantes que asistirán a las reuniones internacionales como delegación nacional o expertos en grupos de trabajo y que deberán ser vocales del CTN o de uno de sus órganos de trabajo. i) Estudiar los documentos internacionales que afecten a su ámbito y proponer las actuaciones oportunas. j) Establecer las relaciones oportunas con aquellos CTN que se consideren de interés. k) Fomentar la aplicación de las normas y promover el desarrollo y difusión de la normalización dentro de su campo de actividad. l) Resolver las consultas que le sean planteadas sobre cuestiones técnicas relacionadas con la normalización de su sector. m) Proponer la adopción de aquellas medidas que se juzguen necesarias para el mejor desarrollo de sus actividades, y la incoación de expedientes para la imposición de las sanciones previstas en el Reglamento Sancionador relativas a la actividad de normalización. n) Reconsiderar anualmente su composición proponiendo, si procede, las modificaciones oportunas. o) Cuantas le sean delegadas por la Junta Directiva».

Es preciso indicar que el Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial, ha derogado el Real Decreto 1614/1985, de 1 de agosto, acogiendo la regulación acerca de la normalización y en donde se destaca la pormenorización acerca de los organismos de normalización (arts. 8 ss.) y las entidades de acreditación (23). Sobre los primeros, la norma les asocia como finalidad la de «desarrollar en el ámbito estatal las actividades relacionadas con la elaboración de normas, mediante las cuales se unifiquen criterios respecto a determinadas materias y se posibilite la utilización de un lenguaje común en campos de actividad concretos»; sin embargo, las entidades de acreditación las define como «entidades privadas sin ánimo de lucro, que se constituyen con la finalidad de acreditar en el ámbito estatal a las entidades de certificación, laboratorios de ensayo y calibración y entidades auditoras y de inspección que actúan en el campo voluntario de la calidad, así como a los Organismos de control que actúan en el ámbito reglamentario y a los verificadores medioambientales, mediante la verificación del cumplimiento de las condiciones y requisitos técnicos exigidos para su funcionamiento» (arts. 14 a 19). No obstante, a pesar de la regulación de las entidades de acreditación por dicho Real Decreto, ésta ha sido derogada por el Real Decreto 1715/2010, de 17 de diciembre, designándose a la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) como organismo nacional de acreditación de acuerdo con lo establecido en el Reglamento (CE) núm. 765/2008 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) núm. 339/93.

Siguiendo con la figura de AENOR en España, es relevante destacar los efectos del Real Decreto 1072/2015, de 27 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la infraestructura para la calidad y la seguridad industrial. En este sentido, la norma introdujo el deber de separación de las actividades de normalización de las de evaluación (certificación), añadiéndose la obligación de que AENOR adaptara sus estatutos a dicha circunstancia. Esta circunstancia conllevó que en 2017 AENOR sufriera un cambio institucional, originándose, por un lado, la Asociación Española de Normalización (UNE), asociación sin fines lucrativos que desarrolla la actividad de normalización y cooperación, y, por otro, AENOR, entidad mercantil, destinada a los ámbitos

---

(23) Además, se recogen lo que se denomina infraestructura acreditable para la calidad (entidades de certificación, laboratorios de ensayo, entidades auditoras y de inspección, laboratorios de calibración industrial) e infraestructura para la seguridad industrial (organismos de control, verificadores medioambientales).

de la evaluación de la conformidad y actividades asociadas, como la formación o la venta de publicaciones.

Con ello nos encontramos que la UNE es el organismo de normalización y la ENAC, la entidad de acreditación en España, si bien ambas entidades han firmado convenios de colaboración por los que ENAC colaborará con UNE en la actividad de normalización participando en comités técnicos, asumiendo la presidencia del comité de normalización de gestión de la calidad y evaluación de la conformidad y, por su parte, UNE colaborará con ENAC en la identificación de posibles expertos dentro de sus comités de técnicos de normalización (UNE, 2018).

## 2. Normalización Europea (EN) y normalización internacional (ISO)

En el ámbito europeo, la normalización también está presente tanto en la normativa, como a través de la creación de distintos entes. En este sentido, en el Reglamento (UE) núm. 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, se puede encontrar una delimitación conceptual de la normalización, la cual asocia a la «definición de especificaciones técnicas o cualitativas voluntarias con las que pueden ser conformes actuales o futuros productos, procesos de producción o servicios».

Conviene indicar que la normalización europea se organiza sobre la base de la representación nacional [véase Comité Europeo de Normalización (CEN) y Comité Europeo de Normalización electrotécnica (CENELEC)] y la participación directa [Instituto Europeo de Normas de Comunicación (ETSI)], configurándose por tanto distintos entes en la materia. Entre ellos destaca el CEN, el cual, creado en 1961, es una organización no lucrativa privada integrada por los organismos nacionales de normalización (tabla 1).

**Tabla 1. Miembros del Comité Europeo de Normalización (CEN)**

País	Organización
Alemania	Deutsches Institut für Normung
Austria	Austrian Standards International – Standardization and Innovation
Bélgica	Bureau de Normalisation/Bureau voor Normalisatie
Bulgaria	Bulgarian Institute for Standardization
Croacia	Croatian Standards Institute
Chipre	Cyprus Organization for Standardisation
Dinamarca	Dansk Standard

Eslovaquia	Slovak Office of Standards Metrology and Testing
Eslovenia	Slovenian Institute for Standardization
España	Asociación Española de Normalización
Estonia	Estonian Centre for Standardisation
Finlandia	Suomen Standardisoimisliitto r.y.
Francia	Association Française de Normalisation
Grecia	National Quality Infrastructure System
Hungría	Hungarian Standards Institution
Islandia	Icelandic Standards
Irlanda	National Standards Authority of Ireland
Italia	Ente Nazionale Italiano di Unificazione
Letonia	Latvian Standard Ltd.
Lituania	Lithuanian Standards Board
Luxemburgo	Organisme Luxembourgeois de Normalisation
Malta	The Malta Competition and Consumer Affairs Authority
Países Bajos	Nederlands Normalisatie-instituut
Noruega	Standards Norway
Polonia	Polish Committee for Standardization
Portugal	Instituto Português da Qualidade
República Checa	Czech Office for Standards, Metrology and Testing
República de Macedonia	Standardization Institute of the Republic of Macedonia
Reino Unido	British Standards Institution
Rumanía	Romanian Standards Association
Serbia	Institute for Standardization of Serbia
Suecia	Swedish Standards Institute
Suiza	Schweizerische Normen-Vereinigung
Turquía	Turkish Standards Institution

Fuente: elaboración propia a través de datos del COMITÉ EUROPEO DE NORMALIZACIÓN (2018).

Por otra parte, del Reglamento (UE) núm. 1025/2012, también destaca la delimitación de norma que define como «especificación técnica adoptada por un organismo de normalización reconocido, de aplicación repetida o

continua, cuya observancia no es obligatoria». A su vez, divide la norma en cuatro tipologías como son la norma nacional (norma adoptada por un organismo nacional de normalización); norma europea (norma adoptada por una organización europea de normalización); norma armonizada (norma europea adoptada a raíz de una petición de la Comisión para la aplicación de la legislación de armonización de la Unión) y norma internacional (norma adoptada por un organismo internacional de normalización). En cuanto a las normas europeas (EN), éstas se elaboran por una Organización europea de normalización (CEN, CENELEC o ETSI). En el caso del CEN una vez creada y publicada, la EN es adoptada como norma nacional por cada uno de los miembros (en el caso de España con la denominación UNE-EN)

Por último, a la hora de hablar de las normas internacionales, conviene aludir a las normas ISO. En este sentido, el Organismo Internacional de Normalización (en inglés, International Organization for Standardization / ISO) tiene como objeto la estandarización de normas de productos y de seguridad para las empresas u organizaciones a nivel internacional. De este organismo forman parte antes de normalización de 160 países, entre ellos España, teniendo en cuenta que el desarrollo de las denominadas normas ISO son voluntarias ya que se trata de una organización independiente y no gubernamental por lo que no impone normas a los países.

De todos modos, la vinculación entre CEN e ISO es evidente tras el acuerdo de Viena de 1991 en el que se establece una cooperación técnica, y sobre todo la posibilidad de adoptar normas internacionales, como europeas (EN ISO), que a su vez pueden adoptarse como españolas (UNE-EN ISO).

En el aspecto medioambiental, dentro de las normas ISO encontramos un bloque muy importante, en concreto la serie ISO 14000. Respecto a esta serie, el Comité ISO/TC 207, creado en 1993 como respuesta al compromiso de desarrollo sostenible de la Cumbre de Río de 1992, es el encargado de desarrollar este conjunto de estándares normativos (ISO, 2009). Los estándares dentro de la ISO 14000 son más que variados (tabla 2) centrándose esencialmente en seis bloques referidos a sistemas de gestión ambiental (ISO 14001, 14004, 14005, 14006); auditorías ambientales (ISO 14010, 14011, 14012); evaluación del desempeño ambiental (ISO 14031, 14032); etiquetas ecológicas (ISO 14020, 14021, 14024, 14025); análisis de ciclo de vida (ISO 14040, 14041, 14042, 14043, ISO 14047, ISO 14048, ISO 14049); huellas ambientales (ISO 14046, 14064-1/2/3, 14065, 14066, 14067, 14069) y vocabulario (ISO 14050). Normas como la ISO 14001 han sido adoptadas en España (UNE-EN ISO 14001:2015) lo que da cuenta de la trascendencia a nivel internacional de dichas normas.

**Tabla 2. Serie ISO 14000**

Norma ISO	
ISO 14001:2015	Sistemas de gestión ambiental. Requisitos con orientación para su uso.
ISO 14004:2016	Sistemas de gestión ambiental – Directrices generales sobre la implementación.
ISO 14005:2010	Sistemas de gestión ambiental – Guía para la implementación de un sistema de gestión ambiental por etapas, incluyendo el empleo de la evaluación del desempeño ambiental.
ISO 14006:2011	Sistemas de gestión ambiental. Directrices para la incorporación del ecodiseño.
ISO 14010	Principios generales de auditorías ambientales.
ISO 14011	Directrices y procedimientos para las auditorías.
ISO 14012	Directrices y procedimientos para las auditorías.
ISO 14013	Guías de consulta para la revisión ambiental.
ISO 14014	Guía para la revisión inicial.
ISO 14015:2011	Guía para la evaluación del emplazamiento medioambiental.
ISO 14020:2000	Etiquetas ecológicas y declaraciones ambientales. Principios generales.
ISO 14021:2016	Etiquetas y declaraciones ambientales – Afirmaciones ambientales autodeclaradas (Etiquetado ambiental tipo II).
ISO 14024:2018	Etiquetas ecológicas y declaraciones medioambientales. Etiquetado ecológico Tipo I. Principios generales y procedimientos.
ISO 14025:2006	Etiquetas y declaraciones ambientales. Declaraciones ambientales tipo III. Principios y procedimientos.
ISO 14031:2013	Gestión ambiental. Evaluación del desempeño ambiental. Directrices.
ISO 14032	Gestión ambiental – Ejemplos de evaluación del rendimiento ambiental (ERA).
ISO 14040:2006	Gestión ambiental – Análisis del ciclo de vida – Principios y marco de referencia.
ISO 14044: 2016	Gestión ambiental – Análisis del ciclo de vida – Requisitos y directrices.
ISO 14045:2012	Gestión ambiental – Evaluación de la ecoeficiencia del sistema del producto – Principios, requisitos y directrices.
ISO 14046:2014	Gestión ambiental – Huella de agua – Principios, requisitos y directrices.



ISO/TR 14047:2012	Evaluación del impacto del ciclo de vida. Ejemplos de aplicación de ISO 14044.
ISO/TR 14048:2002	Evaluación del ciclo de vida. Formato de documentación de datos.
ISO/TR 14049:2012	Evaluación del ciclo de vida. Ejemplos de la aplicación de ISO 14044 a la definición de objetivo y alcance y análisis de inventario.
ISO 14050:2009	Gestión ambiental – Vocabulario.
ISO 14051: 2011	Gestión ambiental – Contabilidad de costos del flujo de materiales – Marco de referencia general.
ISO/TR 14062:2002	Gestión ambiental – Integración de los aspectos ambientales en el diseño y desarrollo de los productos.
ISO 14063:2006	Comunicación ambiental – Directrices y ejemplos.
ISO 14064-1/2/3 (2006); ISO 14065:2013; ISO 14066:2011; ISO 14067:2013; ISO 14069:2013	Gases de efecto invernadero en diversos aspectos.

Fuente: elaboración propia.

#### IV. ETIQUETADO AMBIENTAL

En el marco de un consumo cada más responsable y respetuoso con el medio ambiente, el etiquetado ambiental ha asumido un papel muy importante como garante de la sostenibilidad de los productos y los servicios. En este sentido, las políticas públicas orientadas al fomento de productos limpios o la gestión sana de los recursos y materias primas han dado pie a la adopción de toda una serie de medidas orientadas a informar a los consumidores y usuarios de la incidencia en el medio ambiente de los productos que consumen o utilizan. La diversidad de etiquetas ecológicas existentes ya sean a nivel regional, nacional o internacional, dan cuenta de la relevancia de las mismas.

A la hora de establecer una clasificación sobre etiquetado ambiental, es interesante acudir al conjunto de Normas ISO 14020 de las cuales se extrae una triple clasificación. A este respecto, se establece un Tipo I – Etiquetado ecológico (ISO 14024), Tipo II – Autodeclaraciones ambientales (ISO 14021) y Tipo III – Declaraciones medioambientales (ISO 14025) (24).

(24) Vid. JUNTA DE ANDALUCÍA (2018) o GENERALITAT DE CATALUNYA (2018), BERNAD BELTRÁN; BOVEA EDO; COLOMER MENDOZA; IBÁÑEZ FORÉS (2013); BOVEA EDO; CARLOS; GALLARDO Y COLOMER MENDOZA (2008).

## 1. Etiquetado ecológico

Como se ha señalado anteriormente, atendiendo a la clasificación extraída del conjunto de normas ISO 14020, el primer bloque a analizar es el referido a la tipología I que se vincula al etiquetado ecológico. En este sentido, la ISO 14024:2018 refiere el etiquetado ecológico Tipo I a sistemas voluntarios articulados por agencias públicas o privadas a nivel nacional, regional o internacional. Así, en esta tipología se incluye a la etiqueta ecológica europea, el logotipo de producción ecológica (por conexión), el distintivo de garantía de calidad ambiental de productos de la Generalitat de Cataluña o la Marca AENOR Medio Ambiente, entre otras, las cuales serán analizadas a continuación. No obstante, podemos encontrar otras muchas otras como la Blaue Engel (Alemania); Österreichisches Umweltzeichen (Austria); Choix Environmental (Canadá); Korea Environmental Labelling Association (Corea del Sur); Green Seal (Estados Unidos); Nf Environment (Francia); Milieukeur (Holanda); Eco-Mark (India); Eco-Mark (Japón); Eco-Mark, Environmental Choice (Nueva Zelanda); Nordic Swan Ecolabel (Suecia, Noruega, Finlandia e Islandia); Green Mark (Taiwan).

### A) La etiqueta ecológica de la Unión Europea

A la hora de analizar la incidencia de la etiqueta ecológica conviene remitirse a la esfera de la Unión Europea. En cuanto a su origen regulatorio, el Reglamento (CEE) núm. 880/92 del Consejo, de 23 de marzo de 1992, relativo a un sistema comunitario de concesión de etiqueta ecológica, establecía un sistema comunitario de concesión de etiqueta ecológica que tenía como objetivo el potenciar aquellos productos cuyo diseño, la producción, la comercialización y utilización tuvieran escasa incidencia en el medio ambiente durante todo su ciclo de vida, además de ofrecer una información adecuada a los consumidores sobre todos estos aspectos (25).

Esta medida se ponía en correlación con la política medioambiental de la entonces llamada Comunidad Económica Europea (CEE), en concreto el Cuarto Programa de Acción de la CEE en materia de Medio Ambiente (1987-1992), en donde, entre otros aspectos, se señalaba ya no sólo la necesidad de adopción de medidas de protección sobre el consumidor, sino sobre todo el fomentar una política de productos limpios. Además, la Resolución del Consejo de 7 de mayo de 1990, sobre la política en materia de residuos, invitaba, en su punto cuarto, a que la Comisión propusiera un sistema de etiquetado ecológico de ámbito comunitario que incluyera el impacto medioambiental

---

(25) Acerca del régimen jurídico de la etiqueta ecológica en las primeras etapas, AUDIVERT ARAU (1996).

durante el ciclo de vida del producto, en el contexto de la consideración hecha de que los productos comercializados debían concebirse de forma que en su fabricación, utilización o eliminación final se redujera lo máximo posible la cantidad y nocividad de sus desechos o riesgo de contaminación. Este hecho de nuevo aparece, por ejemplo, en la Resolución de 19 de junio de 1987 del Parlamento Europeo, sobre la gestión de desechos y los antiguos vertederos, en donde se aboga por la creación de una etiqueta ecológica comunitaria para los productos ecológicos (26). Con todo ello, el Reglamento (CEE) núm. 880/92, del Consejo de 23 de marzo de 1992, acoge todos estos planteamientos, elaborando un sistema que, como se ha señalado anteriormente, promovía la concesión de la etiqueta ecológica a los productos respetuosos con el medio ambiente durante todo su ciclo de vida, además de proporcionar a los consumidores mejor información sobre las repercusiones ecológicas de los productos.

Profundizando en la norma, hay destacar que el sistema no era aplicable a los alimentos, a las bebidas ni a los productos farmacéuticos y que las condiciones de concesión de la etiqueta se definían por categoría de productos, así como sus períodos de validez. En cuanto a la concesión, el Reglamento disponía que la etiqueta ecológica era otorgada por los organismos designados por los Estados miembros (figura 1). En este sentido, el Real Decreto 598/1994, de 8 de abril, sobre normas para la aplicación del Reglamento (CEE) 880/1992, teniendo en cuenta que de conformidad con la distribución competencial establecida en la Constitución Española la materia medioambiental recae en las Comunidades Autónomas, estableció que la designación de los referidos organismos competentes para otorgar en España la etiqueta ecológica y efectuar las demás funciones recaían en las Comunidades Autónomas, adoptando por ello la normativa de desarrollo al respecto (27). No obstante, por lo que respecta a la valoración del producto, el Reglamento incluía un conjunto de aspectos medioambientales (importancia de los residuos, contaminación y degradación del suelo, contaminación del agua, contaminación atmosférica, ruido, consumo de energía, consumo de recursos naturales, repercusiones en los ecosistemas), los cuales debían ser analizados a lo largo del ciclo de vida del producto y que suponían la base sobre la que conceder la etiqueta ecológica [fase previa a la producción; producción distribución (incluido el embalaje); utilización y eliminación].

(26) Vid. DO no C 122 de 18. 5. 1990, p. 2 y DO no C 190 de 20. 7. 1987, p. 154.

(27) En el ámbito autonómico conviene destacar como norma de desarrollo en la Comunidad de Madrid el Decreto 185/1998, de 29 de octubre, de aplicación del sistema de etiqueta ecológica comunitaria (B.O. Comunidad de Madrid, de 13 noviembre de 1998, núm. 270; rectificación en B.O. Comunidad de Madrid, de 27 noviembre de 1998, núm. 282).

### Imagen 1. Etiqueta ecológica



Fuente: CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1992).

El hecho de que el Reglamento de 1992 estableciera que, en el plazo máximo de cinco años después de su entrada en vigor, la Comisión debía examinar el sistema y proponer las modificaciones adecuadas (28), dio lugar a la adopción del Reglamento (CE) núm. 1980/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de julio de 2000, relativo a un sistema comunitario revisado de concesión de etiqueta ecológica. Dicha norma seguía parecidos planteamientos, recogiendo por ende un sistema destinado a garantizar el uso eficiente de recursos y un alto nivel de protección medioambiental, además de ofrecer a los consumidores una información de los productos, tal y como se expone en el preámbulo de la norma, «exacta, no engañosa y con base científica» (29).

En cuanto al contenido (30), destacaba la aparición de diferentes novedades con respecto al anterior sistema como una mejor delimitación de las categorías de los productos con base en diferentes condiciones asociadas esencialmente al volumen de ventas e impacto medioambiental, la inclusión también de servicios, la introducción de un plan de trabajo asociado a una estrategia para la puesta en marcha del sistema (31) o la creación del Comité de etiqueta ecológica de la Unión Europea (32). De igual manera, se incluían

---

(28) Vid. MANTECA VALDELANDE (2006).

(29) Vid. SANZ RUBIALES (2000), DOPAZO FRAGUÍO, P. (2001) y LOZANO CUTANDA. (2001).

(30) De nuevo, la norma no era de aplicación sobre los medicamentos, productos sanitarios, productos alimenticios, ni las bebidas. Igualmente, no se podía conceder a sustancias o preparados clasificados como muy tóxicos, tóxicos, peligrosos para el medio ambiente, carcinógenos, tóxicos con respecto a la reproducción o mutagénicos.

(31) Vid. Decisión de la Comisión de 9 de febrero de 2006, por la que se establece el plan de trabajo relativo a la etiqueta ecológica comunitaria.

(32) Decisión de la Comisión de 10 de noviembre de 2000 por la que se crea el Comité de etiqueta ecológica de la Unión Europea y el reglamento interno del mismo. Dicho Comité estaba integrado por los organismos competentes de los Estados miembros y por

requisitos medioambientales y la referencia a los criterios de etiqueta ecológica y requisitos de evaluación y verificación, con una diferenciación entre productos y servicios (33). En cuanto a los organismos competentes, los Estados miembros asumían de nuevo el protagonismo en cuanto a la operatividad del sistema, destacándose la introducción incluso de medidas de coordinación con otros sistemas de etiquetado ecológico de los Estados miembros (34).

La necesidad de aumentar la eficacia y racionalizar el funcionamiento del sistema de etiqueta ecológica recogido en el Reglamento (CE) núm. 1980/2000, originó la aparición del Reglamento (CE) núm. 66/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la etiqueta ecológica de la Unión Europea, que deroga por ende al anterior (35).

Dicho Reglamento recoge una evolución en el sistema. Este hecho se comprueba ya desde el ámbito de aplicación, incluyéndose todo «bien o servicio suministrado para distribución, consumo o utilización en el mercado comunitario, ya sea mediante pago o de forma gratuita» (art. 2). No obstante, la norma va más allá y es que, a diferencia de sistemas anteriores, da luz verde para que alimentos y piensos, así como los productos agrarios no procesados, puedan optar a la etiqueta ecológica de la Unión Europea si bien con la obligación de que sean productos certificados como ecológicos.

---

el Foro de consulta compuesto por «los interesados en dicha categoría de productos como industrias del ramo y prestadores de servicios, incluidas las pequeñas y medianas empresas, industrias artesanales y sus organizaciones empresariales, sindicatos, comerciantes, detallistas, importadores, grupos para la protección del medio ambiente y organizaciones de consumidores» (art.15).

(33) Por lo que respecta a la matriz de valoración indicativa (anexo I), se seguía un modelo parecido al reglamento de 1992, si bien se aumentaban los aspectos medioambientales (calidad del aire, calidad del agua, protección del suelo, reducción de residuos, ahorro de energía, gestión de recursos naturales, prevención del calentamiento global, protección de la capa de ozono, seguridad ambiental, ruido biodiversidad). En cuanto al ciclo de vida del producto hay una diferenciación entre productos [fase anterior a la producción/materias primas producción distribución (incluido el envasado) utilización aprovechamiento/reciclado/eliminación] y servicios (adquisición de productos para realización de servicios, realización de servicios, gestión de residuos).

(34) Vid. art. 11: «Cuando un producto lleve tanto la etiqueta ecológica comunitaria como la etiqueta nacional, ambos logotipos se presentarán uno junto al otro en el producto de que se trate».

(35) Vid. LOZANO CUTANDA (2010). Dicha norma también surgía como consecuencia de la necesidad de «coordinación entre el sistema de etiqueta ecológica de la UE y el establecimiento de requisitos en el contexto de la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía» (vid. preámbulo), además de atenerse el sistema al principio de precaución establecido en el artículo 174, apartado 2, del Tratado CE.

Aparte de este hecho, el Reglamento de nuevo incluye disposiciones relativas a los organismos competentes en cada Estado miembro para el proceso de verificación y certificación, así como la creación de un Comité de Etiquetado Ecológico de la Unión Europea (CEEUE), parecido al anteriormente denominado Comité de etiqueta ecológica de la Unión Europea, que asume funciones de elaboración y revisión de los criterios de la etiqueta ecológica de la UE y labores de asesoramiento y asistencia a la Comisión acerca de requisitos mínimos de comportamiento ambiental (36).

Por lo que respecta a los requisitos generales para los criterios de la etiqueta ecológica de la UE, aunque no se incluya una matriz de valoración indicativa como en anteriores ocasiones, sí que es verdad que estipulan unos aspectos a la hora de determinar los criterios como son, entre otros, los impactos medioambientales, aspectos éticos y sociales, reducción de la experimentación con animales o la durabilidad y la reutilizabilidad de los productos. Teniendo en cuenta todos ellos, para la elaboración y revisión de los criterios de la etiqueta ecológica de la UE, el Reglamento establece que, previa consulta al CEEUE, la Comisión, los Estados miembros, los organismos competentes y otras partes interesadas pueden iniciar y dirigir la elaboración o revisión de los criterios. A ello se suma el que estas partes tengan que seguir un procedimiento y el completar toda una serie de documentación y remitirla a la Comisión y al CEEUE (37).

Actualmente, los criterios se agrupan en los bloques referidos a cubiertas, electrodomésticos, «hágalo usted mismo», alojamiento turístico, otros artículos, papel, jardinería, limpieza, lubricantes, ordenadores y televisores, artículos del hogar, productos de cuidado personal, ropa y calzado (tabla 3).

---

(36) Su composición, respecto a cada categoría de productos, se basa en una «participación equilibrada de todas las partes interesadas, como organismos competentes, productores, fabricantes, importadores, proveedores de servicios, mayoristas, minoristas, en particular PYMES, asociaciones de protección del medio ambiente y organizaciones de consumidores» (art. 5.2).

(37) En concreto, un informe preliminar; un proyecto de propuesta de criterios; un informe técnico de apoyo al proyecto de propuesta de criterios; un informe final; e) un manual para usuarios potenciales de la etiqueta ecológica de la UE y organismos competentes; un manual para las autoridades encargadas de la adjudicación de contratos públicos (art. 7)

**Tabla 3. Grupos de productos y servicios. Normativa de referencia**

GRUPOS DE PRODUCTOS Y SERVICIOS	PRODUCTOS Y SERVICIOS	NORMATIVA
CUBIERTAS	a) Revestimientos duros	Decisión de la Comisión de 9 de julio de 2009 por la que se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica comunitaria a los revestimientos rígidos (válido hasta 30 de junio de 2021)
	b) Revestimientos de suelos de madera	Decisión (UE) 2017/176 de la Comisión de 25 de enero de 2017 por la que se establecen los criterios para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a los revestimientos a base de madera, corcho y bambú para suelos (válido hasta 26 de enero de 2023)
ELECTRODOMÉSTICOS	a) Bombas de calor	Decisión de la Comisión de 9 de noviembre de 2007 por la que se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica comunitaria a las bombas de calor accionadas eléctricamente o por gas o de absorción a gas (validez expirada)
	b) Calentadores de agua	Decisión de la Comisión de 28 de mayo de 2014 por la que se establecen criterios para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a los calefactores a base de agua (validez expirada)
HÁGALO USTED MISMO	Pinturas y barnices para interiores y exteriores	Decisión de la Comisión de 28 de mayo de 2014 por la que se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a las pinturas y barnices de interior y exterior (prorrogada hasta 31 de diciembre de 2022)
ALOJAMIENTO TURÍSTICO	Hoteles / Campings	Decisión (UE) 2017/175 de la Comisión de 25 de enero de 2017 relativa al establecimiento de los criterios de la etiqueta ecológica de la UE para el alojamiento turístico (válido hasta el 26 de enero de 2022)
JARDINERÍA	Enmiendas de suelo / Sustratos de cultivo	Decisión (UE) 2015/2099 de la Comisión de 18 de noviembre de 2015 por la que se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a sustratos de cultivo, enmiendas del suelo y cubiertas del suelo (válido hasta 18 de noviembre de 2019)

LIMPIEZA	a) Servicios de limpieza de interiores	Decisión (UE) 2018/680 de la Comisión de 2 de mayo de 2018 por la que se establecen los criterios de la etiqueta ecológica de la UE aplicables a los servicios de limpieza de interiores (válido hasta 3 de mayo de 2023)
	b) Detergentes para lavavajillas	Decisión (UE) 2017/1216 de la Comisión de 23 de junio de 2017 por la que se establecen los criterios de la etiqueta ecológica de la UE aplicables a los detergentes para lavavajillas (válido hasta 26 de junio de 2023)
	c) Detergentes para lavavajillas a mano	Decisión (UE) 2017/1214 de la Comisión de 23 de junio de 2017 por la que se establecen los criterios de la etiqueta ecológica de la UE aplicables a los detergentes lavavajillas a mano (válido hasta 26 de junio de 2023)
	d) Productos de limpieza de superficies duras	Decisión (UE) 2017/1217 de la Comisión de 23 de junio de 2017 por la que se establecen los criterios para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a productos de limpieza de superficies duras (válido hasta 26 de junio de 2023)
	e) Lavavajillas de uso industrial e institucional	Decisión (UE) 2017/1215 de la Comisión, de 23 de junio de 2017, por la que se establecen los criterios de la etiqueta ecológica de la UE aplicables a los detergentes para lavavajillas de uso industrial e institucional (válido hasta 26 de junio de 2023)
	f) Detergentes para ropa de uso industrial e institucional	Decisión (UE) 2017/1219 de la Comisión de 23 de junio de 2017 por la que se establecen los criterios de la etiqueta ecológica de la UE aplicables a los detergentes para ropa de uso industrial e institucional (válido hasta 26 de junio de 2023)
	g) Detergentes para ropa	Decisión (UE) 2017/1218 de la Comisión de 23 de junio de 2017 por la que se establecen los criterios de la etiqueta ecológica de la UE aplicables a los detergentes para ropa (válido hasta 26 de junio de 2023)



LUBRICANTES	<p>a) Aceites de motosierra, agentes de liberación de hormigón, lubricantes de cable, aceites de tubo de popa y otros lubricantes de pérdida total</p> <p>b) Grasas de tubo de grasa y popa</p> <p>c) Fluidos hidráulicos y aceites de transmisión de tractores</p> <p>d) Aceites para engranajes industriales y marinos</p> <p>e) Aceites de dos tiempos</p>	<p>Decisión de la Comisión de 24 de junio de 2011 por la que se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a los lubricantes (prorrogada hasta 31 de diciembre de 2018)</p>
ORDENADORES Y TELEVISORES	a) Impresoras	<p>Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 2013 por la que se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a equipos de impresión de imágenes (validez expirada)</p>
	b) Ordenadores, tablets, portátiles	<p>Decisión (UE) 2016/1371 de la Comisión de 10 de agosto de 2016 por la que se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a los ordenadores personales, los ordenadores portátiles y los ordenadores tableta (válido hasta 10 de agosto de 2019)</p>
	c) Televisores	<p>Decisión de la Comisión de 12 de marzo de 2009 por la que se establecen los criterios ecológicos revisados para la concesión de la etiqueta ecológica comunitaria a los televisores (válido hasta 31 de diciembre de 2019)</p>
ARTÍCULOS DEL HOGAR	a) Mobiliario	<p>Decisión (UE) 2016/1332 de la Comisión de 28 de julio de 2016 por la que se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE al mobiliario (válido hasta 28 de junio de 2022)</p>
	b) Colchones	<p>Decisión de la Comisión de 23 de junio de 2014 por la que se establecen los criterios para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a los colchones (válido hasta 23 de junio de 2018)</p>
OTROS ARTÍCULOS	a) Grifería sanitaria	<p>Decisión de la Comisión de 21 de mayo de 2013 por la que se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a la grifería sanitaria (expirada).</p>
	b) Inodoros y urinarios	<p>Decisión de la Comisión de 7 de noviembre de 2013 por la que se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a inodoros y urinarios de descarga (expirada).</p>

PAPEL	a) Manipulados de papel	Decisión de la Comisión de 2 de mayo de 2014 por la que se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a los manipulados de papel (prorrogada hasta 31 de diciembre de 2020)
	b) Papel impreso	Decisión de la Comisión de 16 de agosto de 2012 por la que se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE al papel impreso (prorrogada hasta 31 de diciembre de 2018)
	c) Papel para copias y papel gráfico	Decisión de la Comisión de 7 de junio de 2011 por la que se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE al papel para copias y al papel gráfico (prorrogada hasta 31 de diciembre de 2018)
	d) Papel prensa	Decisión de la Comisión de 12 de julio de 2012 por la que se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE al papel prensa (prorrogada hasta 31 de diciembre de 2018)
	e) Papel tisú	Decisión de la Comisión de 9 de julio de 2009 por la que se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica comunitaria al papel tisú (prorrogada hasta 31 de diciembre de 2018)
PRODUCTOS DE CUIDADO PERSONAL	a) Productos de higiene absorbentes	Decisión de la Comisión de 24 de octubre de 2014 por la que se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a los productos absorbentes de higiene personal (válido hasta 24 de octubre de 2018)
	b) Productos cosméticos de enjuague	Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 2014 por la que se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica europea a los productos cosméticos que precisan de aclarado (válido hasta 9 de diciembre de 2018)
ROPA Y CALZADO	a) Textiles	Decisión de la Comisión de 5 de junio de 2014 por la que se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a los productos textiles (válido hasta 5 de diciembre de 2020)
	b) Calzado	Decisión 2016/1349 de la Comisión de 5 de agosto de 2016 por la que se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE al calzado (válido hasta 5 de agosto de 2022)

Fuente: elaboración propia.

La concesión y condiciones de uso de la etiqueta ecológica de la UE sigue parecidos parámetros que el sistema anterior. En este sentido, el Reglamento de 2010, al igual que el de 2000, establece que cuando un producto proceda de un único Estado miembro, la solicitud se debe presentar a un organismo competente de dicho Estado miembro. No obstante, cuando un producto proceda, en la misma forma, de varios Estados miembros, la solicitud podrá presentarse ante un organismo competente de uno de esos Estados miembros. Por el contrario, cuando un producto proceda de fuera de la Comunidad, la solicitud se podrá presentar a un organismo competente de cualquiera de los Estados miembros en el que vaya a comercializarse el producto o ya se haya comercializado (38).

Teniendo en cuenta este aspecto, en el plazo de dos meses tras recibir la solicitud, el organismo competente debe comprobar que la documentación esté completa y notificar en consecuencia al operador (39). Asimismo, aunque no se ha indicado con anterioridad, la utilización de la etiqueta ecológica de la UE estará condicionada al abono de los correspondientes cánones.

Otro aspecto novedoso de la regulación es el hecho de que el organismo competente celebra con cada operador un contrato sobre las condiciones de utilización de la etiqueta ecológica de la UE (imagen 2), recogándose un contrato tipo en el anexo IV. Ello conlleva a que el operador solo podrá colocar la etiqueta ecológica de la UE en el producto una vez celebrado el contrato, debiendo a su vez colocar el número de registro en el producto que lleve la etiqueta ecológica de la UE. Por su parte, el organismo competente debe notificar a la Comisión la concesión a un producto de la etiqueta ecológica de la UE.

Otros aspectos que reseñar son los relativos a la promoción y el régimen sancionador. En cuanto al primer aspecto, el Reglamento recoge la elaboración de un plan de acción entre los Estados miembros y la Comisión, en cooperación con el CEEUE, fomentándose la realización de campañas, el acercamiento de esta figura a las PYMES y la utilización del entorno para potenciar su promoción. En cuanto al aspecto sancionador es derivado hacia los Estados miembros que son los encargados de establecer las sanciones y adoptar las medidas necesarias para garantizar lo dispuesto en el Reglamento.

---

(38) *Vid.* art. 9.1 del Reglamento (CE) núm. 66/2010 y art. 7.3 del Reglamento (CE) núm. 1980/2000.

(39) El organismo competente podrá denegar la solicitud si el operador no entrega la documentación completa en el plazo de seis meses a partir de la citada notificación, tal y como se dispone en el art.9.5 de la norma.

**Imagen 2. Etiqueta ecológica de la Unión Europea**



Fuente: PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2010).

El sistema de la etiqueta ecológica de la Unión Europea debe completarse en España con la regulación del Real Decreto 234/2013, de 5 de abril, por el que se establecen normas para la aplicación del Reglamento (CE) núm. 66/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la etiqueta ecológica de la Unión Europea, y demás normativa autonómica aprobada al respecto, que se centran esencialmente en la concreción del órgano competente y el procedimiento para la aplicación del sistema de etiqueta ecológica en el ámbito de la Comunidad Autónoma.

En cuanto al Real Decreto 234/2013, de 5 de abril, la norma parte del protagonismo indiscutible de las CCAA y Ciudades autónomas de Ceuta y Melilla a la hora de designar los organismos competentes para otorgar en España el uso de la etiqueta ecológica de la Unión Europea (tabla 4), además de todo lo relativo al procedimiento de solicitud y otorgamiento. A ello se añade la atribución de exigir el canon por la tramitación de la solicitud de concesión de la etiqueta ecológica, la vigilancia y el control de la utilización de la etiqueta ecológica de la Unión Europea, así como una participación en la promoción de ésta.

Profundizando en el sistema de solicitud y concesión, la solicitud de la etiqueta debe presentarse ante el organismo competente de la Comunidad Autónoma o de las ciudades de Ceuta y Melilla de la que proceda dicho producto, el cual a su vez es el competente para su otorgamiento. No obstante, cuando el producto proceda de varias Comunidades Autónomas, la solicitud puede presentarse en cualquiera de sus organismos competentes. Para el caso en que el producto proceda de fuera de la UE, entonces habrá que atender a la Comunidad Autónoma en donde se vaya a comercializar o se esté comercializando. En cuanto a los servicios, la elección del organismo responsable vendrá dado por el lugar en el que éstos se presten o se lleven a cabo.

Este sistema de solicitud y concesión debe ser completado con la normativa que algunas Comunidades Autónomas han aprobado y que siguen semejantes parámetros (40). Por otra parte, la concesión de la etiqueta conlleva también una serie de responsabilidades, asumiendo de igual manera los organismos competentes controles sobre los productos y servicios y pudiendo prohibir temporal o definitivamente, en función de la gravedad del incumplimiento, la utilización de la etiqueta ecológica de la Unión Europea en dicho producto. No obstante, el Real Decreto 234/2013, de 5 de abril, destaca por el hecho de no incluir un régimen sancionador al uso ya que la norma recoge que el incumplimiento del Reglamento es sancionado conforme a lo previsto en el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

**Tabla 4. Organismos competentes en España**

COMUNIDAD AUTÓNOMA	ORGANISMO COMPETENTE
ANDALUCÍA	Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio. Dirección General de Prevención y Calidad Ambiental
ARAGÓN	Instituto Aragonés de Gestión Ambiental (INAGA)
CANTABRIA	Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Urbanismo. Dirección General de Medio Ambiente

(40) Por ejemplo, Aragón (Decreto 133/2013, de 23 de julio, de simplificación y adaptación a la normativa vigente de procedimientos administrativos en materia de medio ambiente); Cantabria (Decreto 48/2014, de 4 de septiembre, que determina el órgano competente y establece el procedimiento para la aplicación del sistema comunitario revisado de etiqueta ecológica en la Comunidad Autónoma de Cantabria); Castilla y León (Decreto 89/2009, de 17 de diciembre, que determina el órgano competente y establece el procedimiento para la aplicación del sistema Comunitario revisado de Etiqueta Ecológica en la Comunidad de Castilla y León); Comunidad de Madrid (Decreto. 216/2003, de 16 de octubre, sobre aplicación del sistema revisado de etiqueta ecológica comunitaria en la Comunidad de Madrid); Comunidad Foral de Navarra (Orden Foral 253/2014, de 22 de julio, por el que se regula la aplicación del sistema voluntario de etiqueta ecológica de la Unión Europea en la Comunidad Foral de Navarra); Extremadura (Decreto 196/2017, de 14 de noviembre, que regula el procedimiento de concesión de la etiqueta Ecológica de la Unión Europea); Galicia (Decreto. 150/2013, de 5 de septiembre, que regula la aplicación del sistema voluntario de etiqueta ecológica de la UE en la Comunidad Autónoma de Galicia); La Rioja (Decreto 10/2014, de 14 de marzo, que desarrolla el capítulo III del título II de la Ley 5/2002, de 8 de octubre de 2002, de Protección del Medio Ambiente de La Rioja, sobre la aplicación del sistema revisado de etiqueta ecológica comunitaria en el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja).

CASTILLA-LA MANCHA	Consejería de Agricultura. Dirección General de Calidad e Impacto Ambiental
CASTILLA Y LEÓN	Consejería de Fomento y Medio Ambiente. Dirección General de Calidad y Sostenibilidad Ambiental
CATALUÑA	Departamento de Territorio y Sostenibilidad Dirección General de Calidad Ambienta
COMUNIDAD VALENCIANA	Consejería de Infraestructuras, Territorio y Medio Ambiente. Dirección General de Calidad Ambiental
EXTREMADURA	Consejería de Agricultura, Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Energía. Dirección General de Medio Ambiente.
GALICIA	Consejería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras. Secretaría de Calidad y Evaluación Ambiental.
ISLAS BALEARES	Consejería de Agricultura, Medio Ambiente y Territorio. Dirección General de Medio Natural, Educación Ambiental y Cambio Climático
ISLAS CANARIAS	Consejería de Educación, Universidades y Sostenibilidad. Viceconsejería de Medio Ambiente
COMUNIDAD DE MADRID	Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio. Dirección General de Evaluación Ambiental.
COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA	Departamento de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local. Dirección General de Medio Ambiente y Agua
LA RIOJA	Consejería de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente. Dirección General de Calidad Ambiental.
PAÍS VASCO	Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial. Dirección de Administración Ambiental. Viceconsejería de Medio Ambiente
PRINCIPADO DE ASTURIAS	Consejería de Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente. Dirección General de Calidad Ambiental
REGIÓN DE MURCIA	Consejería de Agricultura y Agua. Dirección General de Medio Ambiente.
CIUDAD AUTÓNOMA DE CEUTA	Consejería de Fomento y Medio Ambiente
CIUDAD AUTÓNOMA DE MELILLA	Consejería de Medio Ambiente.

Fuente: MINISTERIO DE AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACIÓN – MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA (2018).

## B) Logotipo de producción ecológica de la Unión Europea

Si la etiqueta ecológica de la Unión Europea hay que referirla a productos no alimentarios, en el ámbito europeo encontramos otro mecanismo focalizado en la llamada agricultura ecológica como es el logotipo de producción ecológica de la Unión Europea. Respecto a este término hay que vincularlo a un sistema de gestión agrícola y producción de alimentos que combina las mejores prácticas en materia de medio ambiente y clima, un elevado nivel de biodiversidad, la conservación de los recursos naturales y la aplicación de normas exigentes sobre bienestar animal (41).

Sus orígenes hay que remontarlos al Reglamento (CEE) núm. 2092/91, sobre la producción agrícola ecológica y su indicación en los productos agrarios y alimenticios y sus reglamentos de aplicación, que posteriormente fue derogado por el Reglamento (CE) 834/2007 del Consejo, de 28 de junio de 2007, sobre producción y etiquetado de los productos ecológicos, que fue completado y desarrollado por el Reglamento (CE) 889/2008 de la Comisión, de 5 de septiembre de 2008 y, en el aspecto de análisis, por el Reglamento (UE) núm. 271/2010 de la Comisión de 24 de marzo de 2010, que introdujo el logotipo de producción ecológica de la Unión Europea (42).

El Reglamento 2018/848/UE, de 30 de mayo, de producción ecológica y etiquetado de los productos ecológicos ha derogado el Reglamento (CE) núm. 834/2007 del Consejo, y es por tanto la regulación actualmente aplicable a los productos agrícolas vivos o no transformados, incluidas las semillas y demás materiales de reproducción vegetal; productos agrícolas transformados destinados a la alimentación humana; y pienso.

---

(41) Vid. El Reglamento 2018/848/UE, de 30 de mayo, de producción ecológica y etiquetado de los productos ecológicos: «La producción ecológica es un sistema general de gestión agrícola y producción de alimentos que combina las mejores prácticas en materia de medio ambiente y clima, un elevado nivel de biodiversidad, la conservación de los recursos naturales y la aplicación de normas exigentes sobre bienestar animal y sobre producción que responden a la demanda, expresada por un creciente número de consumidores, de productos obtenidos a partir de sustancias y procesos naturales. Así pues, la producción ecológica desempeña un papel social doble aprovisionando, por un lado, un mercado específico que responde a una demanda de productos ecológicos por parte de los consumidores y, por otro, proporcionando al público bienes que contribuyen a la protección del medio ambiente, al bienestar animal y al desarrollo rural».

(42) De igual manera, Reglamento de ejecución (UE) 2016/673 de la Comisión de 29 de abril de 2016, que modifica el Reglamento (CE) núm. 889/2008, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) núm. 834/2007 del Consejo sobre producción y etiquetado de los productos ecológicos, con respecto a la producción ecológica, su etiquetado y su control.

A su vez, esta norma también recoge lo referido al logotipo de producción ecológica de la Unión Europea en el art. 33 y anexo V (imagen 3) (43). Dicho logotipo se utiliza en el etiquetado, la presentación y la publicidad de los productos que cumplan con las prescripciones incluidas en el Reglamento 2018/848/UE, de 30 de mayo, siendo una certificación oficial. Sobre todo, destacan las prescripciones relativas a la utilización de los términos, en español, «ecológico», «biológico» y «orgánico» y sus derivados o abreviaturas, tales como «bio» y «eco», (art. 30 y anexo IV) tanto en los alimentos transformados, como en los piensos transformados (44). Así, la utilización de estos términos se asocia al cumplimiento de unos requisitos en la denominación de venta y en la lista de ingredientes de los alimentos transformados, siendo el requisito esencial el que al menos el 95 % de los ingredientes agrícolas del producto en peso sean ecológicos en el primer caso, además de que el ingrediente principal sea un producto de la caza o la pesca (45). Mismo hecho se recoge respecto a los piensos transformados obligándose a que al menos un 95 % de la materia seca del producto sea ecológico, además de que todos los ingredientes de origen agrario contenidos en los piensos transformados sean ecológicos (46).

Por lo que respecta al proceso de certificación, el Reglamento exige que antes de comercializar cualquier producto como «ecológico» o «en conversión», los operadores y grupos de operadores, que produzcan, preparen, distribuyan o almacenen productos ecológicos o en conversión, que importen dichos productos de un tercer país o los exporten a un tercer país o que comercialicen dichos productos, deben notificar su actividad a las autoridades competentes

---

(43) A ella se añade unos códigos numéricos. Véase AB-CDE-999 donde: «a) “AB” corresponde al código ISO del país en el que se llevan a cabo los controles; b) “CDE” corresponde a un término de tres letras que deberá aprobar la Comisión o cada Estado miembro, como “bio”, “öko”, “org” o “eko”, para establecer un vínculo con la producción ecológica; y c) “999” corresponde al número de referencia, de un máximo de tres dígitos, que debe ser asignado por: i) la autoridad competente de cada Estado miembro a las autoridades de control u organismos de control en los que aquella haya delegado tareas de control; ii) la Comisión a: – las autoridades de control y los organismos de control reconocidos por la Comisión de conformidad con el artículo 46, – las autoridades competentes de terceros países reconocidas por la Comisión de conformidad con el artículo 48» (anexo V).

(44) Este hecho ya se regulaba en el Reglamento (CE) 834/2007, del Consejo, en el art. 23.1 y anexo I.

(45) Los requisitos se concretan en el art. 30.5 diferenciándose la utilización en la denominación de venta y en la lista de ingredientes cuando dicha lista sea obligatoria en virtud de la legislación de la Unión; únicamente en la lista de ingredientes; en la denominación de venta y en la lista de ingredientes

(46) Además, se obliga a cumplir con lo descrito en el art. 19 relativo a normas generales de producción de alimentos transformados, en concreto la composición de alimentos ecológicos transformados.



del Estado miembro en el que se lleve a cabo la actividad. Con ello, estas autoridades concederán un certificado (art. 35).

**Imagen 3**



Fuente: COMISIÓN EUROPEA (2010).

Por lo que respecta a su aplicación en España, cabe señalar que tanto el control y la certificación de la producción agraria ecológica es competencia de las Comunidades Autónomas. En este sentido, destaca la intervención de los Consejos o Comités de Agricultura Ecológica territoriales dependientes de las correspondientes Consejerías o Departamentos de Agricultura (47), además de organismos privados que Comunidades Autónomas como Andalucía o Castilla-La Mancha han autorizado y que por ejemplo en Aragón conviven con una autoridad de control pública (Comité Aragonés de Agricultura Ecológica) (48).

(47) Aragón: Comité Aragonés de Agricultura Ecológica (ES-ECO-006-AR); Cantabria: ODECA Oficina de Calidad Alimentaria de Cantabria. Consejería de Desarrollo Rural, Ganadería, Pesca y Biodiversidad (ES-ECO-015-CN); Castilla-León: Consejo de Agricultura Ecológica de la Comunidad de Castilla y León (ES-ECO-016-CL); Cataluña: Consejo Catalán de la Producción Agraria Ecológica (ES-ECO-019-CT); Comunidad de Madrid: Comité de Agricultura Ecológica de la Comunidad de Madrid (ES-ECO-023-MA); Comunidad Foral de Navarra: Consejo de la Producción Agraria Ecológica de Navarra. (ES-ECO-025-NA); Comunidad Valencia: Comité de Agricultura Ecológica de la Comunidad Valenciana (ES-ECO-020-CV); Extremadura: Dirección General de Explotaciones Agrarias y Calidad Alimentaria. Consejería de Agricultura y Desarrollo Rural de Extremadura (ES-ECO-021-EX); Galicia: Consello Regulador da Agricultura Ecolóxica de Galicia (ES-ECO-022-GA); Islas Baleares: CBPAE – Consell Balear de la Producció Agrària Ecològica (ES-ECO-013-IB); Islas Canarias: Instituto Canario de Calidad Agroalimentaria (ES-ECO-014-IC); La Rioja: Dirección General de Agricultura y Ganadería. Consejería de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente (ES-ECO-027-RI); País Vasco: Consejo de Agricultura y Alimentación Ecológica de Euskadi (ES-ECO-026-VAS); Principado de Asturias: Consejo de la Producción Agraria Ecológica Principado de Asturias (ES-ECO-012-AS); Región de Murcia: Consejo de Agricultura Ecológica de la Región de Murcia (ES-ECO-024-MU).

(48) Servicio de certificación CAAE, S.L. (ES-ECO-001-AN), SOHISCERT S.A. (ES-ECO-002-AN), AGROCOLOR, S.L. (ES-ECO-003-AN), LGAI TECNOLÓGICAL CENTER, S.A. (ES-ECO-004-AN), CERES (Certificación of Enviromental Standards GmbH) (ES-ECO-005-AN),

El origen de la regulación de la agricultura ecológica en España se remonta a la Orden de 4 de octubre de 1989, por la que se aprueba el Reglamento de la Denominación Genérica «Agricultura Ecológica» y su Consejo Regulador, que fue de aplicación hasta la entrada en vigor del Reglamento (CEE) 2092/91 sobre la producción agrícola ecológica y su indicación en los productos agrarios y alimenticios. De conformidad con el Reglamento, se aprobó el Real Decreto 1852/1993, de 22 de octubre, sobre producción agrícola ecológica y su indicación en los productos agrarios y alimenticios (49), en el que se recogían las indicaciones asignadas a los productos ecológicos; se creaba un órgano superior de asesoramiento, la Comisión Reguladora de la Agricultura Ecológica (CRAE); se establecían los mecanismos para la aplicación y se indicaba que el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación debía aprobar un «logotipo que, como símbolo nacional y con independencia de los que puedan establecer las Comunidades Autónomas, tendrán derecho a incluir en sus etiquetas los productos que hayan sido producidos o elaborados de conformidad con la normativa indicada en el artículo 1, que haya sido objeto de ratificación por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación».

Esta norma a su vez ha sido derogada por el Decreto 833/2014, de 3 de octubre, por el que se establece y regula el Registro General de Operadores Ecológicos y se crea la Mesa de coordinación de la producción ecológica, con el objeto de crear un órgano renovado de coordinación con las Comunidades Autónomas para la toma de decisiones y armonización en la ejecución de las obligaciones derivadas de la normativa comunitaria en materia de producción ecológica y que a su vez mantiene la utilización del logotipo referido en el art. 3.2 Real Decreto 1852/1993, de 22 de octubre (disposición adicional primera).

---

ECOAGROCONTROL, S.L. (ES-ECO-017-AN), CITAGRO (ES-ECO-030-AN), BCS Öko-Garantie GmbH. (ES-ECO-007-AR), CERTIAL, S.L. (ES-ECO-008-AR), Instituto de Ecomercado, S.L. (IMO) (ES-ECO-009-AR), AMBICERT, S.L. (ES-ECO-010-AR), GRUPOTEC (ES-ECO-011-AR), ECOAGROCONTROL, S.L. (ES-ECO-017-CM), Servicios de Inspección y certificación S.L. (SIC) (ES-ECO-018-CM).

(49) Completado con la Orden de 14 de marzo de 1995 por la que se dictan normas de desarrollo del Real Decreto 1852/1993, de 22 de octubre, sobre producción agrícola ecológica y su indicación en los productos agrarios y alimenticios, y se establecen las funciones y composición de la Comisión Reguladora de la Agricultura Ecológica.

**Tabla 5. Conjunto de logotipos autonómicos de producción ecológica (50)**


Fuente: elaboración propia.

### C) Distintivo de garantía de calidad ambiental de productos y servicios (Generalitat de Cataluña)

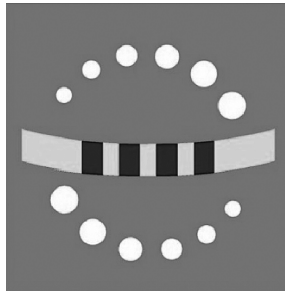
Ya en un ámbito regional, en concreto en Cataluña, encontramos otro modelo de etiquetado ecológico como es el distintivo de garantía de calidad ambiental de productos y servicios. Este distintivo viene regulado a través del Decreto 316/1994, de 4 de noviembre, si bien en su origen se centró únicamente en productos siendo posteriormente ampliado el sistema también para los servicios mediante el Decreto 296/1998, de 17 de noviembre.

Con todo ello, el sistema ideado por la Generalitat de Cataluña comparte unas ideas parecidas a la etiqueta ecológica europea al implantar un distintivo de garantía de calidad ambiental (imagen 4) con el objeto de promover el

(50) Dentro de estos logotipos para Andalucía se asocia el de la CAAE, una entidad de certificación especializada en producción ecológica autorizada por la Comunidad Autónoma de Andalucía.

diseño, la producción, la comercialización, el uso y el consumo de productos y de servicios respetuosos con el medio ambiente ya sea porque «favorezcan la minimización en la producción de residuos o la recuperación y reutilización de los subproductos, materias y sustancias que contienen; favorezcan la disposición del desperdicio; sean producidos con subproductos, materias o sustancias recuperadas; o comporten un ahorro de recursos y especialmente de energía o de agua» (art. 2 del Decreto 316/1994, de 4 de noviembre).

#### **Imagen 4. Símbolo del distintivo de garantía de calidad ambiental**



Fuente: Generalitat de Catalunya (1994).

Su ámbito de aplicación se centra en productos que se fabrican o se comercializan en Cataluña, además de servicios que se prestan en Cataluña con la excepción de alimentos, bebidas o productos farmacéuticos, establecimientos relacionados con la salud de las personas y de los animales, productos fabricados mediante procedimientos que puedan ocasionar daños apreciables a las personas o al medio ambiente o sustancias o preparados clasificados como peligrosos según la normativa de la Comunidad Europea.

En cuanto a las categorías de productos y de servicios y de las propiedades, éstas se fijan mediante resolución del Director general de calidad ambiental, previo informe del Consejo de calidad ambiental (tabla 6) (51).

---

(51) Creado por Decreto 255/1992, de 13 de octubre y desarrollado por Orden de 27 de abril 1995. Sus funciones son las de «a) Informar con carácter vinculante sobre las solicitudes de etiquetas ecológicas que sean presentadas ante la Dirección General de Calidad Ambiental; b) Elaborar los informes que le sean encargados sobre las siguientes materias: diseño, producción, comercialización y utilización de productos y prestación de servicios que durante su ciclo de vida demuestren una repercusión mínima sobre el medio ambiente, y proporcionar a los consumidores una mejor información sobre las repercusiones ecológicas de determinados productos y servicios; c) Fomentar la producción, distribución y consumo de los productos menos perjudiciales para el medio ambiente; d) Cualquier otra actividad de asesoramiento que le sea encargada por el Departament de Medi Ambient» (art. 3 del Decreto 255/1992, de 13 de octubre).

Para ello se determinan las especificaciones a cumplir teniendo un periodo máximo de validez de tres años (52).

Con todo ello, para solicitar el distintivo debe aportarse una memoria justificativa del cumplimiento de los criterios definidos para la categoría de productos o para la categoría de servicios respectivas. Esta solicitud se inscribe en el Registro de categorías de productos y categorías de servicios del Departamento de Medio Ambiente y se somete a evaluación por la ponencia técnica de calidad ambiental. Esta evaluación es validada por el Consejo de calidad ambiental, el cual formulará la correspondiente propuesta de resolución que tiene carácter vinculante. El otorgamiento se produce mediante resolución del Director general de calidad ambiental en un plazo máximo de 15 días a contar desde la fecha del acuerdo del Consejo de calidad ambiental, teniendo tres años de validez el distintivo, el cual puede ser prorrogado.

**Tabla 6. Distintivo de garantía de calidad ambiental. Categorías y solicitudes**

ALOJAMIENTOS TURÍSTICOS	VEHÍCULOS
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Establecimientos hoteleros</li> <li>• Establecimientos de turismo rural</li> <li>• Campings</li> <li>• Instalaciones juveniles</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Talleres de vehículos</li> <li>• Parques de vehículos</li> <li>• Flotas de vehículos</li> </ul>
SERVICIOS	PRODUCTOS
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Equipamientos escénicos y musicales y centros y espacio de artes visuales</li> <li>• Edificios de uso de oficinas</li> <li>• Redes de oficinas con atención al público</li> <li>• Centros deportivos</li> <li>• Equipamientos culturales: Bibliotecas y museos</li> <li>• Estaciones de servicio y unidades de suministro</li> <li>• Establecimientos de acabado fotográfico</li> <li>• Establecimientos del comercio alimentario</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Primeras materias y productos de plástico reciclado</li> <li>• Productos de papel</li> <li>• Productos y sistemas que favorecen el ahorro de agua</li> <li>• Productos de cartón reciclados</li> <li>• Productos y transformados de corcho</li> <li>• Aceites base regenerados y productos que los incorporan</li> <li>• Productos de material compostable</li> <li>• Productos de madera</li> <li>• Primeras materias y productos de caucho reciclado</li> <li>• Primeras materias y productos de árido reciclado</li> <li>• Primeras materias y productos de vidrio reciclado</li> <li>• Productos de hormigón con material reciclado</li> <li>• Productos aislantes acústicos y térmicos con material reciclado</li> <li>• Neumáticos recauchutados</li> </ul>

Fuente: Generalitat de Catalunya (2018).

(52) Así, como ejemplo, mediante Resolución TES/1006/2018, de 25 de abril, se prorrogaron por un plazo de tres años, la vigencia de los siguientes criterios de categorías: Productos de cartón y cartoncillo reciclados (código 050); Materias primas y productos de vidrio reciclado (código 230); Materias primas y productos de plástico reciclado (código 010); Productos aislantes acústicos y térmicos con material reciclado (código 270); Establecimientos de comercio alimentario (código 290); Neumáticos recauchutados (código 310).

## D) Marca AENOR Medio Ambiente

Un último distintivo medioambiental que destacar es la marca AENOR N Medio Ambiente, la cual, como señala AENOR (2018) certifica el cumplimiento de una serie de requisitos ecológicos aplicados a un producto o servicio. Así, está concebida para distinguir productos que tengan una menor incidencia en el medio ambiente durante su ciclo de vida (centros encargados de la recogida y recuperación de papel y cartón y de los centros de tratamiento de vehículos al final de su vida útil). Al fin y al cabo, es una marca (imagen 5) que se otorga por el cumplimiento de la Norma UNE-EN ISO 14001 y la acreditación de que la empresa u organización cuenta con la implantación de un sistema eficaz de gestión ambiental.

**Imagen 5. Marca AENOR Medio Ambiente**



Fuente: AENOR (2018).

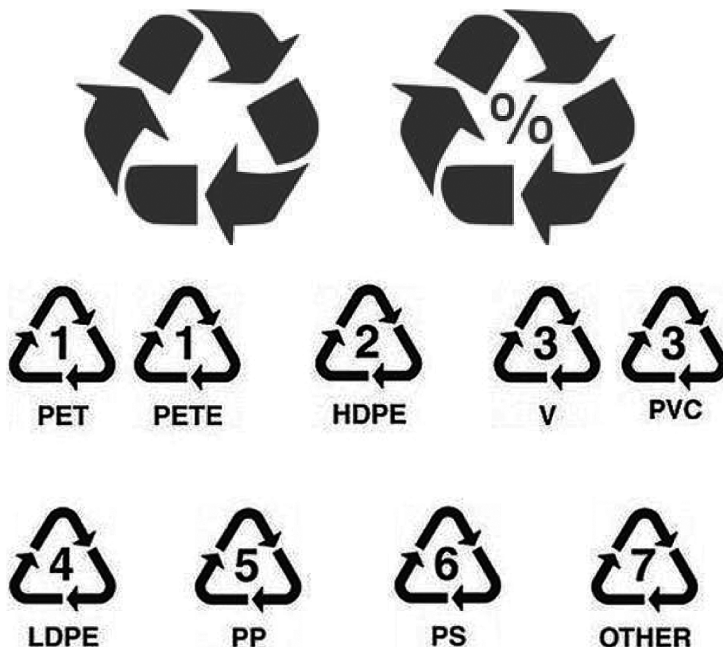
## 2. Autodeclaraciones y declaraciones medioambientales

La segunda tipología de etiquetado ambiental, de conformidad con las normas ISO, viene referido a las denominadas autodeclaraciones medioambientales recogidas en la ISO 14021 referida al etiquetado ecológico Tipo II (Autodeclaraciones medioambientales). Entre sus características, conviene apuntar que se tratan de simples indicaciones del fabricante o envasador referidas a una fase del ciclo de vida o a un aspecto concreto del producto, no habiendo certificación independiente por parte de un tercero.

La ISO 14021 sólo identifica al bucle de Möbius, símbolo creado en los años 70 por la Container Corporation of America y que actualmente es el símbolo internacional del reciclaje (imagen 6). Sobre este símbolo hay que apuntar que puede aparecer con un porcentaje, lo cual indicará que el

producto está fabricado con materiales reciclados. En el caso de que no hay porcentaje, el producto se entiende que es reciclable. Esta situación se asocia a productos de papel, cartón o etiquetas. En el caso de envases de plástico aparece un número en el interior (del 1 al 7) que hace referencia a los materiales empleados (imagen 6) (53).

**Imagen 6. Bucle de Möbius. Envases plásticos**



Aparte de lo anterior, se puede hacer referencia a otros símbolos de reciclaje como la figura del Tidyman (figura humana depositando un residuo en una papelera) o el punto verde creado por Duales System Deutschland AG y que se encuentra vinculado a la Directiva 94/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 1994, relativa a los envases y residuos de envases.

Para finalizar el bloque referido al etiquetado ambiental, conviene apuntar de manera muy breve lo que la ISO 14025 denomina Declaraciones ambien-

(53) 1) PET/PETE: polietileno tereftalato; 2) HDPE; polietileno de alta densidad (PEAD); 3) V/PVC: vinilo y policloruro de vinilo; 4) LDPE: polietileno de baja densidad (PEBD); 5) PP: polipropileno; 6) PS: poliestireno; 7. OTROS

tales. En este sentido, se tratan de la aportación de información acerca de los impactos ambientales que puede ocasionar un producto a lo largo de su ciclo de vida, llevándose a cabo una verificación por parte de una tercera parte independiente (54). En este bloque hay que incluir a las declaraciones ambientales de producto (DAP), que se tratan de métodos objetivos de cuantificación del impacto ambiental de los procesos de fabricación de productos.

Como programas interesantes a incluir dentro de la tipología de declaración ambiental se pueden destacar el Environmental Product Declaration (Suecia), ECOLEAF (Japón); Korean Environmental Product Declaration (Corea del Sur) o la Norwegian Environmental Product Declaration (Noruega). Como señalan, Bovea Edo *et. al.* (2013: pp. 270 y ss.) estas declaraciones ambientales se basan en las denominadas «reglas de categorías de producto» (RCP /PCR), en las que se establecen pautas específicas, requisitos y guías para el desarrollo de los estudios de análisis del ciclo de vida (ACV).

### **3. Otros tipos de certificación: la Etiqueta Energética Europea**

Aunque por algunos es considerada una tipología de etiqueta ecológica de tipo III (Declaraciones ambientales de producto) (55), autores como Bovea Edo *et al.* (2013: pp. 277 y ss.) sitúan a la Etiqueta Energética Europea fuera del ámbito de la ISO 14020. Independientemente, lo que es cierto es su consideración como certificación ambiental de productos y su incidencia es innegable en el día a día del consumidor.

Por lo que respecta al origen de esta etiqueta, conviene apuntar que su aparición hay que vincularla a la Directiva 92/75/CEE del Consejo, de 22 de septiembre de 1992, relativa a la indicación del consumo de energía y de otros recursos de los aparatos domésticos, por medio del etiquetado y de una información uniforme sobre los productos. La razón de esta norma era debida al deseo de unificación de los sistemas facultativos de información por medio del etiquetado de consumo de energía de los aparatos domésticos que algunos Estados miembros ya disponían. Esta situación conllevaba el problema de que sólo algunos aparatos contenían dicha información, lo que podía causar confusión en algunos consumidores.

Para evitar dicha problemática, se aprobó la Directiva 92/75/CEE que tenía como objeto «permitir la armonización de las medidas nacionales relativas a la publicación, en especial por medio del etiquetado y de la información sobre los productos, de datos sobre el consumo de energía y de otros recur-

---

(54) Entre otros, BOVEA EDO, M.D.; CARLOS, M.; GALLARDO, A. y COLOMER MENDOZA, F.J. (2008).

(55) Vid. JUNTA DE ANDALUCÍA (2018).



esos esenciales, así como de datos complementarios relativos a determinados tipos de aparatos domésticos, de manera que los consumidores puedan elegir aparatos que tengan un mejor rendimiento energético». Así, se aplicaba sobre diferentes tipos de aparatos domésticos, incluso cuando éstos se vendieran para usos no domésticos como frigoríficos, congeladores y aparatos combinados; lavadoras, secadoras de ropa y aparatos combinados; lavavajillas; hornos; calentadores de agua y otros aparatos de almacenamiento de agua caliente; fuentes de luz y aparatos de aire acondicionado.

Por otra parte, la Directiva 92/75/CEE preveía que la Comisión adoptara Directivas de aplicación con respecto a los diferentes aparatos domésticos, siendo en éstas donde se recoge el modelo de etiqueta aplicable (56). Sobre este aspecto hay que indicar que el art. 2.1 de la Directiva disponía la obligación de poner en conocimiento del consumidor, mediante una ficha informativa y una etiqueta, la información referente al consumo de energía eléctrica, otras formas de energía y otros recursos esenciales de los mismos, así como los datos complementarios. No obstante, las modalidades del etiquetado y la ficha se dejaban que se definieran a través de las Directivas relativas a cada tipo de aparato (57).

La Directiva 92/75/CEE fue derogada por la Directiva 2010/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, relativa a la indicación del consumo de energía y otros recursos por parte de los productos relacionados con la energía, mediante el etiquetado y una información normalizada. Dicha norma era al fin y al cabo una medida más como respuesta a la preocupación por parte de las Instituciones Europeas de mejorar la eficiencia de los productos a través de la elección del consumidor basada en una información completa del consumo y eficiencia energética del producto que adquiere. Al igual que la anterior Directiva, la de 2010 pretendía la armonización de las medidas nacionales relativas a la información normalizada sobre el consumo de energía al usuario final, aplicándose sobre productos relacionados con la energía excepto productos de segunda mano, medios de transporte de personas o mercancías y placa de datos de potencia o su equivalente colocada sobre dichos productos por motivos de seguridad. Con todo ello, la norma incluía apartados referidos a las responsabilidades de los Estados miembros, de los proveedores y distribuidores, además exigía de la

---

(56) *Vid.* Directiva 2002/31/CE de la Comisión de 22 de marzo de 2002, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 92/75/CEE del Consejo en lo que respecta al etiquetado energético de los acondicionadores de aire de uso doméstico.

(57) Por otra parte, completando la norma, cabe aludir a la Directiva 2009/125/CE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de octubre de 2009, por la que se instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía.

indicación de que a través de actos delegados se estableciera la pormenorización del etiquetado para cada uno de los productos. Esto ha generado la aparición de diversos Reglamentos delegados para diferentes productos en los cuales se encuentra detallado todo lo relativo al etiquetado energético de los mismos (58).

La normativa de 2010 ha sido a su vez sustituida por el Reglamento (UE) 2017/1369 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2017, por el que se establece un marco para el etiquetado energético y se deroga la Directiva 2010/30/UE. La norma presenta interesantes novedades como la inclusión dentro del objeto del Reglamento de todos los productos introducidos en el mercado de la Unión por primera vez, incluidos los productos importados de segunda mano, o la creación de una base de datos de los productos compuesta por una parte pública, una parte de cumplimiento y un portal en línea (59). De igual manera se introduce una aplicación uniforme de clasificación que utiliza las letras de A a G en los grupos de productos (imagen 7) (60). Esto conlleva a que la Comisión tenga que adoptar, a más tardar el 2 de agosto de 2023, actos delegados a fin de complementar el presente Reglamento mediante la introducción de etiquetas reescaladas de A

---

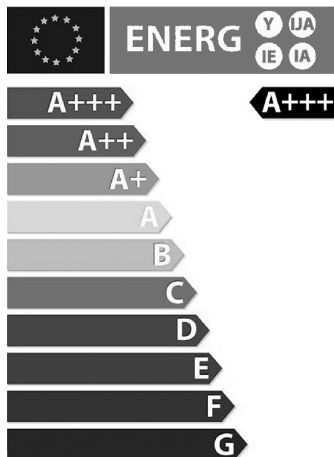
(58) Vid. Reglamentos 2015/1187, de 27 de abril (calderas, calefactores); 2015/1186, de 24 de abril (aparatos de calefacción local); 2015/1094, de 5 de mayo (armarios de conservación refrigerados profesionales); 1254/2014, de 11 de julio (unidades de ventilación residenciales); 65/2014, de 1 de octubre (hornos y campanas extractoras de uso doméstico); 812/2013, de 18 de febrero (calentadores de agua, los depósitos de agua caliente y los equipos combinados de calentador de agua y dispositivo solar) y 811/2013, de 18 de febrero). De igual manera, Reglamento 1062/2002, de 28 de septiembre (televisores); Reglamento 1061/2010, de 28 de septiembre (lavadoras domésticas); Reglamento 1060/2010, de 28 de septiembre (refrigeradores domésticos); Reglamento 1059/2010, de 28 de septiembre (lavavajillas domésticos).

(59) Entre sus funciones se encuentran (art. 12.2):» a) apoyar a las autoridades de vigilancia del mercado en el ejercicio de las tareas que les corresponden en virtud del presente Reglamento y de los actos delegados pertinentes, incluido el control de su aplicación; b) proporcionar al público información sobre los productos introducidos en el mercado, sus etiquetas de eficiencia energética y las fichas de información del producto; c) proporcionar a la Comisión información actualizada sobre la eficiencia energética de los productos para las revisiones de las etiquetas de eficiencia energética».

(60) De igual manera la norma señala que «en los casos en que, como consecuencia de la adopción de medidas de diseño ecológico con arreglo a la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, los productos ya no puedan clasificarse en las clases "E", "F" o "G", esas clases deben no obstante mostrarse en la etiqueta en gris. En casos excepcionales y debidamente justificados, como aquellos en los que se obtiene un ahorro insuficiente en el espectro de las siete clases, la etiqueta debe poder contener menos clases que una escala normal de A a G. En dichos casos, la gama de colores de la etiqueta que va del verde oscuro al rojo debe mantenerse para las restantes clases y aplicarse solo a nuevos productos introducidos en el mercado o puestos en servicio» (considerando 11).

a G para los grupos de productos que cuentan ya con regulación mediante actos delegados (61).

**Imagen 7. Etiqueta Energética Europea**



Fuente: Parlamento europeo (2018).

## V. SISTEMAS DE GESTIÓN Y AUDITORÍA MEDIOAMBIENTALES

En la actualidad, aquellas organizaciones que quieran obtener un reconocimiento de su comportamiento y respeto medioambiental acuden a los denominados Sistemas de Gestión y Auditoría Medioambientales (SGMA). A este respecto encontramos múltiples definiciones al respecto para aludir a

(61) De todas maneras existen diferentes matizaciones al respecto (art. 11.5): «presentará las revisiones para los grupos de productos regulados por los Reglamentos Delegados (UE) 811/2013, (UE), 812/2013 y (UE) 2015/1187 a más tardar el 2 de agosto de 2025 con vistas a su reescalado y, si procede, adoptará, a más tardar el 2 de agosto de 2026, actos delegados con arreglo al artículo 16 del presente Reglamento a fin de complementar el presente Reglamento mediante la introducción de etiquetas reescaladas de A a G. En cualquier caso, los actos delegados por los que se introduzcan etiquetas reescaladas de A a G se adoptarán a más tardar el 2 de agosto de 2030; b) adoptará, a más tardar el 2 de noviembre de 2018, actos delegados con arreglo al artículo 16 del presente Reglamento a fin de complementar el presente Reglamento mediante la introducción de etiquetas reescaladas de A a G para los grupos de productos regulados por los Reglamentos Delegados (UE) 1059/2010 (1), (UE) 1060/2010 (2), (UE) 1061/2010 (3), (UE) 1062/2010 (4) y (UE) 874/2012 (5) de la Comisión y la Directiva 96/60/CE, con objeto de exponer la etiqueta reescalada tanto en establecimientos comerciales como en línea, doce meses después de la fecha de su entrada en vigor».

herramientas con las que cuenta la empresa para fijar y mantener un determinado comportamiento medioambiental. De entre todas las definiciones, se puede aludir a la dada por POUSA LUCIO (2006) que define los SGMA como «instrumento o herramienta que posee la empresa como ayuda a las actividades de su gestión medioambiental, aportando la base para orientar, encauzar, medir y evaluar su funcionamiento con el fin de asegurar que sus operaciones se lleven a cabo de manera consecuente con la reglamentación aplicable y con la política corporativa en dicho sentido».

Con todo ello, los SGMA se centran en identificar y valorar los efectos medioambientales presentes y futuros de la actividad de la empresa. Además sirven para definir unos objetivos y metas medioambientales a través de una política medioambiental completada con una planificación, control, supervisión, auditoría y revisión para asegurar que ésta se cumpla (62). Así, el SGMA es un proceso continuo de mejora que presenta una serie de fases que, siguiendo a POUSA LUCIO (2006), se pueden centrar en el compromiso de la dirección de la organización o empresa; la planificación de acciones ambientales (diagnóstico medioambiental y programa de gestión); la implantación de las acciones; el control del sistema y corrección (verificación mediante auditoría); y, por último, la validación del sistema.

Sin duda, los SGMA presentan importantes ventajas como la reducción de los costes de producción a medio-largo plazo, una mejora de la imagen, una mejor organización interna, un cumplimiento de la normativa o una disminución del riesgo medioambiental. En la actualidad existen diversos SGMA, aunque los más importantes son el Sistema Europeo de Gestión y Auditoría Ambiental (EMAS) y la norma ISO 14001:2015, los cuales se analizarán a continuación.

## 1. Sistema Europeo de Gestión y Auditoría Ambiental (EMAS)

El Sistema de Gestión y Auditoría Ambiental (EMAS) es, como se define por parte de la Unión Europea, un «mecanismo voluntario de la UE destinado a las empresas y organizaciones que quieren comprometerse a evaluar, gestionar y mejorar su comportamiento ambiental» (COMUNIDADES EUROPEAS, 2011).

Su regulación hay que referirla al Reglamento (CE) núm. 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009, si bien supone su tercera versión al crearse su modelo original a través del Regla-

---

(62) GARCÍA DEL JUNCO y CASANUEVA ROCHA (1999: p. 88). Acerca de la gestión ambiental en la empresa: BOVEA EDO *et al.* (2013: p. 211); CONESA FERNÁNDEZ-VITORA (1997); SEOANEZ CALVO y ANGULO AGUADO (1999); DURÁN ROMERO, GEMMA (2007). En lo que se refiere a la incidencia de la llamada auditoría ambiental: ANTÚNEZ SÁNCHEZ y RAMÍREZ SÁNCHEZ (2017); ANTÚNEZ SÁNCHEZ; POLO MACEIRA y RODRÍGUEZ COQUET (2014).

mento (CEE) núm. 1836/93 del Consejo, de 29 de junio de 1993, por el que se permite que las empresas del sector industrial se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales, el cual fue derogado posteriormente por el Reglamento (CE) núm. 761/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, por el que se permite que las organizaciones se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) (63).

En su origen, el Reglamento de 1993 fijaba tres objetivos como eran el establecimiento y aplicación, por parte de las empresas, de políticas, programas y sistemas de gestión medioambientales en relación con sus centros de producción; la evaluación sistemática, objetiva y periódica del rendimiento de dichos elementos; y, en último lugar, la información al público acerca del comportamiento en materia de medio ambiente. Además, se establecían toda una serie de requisitos para participar en el sistema como: a) adoptar una política medioambiental de la empresa; b) proceder a una evaluación medioambiental del centro; c) introducir un programa medioambiental para el centro y un sistema de gestión medioambiental aplicable a todas las actividades del centro; d) realizar, o hacer que se realicen auditorías medioambientales en los centros de que se trate; e) fijar objetivos con vistas a la mejora continua del comportamiento medioambiental; f) hacer una declaración medioambiental específica para cada centro objeto de una auditoría.; g) hacer que se examinen la política, el programa, el sistema de gestión, el procedimiento de evaluación o de auditoría y la declaración o declaraciones medioambientales para comprobar que cumplen los correspondientes requisitos del Reglamento; h) comunicar al organismo competente del Estado miembro en que esté situado el centro la declaración medioambiental validada. Todos estos aspectos eran desarrollados en la norma, configurando con ello el sistema EMAS.

En su regulación actual, el modelo sigue parecidos planteamientos con la introducción como objetivo el promover mejoras en el comportamiento medioambiental de las organizaciones mediante un conjunto de medidas, en concreto, a través del «establecimiento y la aplicación por su parte de sistemas de gestión medioambiental, la evaluación sistemática, objetiva y periódica del funcionamiento de tales sistemas, la difusión de información sobre comportamiento medioambiental, el diálogo abierto con el público y otras partes interesadas, y la implicación activa del personal en las organizaciones, así como una formación adecuada» (art. 1).

Por lo que respecta a la participación en el EMAS, las solicitudes para la inscripción en el registro EMAS de organizaciones de un Estado miembro deben presentarse al organismo competente por el Estado miembro, debiendo

---

(63) Vid. Sobre los modelos primigenios del EMAS: CALVO HERRERO (2003).

realizar un conjunto de actos como son un análisis medioambiental de todos sus aspectos medioambientales; desarrollar y aplicar un sistema de gestión medioambiental; una auditoría interna y la preparación de una declaración medioambiental (64). Por otra parte, las organizaciones registradas y únicamente mientras su registro sea válido, podrán utilizar el logotipo EMAS regulado en el art. 10 y anexo V (imagen 8).

**Imagen 8. Logotipo EMAS**



Fuente: PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2009).

Hay que señalar que las organizaciones registradas deben renovar el registro EMAS cada tres años, como mínimo, teniendo que verificar el sistema completo de gestión medioambiental y el programa de auditoría, así como su aplicación y preparar la declaración medioambiental. Además, en los años intermedios, la organización debe realizar una auditoría interna de su comportamiento medioambiental y preparar una declaración medioambiental actualizada sometiéndola a validación por un verificador medioambiental (art. 6); no obstante, se establecen requisitos especiales para organizaciones pequeñas en donde no hay riesgo medioambiental de importancia en donde se amplía el referido plazo a cuatro años, siendo los controles cada dos años, en vez de anuales (art. 7).

Por otra parte, dentro del sistema EMAS conviene diferenciar diferentes agentes como son los órganos competentes, los verificadores ambientales y el Organismo de acreditación de verificadores medioambientales.

---

(64) Todo ello de conformidad con lo dispuesto en el anexo I, puntos A.3.1 y A.5.5 del anexo II y Anexo IV del Reglamento. Por otra parte, a la solicitud debe adjuntarse la declaración medioambiental validada, en formulario electrónico o impreso; la declaración del verificador medioambiental sobre las actividades de verificación y validación; formulario cumplimentado por la organización (anexo VI); y documentos justificativos del abono de las tasas aplicables, si procede (art. 5).

Respecto a los primeros, son los Estados miembros los encargados de designar los organismos competentes que serán responsables del registro de las organizaciones y que pueden ser nacionales, regionales o locales. A su vez, existe un Foro de organismos competentes de todos los Estados miembros que se reúne una vez al año como mínimo y que entre sus funciones está la de organizar una evaluación por pares para evaluar la conformidad del sistema de registro de cada organismo competente.

En el caso de España, no encontramos que las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla asumen estas competencias, teniendo cada una de ellas un organismo competente (65) . En este sentido, Real Decreto 239/2013, de 5 de abril, por el que se establecen las normas para la aplicación del Reglamento (CE) núm. 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, dispone en su art. 2 que corresponde a las Comunidades Autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla la designación de los organismos competentes, debiendo notificar al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente la designación de los organismos competentes y los cambios que se

---

(65) En el caso de España: Comunidad Autónoma de Andalucía. Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio. Dirección General de Prevención y Calidad Ambiental; Comunidad Autónoma de Aragón. Instituto Aragonés de Gestión Ambiental (INAGA); Comunidad Autónoma de Cantabria. Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Urbanismo. Dirección General de Medio Ambiente; Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Consejería de Agricultura. Dirección General de Calidad e Impacto Ambiental; Comunidad Autónoma de Castilla y León. Consejería de Fomento y Medio Ambiente. Dirección General de Calidad y Sostenibilidad Ambiental; Comunidad Autónoma de Cataluña. Departamento de Territorio y Sostenibilidad. Dirección General de Calidad Ambiental; Comunidad Autónoma de Galicia. Consejería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras. Secretaría de Calidad y Evaluación Ambiental; Comunidad Autónoma de Islas Baleares. Consejería de Agricultura, Medio Ambiente y Territorio. Dirección General de Medio Natural, Educación Ambiental y Cambio Climático; Comunidad Autónoma de Islas Canarias. Consejería de Educación, Universidades y Sostenibilidad. Viceconsejería de Medio Ambiente; Comunidad Autónoma de Madrid. Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio. Dirección General de Evaluación Ambiental; Comunidad Autónoma de Murcia. Consejería de Agricultura y Agua. Dirección General de Medio Ambiente; Comunidad Autónoma de Navarra. Departamento de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local. Dirección General de Medio Ambiente y Agua; Comunidad Autónoma del País Vasco. Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial. Dirección de Administración Ambiental. Viceconsejería de Medio Ambiente; Comunidad Autónoma del Principado de Asturias. Consejería de Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente. Dirección General de Calidad Ambiental; Comunidad Autónoma de Valencia. Consejería de Infraestructuras, Territorio y Medio Ambiente. Dirección General de Calidad Ambiental; Comunidad Autónoma de Extremadura. Consejería de Agricultura, Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Energía. Dirección General de Medio Ambiente; Comunidad Autónoma de La Rioja. Consejería de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente. Dirección General de Calidad Ambiental; Ciudad Autónoma de Melilla. Consejería de Medio Ambiente; Ciudad Autónoma de Ceuta. Consejería de Fomento y Medio Ambiente.

produzcan en esta designación, en la denominación o ubicación del mismo. Así, estos organismos asumen cuatro funciones esenciales como son las de tramitar y controlar el procedimiento de inscripción en el registro, además de las suspensiones y las cancelaciones; llevar el registro EMAS de organizaciones; participar en la evaluación por pares organizada por el Foro de organismos competentes y remitir mensualmente al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente información sobre los cambios introducidos en el registro y, en particular, sobre el listado de organizaciones registradas (66).

En cuanto a los verificadores ambientales, éstos son los encargados de evaluar si el análisis medioambiental, la política medioambiental, el sistema de gestión y los procedimientos de auditoría de una organización, así como su aplicación, cumplen los requisitos contenidos en el Reglamento para lo que sigue una serie de premisas marcadas en la norma. Para obtener una acreditación o una autorización como verificador ambiental, el candidato debe aportar al organismo de acreditación o autorización las pruebas oportunas de sus competencias, incluidos los conocimientos, experiencia y capacidades técnicas en el ámbito de la acreditación o autorización solicitada y en un conjunto de áreas marcadas por el Reglamento (67). En España (68) su regulación la encontramos de nuevo en el Real Decreto 239/2013, de 5 de abril, estableciéndose en su redacción original que los verificadores debían obtener acreditación por

---

(66) Art. 17 del Real Decreto 239/2013, de 5 de abril.

(67) *Vid.*, entre otros, funcionamiento general de los sistemas de gestión medioambiental; requisitos legales, reglamentarios y administrativos pertinentes a la actividad objeto de la verificación y validación; los aspectos e impactos medioambientales, incluida la dimensión medioambiental del desarrollo sostenible; los aspectos técnicos, relativos a los problemas medioambientales, de la actividad sujeta a verificación y validación; el funcionamiento general de la actividad objeto de verificación y validación (las tecnologías empleadas por la organización, la terminología y las herramientas utilizadas en las actividades, las actividades operativas y las características de su interacción con el medio ambiente, las metodologías de evaluación de los aspectos medioambientales significativos, las tecnologías de control y mitigación de la contaminación); los requisitos y la metodología de la auditoría medioambiental; las auditorías de información, la declaración medioambiental y la declaración medioambiental actualizada en relación con la gestión, almacenamiento y tratamiento de datos, su presentación por escrito y mediante gráficos, así como para la apreciación de posibles errores en los datos y la utilización de hipótesis y estimaciones; la dimensión medioambiental de productos y servicios, incluidos los aspectos y el comportamiento medioambientales durante y después de su uso y la integridad de los datos proporcionados para la toma de decisiones en materia medioambiental (art. 20).

(68) Asociación española de normalización y certificación (AENOR); Bureau Veritas Quality International España, S.A.; Det Norske Veritas España; Lloyd's Register Quality Assurance Ltd. (Operaciones España); Servicio de Certificación de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid; Sgs Ics Ibérica, S.A.; Tüv Rheinland Ibérica Inspection, Certification & Testing, S.A.; Lgai Technological Center, S.A.; European Quality Assurance Spain, S.L.; Ivac-Instituto de Certificación, S.L.



la Entidad Nacional de Acreditación (69), pudiendo ejercer su actividad en cualquier parte del territorio nacional, en cualquier otro estado miembro de la Unión Europea o en un tercer país, cumpliendo los requisitos previstos. No obstante, el art. 11 en sus apartados 1 y 2, donde se regulaba este aspecto, fue declarado inconstitucional por Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 141/2016, de 21 julio, por entender que invadía las competencias ejecutivas de la Generalitat de Cataluña en materia de medio ambiente y vulnera por tanto el orden constitucional de distribución de competencias (70).

Para concluir, los Organismos de acreditación y autorización designados por los Estados miembros son los responsables de la acreditación de los verifi-

---

(69) Real Decreto 1715/2010, de 17 de diciembre, por el que se designa a la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) como organismo nacional de acreditación de acuerdo con lo establecido en el Reglamento (CE) núm. 765/2008 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) núm. 339/93.

(70) Fundamento séptimo de la STC núm. 141/2016, de 21 julio: «art. 11.1 del Real Decreto 239/2013, al atribuir en exclusiva a la Entidad Nacional de Acreditación la acreditación de los verificadores medioambientales, ha invadido competencias ejecutivas que pertenecen al Gobierno de la Generalitat de Cataluña, tal como éste ha razonado al plantear el presente conflicto positivo de competencia» [...] «Teniendo en cuenta la regulación del mencionado Reglamento europeo es claro que el Real Decreto controvertido no ha atendido a la obligación de «conciliar, en la mayor medida posible, el orden interno de distribución de poderes, por un lado, y el cumplimiento pleno y tempestivo de las obligaciones del Estado en el seno de la Unión, por otro»; por otra parte «el desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento interno debe realizarse desde el pleno respeto de la estructura territorial del Estado», FJ 3, y las allí citadas). Resulta pues indiscutible que el Reglamento (CE) núm. 1221/2009 no obliga a que el poder central de cada Estado miembro designe una única autoridad de acreditación o autorización; habrá de ser el legislador quien, a la vista del Reglamento europeo, explore la forma de hacer compatible el cumplimiento de las exigencias que éste impone con el régimen de distribución competencial, teniendo en cuenta el principio constitucional de colaboración, implícito en el sistema de las autonomías (entre muchas, STC 152/1988, de 20 de julio, FJ 10). El correcto funcionamiento del sistema autonómico depende en buena medida de que el Estado y las Comunidades Autónomas desarrollen fórmulas racionales de cooperación, acuerdo o concertación (por todas, SSTC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 23, y 20/2016, de 4 de febrero, FJ 2). Por consiguiente, ha de concluirse que el art. 11.1 del Real Decreto 239/2013, al atribuir en exclusiva a la Entidad Nacional de Acreditación la acreditación de los verificadores medioambientales, invade las competencias ejecutivas de la Generalitat de Cataluña en materia de medio ambiente y vulnera por tanto el orden constitucional de distribución de competencias (arts. 149.1.23 CE y 144.1 EAC). La inconstitucionalidad del art. 11.1 comporta, por la misma razón, la de la regulación conexas: art. 11.2 (obligación de inscribir a los verificadores medioambientales en un registro estatal de industria); art. 12.1 y 4 (competencia de la Entidad Nacional de Acreditación para supervisar la actividad de los verificadores medioambientales) y disposición transitoria primera (que atribuye la competencia para la renovación de las acreditaciones de los verificadores medioambientales a la Entidad Nacional de Acreditación)».

cadores medioambientales y de la supervisión de las actividades realizadas por éstos. Para ello cuentan con procedimientos para la acreditación o autorización, denegación, suspensión y retirada de la acreditación o autorización y para su supervisión. En el caso de España, aunque estas funciones las asume la ENAC (71), hay que atender a los efectos de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 141/2016, de 21 julio, sobre el Real Decreto 239/2013, de 5 de abril. En este sentido, la sentencia anuló el hecho de que los verificadores medioambientales debían obtener acreditación de la ENAC al igual que lo referido a que la supervisión de las actividades de verificación y validación realizadas en el territorio nacional por los verificadores medioambientales acreditados en España o por verificadores medioambientales acreditados o autorizados en otros Estados miembros correspondía a la ENAC. Los problemas competenciales de la ENAC ya habían sido tratados en otra sentencia del Tribunal Constitucional, en concreto, la STC 33/2005, de 17 de febrero (72). De todos modos, en la sentencia de 2016 se retoman los planteamientos de la sentencia de 2005 al determinar una invasión de competencias (73).

## **2. Norma ISO 14001 y diferencias con el Sistema Europeo de Gestión y Auditoría Ambiental (EMAS)**

La norma ISO 14001 fue creada en 1996 por la Organización Mundial para la Estandarización (ISO) y se centra en establecer los requisitos necesarios para implementar un SGMA. En líneas generales, dicha norma engloba aspectos ambientales ligados a la empresa con la inclusión de criterios vinculados

---

(71) *Vid.* Real Decreto 1715/2010, de 17 de diciembre, por el que se designa a la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) como organismo nacional de acreditación de acuerdo con lo establecido en el Reglamento (CE) núm. 765/2008 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) núm. 339/93

(72) En este sentido, STC 20/2014, de 10 de febrero de 2014.

(73) De nuevo, fundamento séptimo de la sentencia «En relación con esta disposición, hay que partir de la declaración contenida en la STC 33/2005, FJ 10, según la cual «la actividad de designación de las entidades de acreditación se inscribe en el ámbito de la función ejecutiva o aplicativa». En la STC 33/2005, este Tribunal concluyó que, de conformidad con la distribución de competencias derivada del art. 149.1.23 CE y del entonces art. 10.1.6 EAC, correspondía a la Generalitat de Cataluña el ejercicio de esta competencia ejecutiva y que la Entidad Nacional de Acreditación —como organismo nacional de acreditación— solo podía actuar en el ámbito de la seguridad industrial y no en el de los verificadores medioambientales (STC 33/2005, FJ 11). Tal doctrina, trasladada al presente caso, supone que el art. 11.1 del Real Decreto 239/2013, al atribuir en exclusiva a la Entidad Nacional de Acreditación la acreditación de los verificadores medioambientales, ha invadido competencias ejecutivas que pertenecen al Gobierno de la Generalitat de Cataluña, tal como éste ha razonado al plantear el presente conflicto positivo de competencia».

al país o ámbito donde va a instaurarse. Por otra parte, hay que señalar que la norma aplicable en la actualidad data de 2015 (ISO 14001:2015) sustituyendo a la 2004 (ISO 14001:2004).

En cuanto a su delimitación, la propia norma establece como misión el «proporcionar a las organizaciones los elementos de un sistema de gestión eficaz, que puede ser integrado con otros requisitos de gestión y para ayudar a las organizaciones a lograr metas ambientales y económicas». Para ello, articula un sistema con base en cinco elementos esenciales como son la política ambiental; una planificación que engloba unos objetivos a lograr; la implementación del SGMA con la obligación de asumir unas responsabilidades en su puesta en marcha; una verificación del grado de eficacia conseguido y, en último lugar, una revisión de éste (74). Teniendo en cuenta estos bloques, ante todo debe tenerse en cuenta que la ISO 14001 busca que la organización se marque y logre unos objetivos medioambientales, además de minimizar su impacto ambiental y cumplir con la legislación correspondiente.

Otros aspectos interesantes por delimitar son las diferencias existentes entre la ISO 14001 y el EMAS. Como se ha comprobado, ambos giran en torno a la implantación de un sistema de gestión ambiental por parte de una organización, si bien presentan múltiples conexiones aún más cuando desde 2001, el anexo II del Reglamento EMAS incluye los requisitos de un sistema de gestión ambiental de conformidad con la ISO 14001. A este respecto, la tercera edición de la norma ISO 14001, ha supuesto a su vez unos cambios en los anexos II y III del Reglamento (CE) núm. 1221/2009, lo cual se ha producido a través del Reglamento (UE) 2017/1505 de la Comisión de 28 de agosto de 2017.

Dichos cambios vienen dados por el hecho, dice el Reglamento, que las organizaciones que desean obtener o mantener tanto el registro en el EMAS, como el certificado ISO 14001, suelen realizar un único proceso integrado de verificación/certificación. Es por ello por lo que se creía necesario para mantener la coherencia entre los requisitos de ambos instrumentos, modificar los anexos II y III del Reglamento. Así, los requisitos del sistema de gestión ambiental aplicables con arreglo al EMAS son los establecidos en las secciones 4 a 10 de la norma EN ISO 14001:2015. Así, se aplica lo relativo al contexto de la organización (comprensión de la organización, necesidades, expectativas y determinación del alcance del sistema de gestión ambiental); liderazgo (liderazgo y compromiso, política ambiental, roles, responsabilidades y autoridades en la organización), planificación (acciones, requisitos legales, objetivos ambientales), apoyo (recursos, competencia, toma de concien-

---

(74) Entre otros, MYHRBERG Y MYHRBERG (2018), ICB (2017), VALDÉS FERNÁNDEZ (2015) y (2016).

cia, comunicación, información y control), operación (planificación y control operacional, preparación y respuesta ante emergencias), evaluación para el desempeño (evaluación, auditoría, revisión) y mejoras. De igual manera, estos cambios afectan también al anexo III del Reglamento relativo a la auditoría medioambiental interna (programa, actividades, comunicación de los resultados y conclusiones).

Estas modificaciones, como he señalado anteriormente, suponen un acercamiento entre los sistemas teniendo en cuenta que, si bien el EMAS se centra en la Unión Europea, la ISO 14001:2015 es una norma internacional. Por otra parte, la integración supone que haya escasos elementos diferenciadores, destacándose por parte de la Unión Europea (2016) el «cumplimiento jurídico demostrado, el compromiso con la mejora continua del comportamiento medioambiental, la comunicación obligatoria con la opinión pública y la participación de los empleados» (75).

A pesar de ello y como expone VIZCAÍNO LÓPEZ (2016) aún se pueden identificar ciertas diferencias. Así, en el EMAS hay un proceso más complejo de certificación con la introducción ya no sólo de la inscripción de la organización en el Registro Europeo, sino la existencia de los procesos de verificación. Otro aspecto destacable y que se ha apuntado antes es el cumplimiento jurídico medioambiental estricto en el caso del EMAS con una intervención activa de las Administraciones, cosa que no ocurre con la ISO donde existe mayor flexibilidad. Por último, si bien en la ISO 14001:2015 la información pública sobre los aspectos ambientales de la organización se deja a criterio de esta última, en el EMAS es obligatorio disponer de una declaración medioambiental en la que se muestra todo el entramado medioambiental de la organización.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO MAS, María José (2014): *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado: comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, Madrid, Wolters Kluwer.

---

(75) Las diferencias que son continuamente destacadas son el hecho que en el EMAS se exige una evaluación ambiental inicial para determinar y evaluar los aspectos ambientales de las actividades de la empresa, sin embargo, en la ISO 14001 la evaluación ambiental no es obligatoria inicial, indicándose únicamente la sugerencia de su utilidad de cara a desarrollar el SGMA. También es relevante la circunstancia de que en el EMAS la Declaración Medioambiental se encuentre expuesta a disposición del público, validada por un verificador externo y verificada, además de que las organizaciones no están inscritas en un Registro. Esto no ocurre en la ISO 14001 en donde no es obligatoria la declaración ambiental pública y aunque es certificable por un organismo de certificación autorizado, no es necesario el registro de la certificación.

- ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente J. (1998): «Introducción a los problemas jurídicos de la normalización industrial: normalización industrial y sistema de fuentes», *Revista de Administración Pública*, núm. 147, pp. 307-336.
- (1999): *La normalización industrial*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides Francisco y RAMÍREZ SÁNCHEZ, Amed (2017): «La auditoría ambiental en el derecho público», *Advocatus*, núm. 28 (ejemplar dedicado a: ADVOCATUS), pp. 277-315.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides Francisco; POLO MACEIRA, Elena; RODRÍGUEZ COQUET, Roberto Jesús (2014): «Disquisiciones teóricas, doctrinales y exegéticas sobre la praxis de la auditoría como función pública, dirigida a la protección del bien público ambiental para la empresa ecológica», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 40, pp. 9-51.
- ARMENGOL I GASULL, Oriol (2015): «El papel de la CNMC en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado», en RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (AUT.), *Problemas prácticos y actualidad del derecho de la competencia. Anuario 2015*, Madrid, Civitas, pp. 343-358.
- AUDIVERT ARAU, Rafael (1996): *Régimen jurídico de la etiqueta ecológica*, Barcelona, Cedecs.
- BERNAD BELTRÁN, David; BOVEA EDO, María Dolores; COLOMER MENDOZA, Francisco Javier e IBÁÑEZ FORÉS, Valeria (2013): *Gestión ambiental en la empresa. Legalización, puesta en marcha y explotación*, Castellón, Universitat Jaume I, Servicio de Publicaciones.
- BOVEA EDO, María Dolores; CARLOS, MAR; GALLARDO IZQUIERDO, Antonio y COLOMER MENDOZA, Francisco Javier (2008): *Declaración ambiental según ISO 14025: una oportunidad para informar de los aspectos ambientales de los servicios de gestión de residuos*. I Simposio Iberoamericano de Ingeniería de Residuos. Castellón, 23-24 de julio de 2008.
- BOVEA EDO, María Dolores; COLOMER MENDOZA, Francisco Javier; IBÁÑEZ FORÉS, Valeria y BERNAD BELTRÁN, David (2013): *Gestión ambiental en la empresa. Legalización, puesta en marcha y explotación*, Castellón, Universitat Jaume I, Servicio de Publicaciones.
- BRITO MARQUINA, Avelino (2015): «La normalización como elemento de competitividad y de potencial exportador», *Economía industrial*, núm. 396 (Ejemplar dedicado a: Calidad y seguridad industrial), pp. 33-42.
- CALVO HERRERO, Rosario (2003): «El Sistema Europeo de Gestión y Auditoría Ambiental (EMAS), una herramienta transversal para que las empresas mejoren su sostenibilidad ambiental», *Revista interdisciplinaria de gestión ambiental*, Año 5, núm. 60, pp. 13-20.
- CASARES MARCOS, Ana Belén (2016): «Reflexiones sobre el ámbito subjetivo del recurso para la defensa de la unidad de mercado», en LÓPEZ RAMÓN,

- Fernando (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate: Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 395-405.
- COMISIÓN EUROPEA (2010): *Reglamento (UE) núm. 271/2010 de la comisión de 24 de marzo de 2010 que modifica el Reglamento (CE) núm. 889/2008 por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) núm. 834/2007 del Consejo, en lo que atañe al logotipo de producción ecológica de la Unión Europea*, Diario Oficial de la Unión Europea 31 de marzo de 2010.
- COMITÉ EUROPEO DE NORMALIZACIÓN (2018): *Members. European Committee for Standardization*. Recuperado de: <https://www.cen.eu/Pages/default.aspx> (julio de 2018).
- COMUNIDADES EUROPEAS (2011): *El Sistema Europeo de Gestión y Auditoría Medioambientales*. Recuperado de: [http://ec.europa.eu/environment/emas/pdf/leaflets/emasleaflet\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/environment/emas/pdf/leaflets/emasleaflet_es.pdf) (julio de 2018).
- CONESA FERNÁNDEZ-VÍTORA, Vicente (1997): *Instrumentos de la gestión ambiental en la empresa*, Ed. Mundi-Prensa, Madrid-Barcelona-México.
- DOPAZO FRAGUÍO, Pilar (2001): *El régimen jurídico de las marcas de calidad ambiental: etiqueta ecológica y tutela ambiental*, Madrid, Exlibris.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, Lourdes (2016): «Los principios de proporcionalidad y de necesidad bajo el prisma de la garantía de la unidad de mercado: ¿nuevos condicionantes de las ordenanzas locales de telecomunicaciones?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 181, 2016, págs.191-225.
- DURÁN ROMERO, Gemma (2007): *Empresa y medio ambiente. Políticas de gestión ambiental*, Madrid, Ed. Pirámide.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana (2016): «La agricultura ecológica en el marco de la Unión Europea», *La Ley Unión Europea*, núm. 39, 27 págs.
- GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, Gerardo (2009): «La normalización industrial», en GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, Gerardo (dir.), *La legislación de industria en Aragón: Estudios sobre el régimen jurídico de la actividad industrial*, Zaragoza, Cortes de Aragón, pp. 335 a 367.
- GARCÍA DEL JUNCO, Julio y CASANUEVA ROCHA, Cristóbal (1999): *Gestión de empresas. Enfoques y técnicas en la práctica*, Madrid, Ediciones Pirámide.
- GENERALITAT DE CATALUÑA (2018): *Distintivo de garantía de calidad ambiental. Categorías y solicitudes*. Departamento de Territorio y Sostenibilidad. Recuperado de: [http://mediambient.gencat.cat/es/05\\_ambits\\_dactuacio/empresa\\_i\\_produccio\\_sostenible/ecoproductes\\_i\\_ecoserveis/etiquetatge\\_ecologic\\_i\\_declaracions\\_ambientals\\_de\\_producte/distintiu\\_de\\_garantia\\_de\\_qualitat\\_ambiental/](http://mediambient.gencat.cat/es/05_ambits_dactuacio/empresa_i_produccio_sostenible/ecoproductes_i_ecoserveis/etiquetatge_ecologic_i_declaracions_ambientals_de_producte/distintiu_de_garantia_de_qualitat_ambiental/) (julio de 2018).

- (2018b): *Tipo de etiquetas ecológicas*. Departamento de Territorio y Sostenibilidad. Recuperado de: [http://mediambient.gencat.cat/es/05\\_ambits\\_dactuacio/empresa\\_i\\_produccio\\_sostenible/ecoproductes\\_i\\_ecoserveis/etiquetatge\\_ecologic\\_i\\_declaracions\\_ambientals\\_de\\_producte/tipus\\_d\\_etiquetes\\_ecologiques/](http://mediambient.gencat.cat/es/05_ambits_dactuacio/empresa_i_produccio_sostenible/ecoproductes_i_ecoserveis/etiquetatge_ecologic_i_declaracions_ambientals_de_producte/tipus_d_etiquetes_ecologiques/) (julio de 2018).
- GRAU RÍOS, Mario Y GRAU SÁENZ, María (2010): *Riesgos ambientales en la industria*. Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).
- ICB (2017): *Gestión y evaluación medioambiental (ISO 14001:2015)*. Madrid, ICB (Interconsulting Bureau S.L).
- ISO (2009): *Environmental management – The ISO 14000 family of International Standards*. Geneva, Switzerland, ISO Central Secretariat.
- JUNTA DE ANDALUCÍA (2018): *Etiquetado ambiental*. Recuperado de: <https://www.juntadeandalucia.es/medioambiente/site/portalweb>.
- LOZANO CUTANDA, Blanca (2001): «La nueva etiqueta ecológica de la Unión Europea», *Revista interdisciplinar de gestión ambiental*, Año 3, núm. 30, pp. 25-34.
- (2010): «El futuro de la «flor europea»: la nueva etiqueta ecológica de la UE», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. 1, núm. 1, 16 pp.
- MANTECA VALDELANDE, Víctor (2006): «Etiqueta ecológica europea», *Unión Europea Aranzadi*, vol. 33, núm. 1, pp. 11-17
- MINISTERIO DE AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACIÓN – MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA (2018): *Etiqueta ecológica europea*. Recuperado de <http://www.mapama.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/etiqueta-ecologica-de-la-union-europea/etiqueta-ecologica-europea/> (julio de 2018).
- MYHRBERG, Erik V. y MYHRBERG BRANDON L. (2018): *A Practical Field Guide for ISO 14001:2015*. Milwaukee, ASQ, American Society for Quality, Quality Press
- PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2009): *Reglamento (CE) n° 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), y por el que se derogan el Reglamento (CE) n° 761/2001 y las Decisiones 2001/681/CE y 2006/193/CE de la Comisión*. DOUE núm. 342, de 22 de diciembre de 2009, páginas 1 a 45. DOUE-L-2009-82515.
- PARLAMENTO EUROPEO (2018): *Energy labelling*. Recuperado de: [http://www.europarl.europa.eu/resources/library/images/20160704PHT35016/20160704PHT35016\\_original.jpg](http://www.europarl.europa.eu/resources/library/images/20160704PHT35016/20160704PHT35016_original.jpg) (junio de 2018).
- POUSA LUCIO, Xoán Manuel (2006): *ISO 14001: un sistema de gestión medioambiental*, Vigo, Ideas Propias Editorial S.L.
- RODRÍGUEZ BEAS, Marina (2016): «Los mecanismos de protección en garantía de la unidad de mercado como la nueva vía alternativa de recurso», en LÓPEZ

- RAMÓN, FERNANDO (coord.): *Las vías administrativas de recurso a debate: Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 406-415.
- RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, Sonia (2002): «Normalización industrial y Derecho comunitario de la competencia», *Revista de Administración Pública*, núm. 158, pp. 187-214
- SANZ RUBIALES, Íñigo (2000): «Sobre la naturaleza jurídica de la etiqueta ecológica», en SOSA WAGNER, Francisco (coord.), *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 3693-3710.
- SEOANEZ CALVO, Mariano y ANGULO AGUADO, Irene (1999): *Manual de gestión medioambiental de la empresa*, Ed. Mundi-Prensa, Madrid-Barcelona-México.
- SOUVIRÓN MORENILLA, José María (2017): «Garantía de la unidad de mercado y entropía del Estado autonómico», en LAGUNA DE PAZ, José Carlos; SANZ RUBIALES, Íñigo; DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (coord.), *Derecho administrativo e integración europea: estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*, Vol. 1, Tomo 1, 2017 (*El ser de la Administración Pública*), Madrid, editorial Reus, pp. 593-628.
- TARRÉS VIVES, Marc (2000): «Las nuevas referencias en el derecho industrial: acreditación y normalización», *Autonomies: Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 26, pp. 119-155
- UNE (2018): *Revista de normalización española*, núm. 4.
- UNIÓN EUROPEA (2016): *EMAS y la ISO14001 revisada*. Primera edición. Disponible en: <http://ec.europa.eu/environment/emas/pdf/factsheets/ISO-14001.ES.pdf> (julio de 2018).
- URRUTIA LIBARONA, Íñigo (2016): «Mecanismos para la defensa de la unidad de mercado: el procedimiento de reclamación de los operadores económicos», en LÓPEZ RAMÓN, Fernando (coord.): *Las vías administrativas de recurso a debate: Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública pp. 464-477.
- VALDÉS FERNÁNDEZ, José Luis (2015): «ISO 14001:2015. El medio ambiente gana peso». *AENOR: Revista de la normalización y la certificación*, ISSN-e 2255-0801, núm. 307, pp. 24-29.
- (2016): *Guía para la aplicación de UNE-EN ISO 14001: 2015*. Madrid, AENOR Internacional, S.A.U.
- VIZCAÍNO LÓPEZ, Alberto (2016): *Parecidos y diferencias entre ISO 14001:2015 y EMAS III*. Comunidad ISM. Blog de 19 de septiembre.



# APROXIMACIÓN JURÍDICA A LOS INSTRUMENTOS ECONÓMICOS DE MERCADO EN EL SECTOR FORESTAL

JOSÉ MIGUEL GARCÍA ASENSIO

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.– II. LA CERTIFICACIÓN FORESTAL: 1. Antecedentes históricos. 2. Concepto. 3. Naturaleza jurídica. 4. Fases del procedimiento: A) Gestión forestal sostenible. B) Cadena de custodia. 5. Objeto. 6. Elementos subjetivos. 7. Caracteres de la certificación forestal: A) Es un instrumento de mercado. B) Voluntariedad. C) Independencia, objetividad y credibilidad. D) Transparencia. E) No discriminación. F) Rentabilidad. 8. Objetivos de la certificación forestal. 9. Apuntes sobre la certificación forestal en el Derecho comparado.– III. MECANISMOS DE MERCADO CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO: 1. Breve anotación sobre el Mecanismo de Desarrollo Limpio (MDL). 2. Propuesta de creación de un instrumento de mercado: la captura y almacenamiento del carbono atmosférico por los montes.– IV. CONCLUSIONES.– V. BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** Dentro del grupo de los instrumentos de mercado destinados a la protección del Medio Ambiente, el sector forestal dispone de unos propios y específicos, aunque a modo de concreción de otros más generales. Es el caso de la certificación forestal y de su marca, como correlativo a las generales auditorías ambientales y eco-etiquetas. Evalúan especialmente la gestión forestal sostenible y tratan de ser un incentivo para la misma, a la par que informan al consumidor de la procedencia y adecuación ambiental de los productos con la marca. Por otro lado, se realizan puntualizaciones a la ya propuesta creación de un mercado cuyo objeto sería la captura y almacenamiento del carbono atmosférico por los montes españoles, especialmente a la luz de la última normativa europea.

**Palabras clave:** monte; bosque; sumidero de carbono; captura de CO<sub>2</sub>; Protocolo de Kyoto; Acuerdo de París; aprovechamiento forestal; intangible; instrumento económico de mercado; propietario forestal; compensación; certificación forestal; gestión forestal sostenible; cadena de custodia; trazabilidad; auditoría; verificador independiente; voluntariedad; entidad de certificación; garantía escrita; transparencia; marca; FSC; PEFC; FLEGT; contratación pública ecológica.

**ABSTRACT:** Within the group of market instruments for the protection of the environment, the forestry sector has its own and specific, although as a specification of other more general. This is the case of forest certification and its brand, as correlated to the general environmental audits and eco-labels. They evaluate especially the sustainable forest management and try to be an incentive for it, at the same time they inform the consumer of the origin and environmental adaptation of the products with the brand. On

*the other hand, points are made to the already proposed creation of a market whose object would be the capture and storage of atmospheric carbon by the Spanish mountains, especially in light of the latest European regulations.*

*Key words: Mountain; forest; carbon sink; CO<sub>2</sub> capture; Kyoto Protocol; Paris Agreement; externality; forest use; intangible; economic market instrument; forest owner; compensation; forest certification; sustainable forest management; chain of custody; traceability; audit; independent verifier; willfulness; certification entity; written guarantee; transparency; Brand; FSC; PEFC; FLEGT; ecological public procurement.*

## I. INTRODUCCIÓN

Una vez asentado el concepto de desarrollo forestal sostenible, concreción forestal del genérico desarrollo sostenible o sustentable, tanto los sujetos implicados como los juristas han intentado dotarle de contenido concreto y de traducirlo en mecanismos tangibles que, especialmente, coadyuven a combatir la deforestación (1). Llamen la atención los sistemas diseñados para que actúen en los mercados, pues permiten actuar con autonomía de la Administración, limitando la actuación de ésta a una función de tutela y bajo el principio de mínima intervención. Además, nuestras sociedades se han visto impregnadas de cierta concienciación social y ambiental, que se ha traducido en un *consumismo verde* y, por tanto, en la existencia de *mercados verdes*, en donde las consideraciones ambientales y, entre ellas, las forestales, son preeminentes (2), tanto o más que las económicas. De ahí que la Unión Europea, desde fecha tan temprana como 1993, haya fomentado el uso de instrumentos de mercado como medio para la protección ambiental a través de la responsabilidad compartida con la sociedad (3).

El primero de esos sistemas que se van a estudiar en el presente trabajo es la certificación forestal, que se configura de un modo bifronte, como se verá

---

(1) SHEPPARD (2000: 103).

(2) SHEPPARD (2000: 109, 117 y 118). Este autor nos recuerda que la certificación forestal tiene un aspecto negativo, pues se producen numerosos costes asociados en todas las fases de producción y comercialización, lo que implica una elevación importante del precio del producto.

(3) Resolución del Consejo de 1 de febrero de 1993 sobre un Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible. Debe recordarse que precisamente la OCDE establece que los instrumentos económicos son una medida que utiliza el sistema de precios y los mecanismos de mercado para obtener un objetivo determinado, en este caso una gestión forestal sostenible. Y se califican de económicos puesto que influyen sobre los costes y beneficios de las diferentes posibilidades de acción entre las que pueden elegir los agentes económicos, incentivando a dirigir o modificar sus acciones en un sentido favorable para el Medio Ambiente (IBARRA SARLAT 2012: 178).

al detalle: la propia certificación forestal y la cadena de custodia posterior. A este respecto es importante no perder de vista que estas dos partes no son más que la concreción forestal de dos instituciones jurídicas más amplias y de mayor solera en nuestro ordenamiento jurídico: la auditoría ambiental y la ecoetiqueta, respectivamente, ambos también instrumentos de mercado. De ahí que la escasa regulación y la falta de detalle en cuanto a la naturaleza jurídica de la certificación forestal debamos suplirla atendiendo a la normativa de estas últimas.

La segunda parte de este estudio se centra en los instrumentos vinculados al cambio climático: los Mecanismos de Desarrollo Limpio y en una propuesta *de lege ferenda* referida a la creación de un mercado de derechos de captura y almacenamiento de carbono atmosférico por parte de los montes españoles, que, aunque ya expuesta recientemente (4), debe ser objeto de temprana revisión a la vista de la última normativa emitida.

## II. LA CERTIFICACIÓN FORESTAL.

Se trata del instrumento de mercado típico en el sector forestal, y del cual la doctrina más autorizada ha destacado su relevancia (5). Nacido hacia 1989 (6), normativamente se introduce en España a iniciativa europea a partir de la Comunicación de la Comisión COM (1998) 649 final, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre una Estrategia para el Sector Forestal, y de la Resolución del Consejo (1999/C56/01) de 15 de diciembre de 1998, sobre una estrategia forestal para la Unión Europea (Apartado 15). Este instituto jurídico es recogido luego someramente por la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (en adelante, LM) y por diversas normativas autonómicas. Lo que pretende es vincular el comercio de los productos forestales con la gestión sostenible de los montes de procedencia, de tal manera que se consiga que el usuario final compre aquellos bienes en cuya composición entren productos únicamente procedentes de montes ordenados y gestionados de forma sostenible (7).

---

(4) GARCÍA ASENSIO (2018: 109 a 174).

(5) SARASÍBAR IRIARTE (2007: 186).

(6) MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE (2002: 24).

(7) En palabras de la Estrategia Forestal Española (en adelante, EFE) (MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE 2000:63).

## 1. Antecedentes históricos

El control sobre el origen de los productos forestales y su trazabilidad pueden parecer conceptos novedosos. Empero, y sobre todo respecto al principal de ellos, la madera (8), ha sido una constante en nuestra normativa histórica española pues se concebía como una medida para combatir el furtivismo. No debe perderse de vista que la conciencia de sostenibilidad forestal ha regido desde el primer momento en nuestro Derecho, aunque hasta la primera mitad del siglo XIX lo ha sido en el limitado ámbito de la Arboricultura, y sólo tras esa fecha, de la mano de los ingenieros de montes, evolucionó y se enmarcó en términos científicos ya dentro de la Silvicultura (9).

A fin de no abundar en un tema que merece un estudio específico, y sin ánimo de ser exhaustivos, sólo aportaremos algunos ejemplos ilustrativos. Así, en el ámbito local reseñamos el Acuerdo del Concejo de San Leonardo de Yagüe (Soria) de 8 de abril de 1696, cuando en el contrato de la sierra de agua de la localidad se obligaba al arrendatario a no serrar aquellos pinos que no llevaran el sello del marco del Concejo (10). Es decir, sólo podían aserrar aquella madera cuyo origen quedaba acreditado como procedente de los montes de esa localidad, a fin de evitar el procesado de madera ilegalmente obtenida. Posteriormente, y ya para todo el territorio nacional, el art. 140 de las Ordenanzas Generales de Montes de 1833 prescribía que no se podía hacer «(...) entrega alguna de madera de construcción si el usuario no presenta un certificado del maestro ó alarife encargado de la obra, que acredite la necesidad y lo que es menester (...)». Aunque realmente esta certificación obraba más como base de cálculo del volumen de corta a ejecutar (dado que entonces no existían ordenaciones forestales), lo cierto es que se trata de un verdadero antecedente de la actual certificación forestal, pues justificaba las «(...) entregas que hay que hacer de tales maderas á los usuarios», a modo de las actuales licencias.

Con la finalidad de controlar el comercio de la madera y evitar aprovechamientos ilegales se creó la figura de la guía, de tal modo que permitiera identificar el origen del producto forestal en su transporte. Así, la Real Orden de 21 de septiembre de 1848 fijaba los trámites y reglas con que se expedían

---

(8) GARCÍA ASENSIO (2017: 221-224): «Este principado de la madera ocasionó que la norma forestal española haya estado modernamente supeditada de ordinario a este aprovechamiento, de tal manera que el objeto general de la regulación se refería fundamentalmente al mismo, aun sin citarlo, lo que suponía que el esquema global aplicable a todos los aprovechamientos forestales era el de la madera (...)» (p. 260).

(9) GARCÍA ASENSIO (2017: 38 y 42).

(10) RUBIO DE LA IGLESIA (1996: 78 y 79).

las guías para la conducción de maderas (11), y, luego, en su sustitución, rigió el art. 110 de la Adición al Reglamento de la Guardia Civil, aprobada por Real Orden de 9 de agosto de 1876, que supuso exigir a los recolectores y conductores de frutos, leñas, maderas y otros aprovechamientos forestales, así como a taladores y podadores, una autorización del dueño del monte (12), a fin de comprobar su procedencia.

Más tarde, en las Filipinas españolas durante el siglo XIX los ingenieros se plantearon ensayar el marcado de las piezas cortadas, con el objetivo de evitar la actividad de los matuteros, medida que no tuvo éxito ante la escasez de personal facultativo y auxiliar, que impedía llevar a cabo los trabajos preliminares de reconocimiento y marcado (13).

## 2. Concepto

Actualmente la certificación forestal dispone de una definición positiva en el apartado p) del art. 6 (LM), básico de conformidad con su Disposición Final Segunda (LM) al amparo del art. 149.1.23º (CE). Así, se configura como un *«procedimiento voluntario por el que una tercera parte independiente proporciona una garantía escrita tanto de que la gestión forestal es conforme a los criterios de sostenibilidad como de que se realiza un seguimiento fiable desde el origen de los productos forestales»*. Como puede comprobarse, esta redacción es deudora de la contenida en la Norma UNE 162001: 2001 sobre *«Gestión forestal sostenible. Vocabulario, terminología y definiciones»*: *«Procedimiento por el cual una tercera parte proporciona una garantía escrita de que la gestión forestal es conforme con una especificación técnica»* (Apartado 2.3).

No obstante, llama la atención la existencia de otras acepciones, aunque ciertamente no disienten en su esencia, y a lo largo del presente trabajo analizaremos sus discrepancias. Es el caso de la primera aportación positiva, contenida en la citada Comunicación COM (1998) 649 final, Apartado III.D.4: *«Por certificación forestal se entiende el procedimiento consistente en la comprobación, por un tercero independiente, de que los bosques examinados son objeto de una gestión sostenible»*.

---

(11) Esta disposición, junto a otras análogas respecto a las guías, fueron derogadas por la Real Orden de 23 de mayo de 1862, y sólo fue restablecida para el distrito forestal de Cuenca como una medida excepcional y transitoria, de conformidad con el Real Decreto de 15 de agosto de 1901 y 20 de septiembre de 1901 (DEL CAMPO 1909: 12 y 34).

(12) DEL CAMPO (1909: 128).

(13) La idea era que, con cierta periodicidad, se marcaran los troncos en los lugares de acopio, dando orden de ingreso por el valor de los derechos correspondientes a cada medición, de tal forma que al efectuar la descarga podría comprobarse si las maderas venían marcadas o no (PINAR 1999: 432 y 433).

Las Comunidades Autónomas apenas han entrado en la labor de concebir la certificación forestal, dando por buena la aportada por el Estado. Como excepción tenemos a Galicia, pues en el art. 8.7 (Ley 7/2012, de 28 de junio, de Montes de Galicia, en adelante LMG) se entiende por tal el «*procedimiento voluntario por el que un tercero independiente proporciona una garantía escrita tanto de que la gestión forestal es conforme con criterios de sostenibilidad como de que se realiza un seguimiento fiable desde el origen de los productos forestales*».

De estas definiciones, y de los diferentes preceptos vinculados, inferimos la caracterización de la certificación forestal que analizamos a continuación.

### 3. Naturaleza jurídica

Se trata de un procedimiento jurídico, procedimiento porque en ello coinciden todas las definiciones estudiadas, y jurídico en tanto está regulado en el Derecho positivo, como ya se ha visto. La cuestión estriba en concretar la naturaleza jurídica de este procedimiento, de la que callan las disposiciones legales aplicables. Al ser un instrumento del que se valen las Administraciones públicas para promover la mejora continua del comportamiento forestal de los sujetos del sector podría parecer que se trata de un mecanismo de naturaleza administrativa (14), pero al no realizarse ninguna reserva legal exclusiva y monopolizadora a favor de una Administración pública (15) no puede defenderse un carácter administrativo del procedimiento. De hecho, el legislador sólo reserva a la Administración pública una función de fomento de la certificación forestal (16). De ahí que, sin excluir la eventual existencia de un procedimiento público, lo cierto es que actualmente en España se configura como un procedimiento de orden privado, sin perjuicio de los efectos que en el ámbito público puedan reconocerse, aunque, eso sí, en el marco de la colaboración público-privada que caracteriza a estos instrumentos de mercado (17).

---

(14) Como, por esta razón, predica del EMAS BETANCOR RODRÍGUEZ (2004a: 46).

(15) Es más, parece que su intención declarada es eliminar la existencia de un procedimiento administrativo *ad hoc*, como se confiesa en la Exposición de Motivos del proyecto de ley de la que luego sería la Ley 21/2015, de 20 de julio, que modificó la LM (BLASCO HEDO 2015: 146).

(16) V.gr. art. 35 (LM): «*Las Administraciones públicas promoverán el desarrollo de los sistemas de certificación forestal voluntarios, transparentes y no discriminatorios*». Esta postura resulta acorde con el papel que se le pide al Estado en la «*Carta de Esmeraldas*», fruto del Seminario Internacional «*Potencialidades y Obstáculos de la certificación forestal*», celebrado en Esmeraldas (Ecuador) entre el 5 y el 10 de octubre de 2003, en donde se le reserva las facultades de promover, facilitar y reconocer la certificación forestal (disponible en [www.gtz-mazonia.org/texte/Memoria.doc](http://www.gtz-mazonia.org/texte/Memoria.doc)).

(17) GONZÁLEZ RÍOS (2018: 19-21).

En definitiva, y como instrumento esencial de control o evaluación, se trata de una auditoría forestal (18), es decir, y parafraseando al art. 21.1 del Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental y Auditorías Ambientales de Castilla y León, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 18 mayo 2000, un proceso complejo de evaluación (19) sistemática, objetiva, independiente y periódica del sistema de gestión forestal de un monte, encaminado a la realización de un diagnóstico de la situación actual, análisis de riesgos y evaluación del grado de cumplimiento de la legislación vigente, y en su caso, sobre otros aspectos importantes desde el punto de vista medioambiental, así como de los sistemas de protección. En otras palabras, se trata de comprobar que se cumplen las estándares de la gestión forestal sostenible en el monte auditado, y proponer las correcciones necesarias para asegurarlos. De ahí que, como toda auditoría ambiental, comprenda tres partes diferenciadas: evaluación, comprobación y corrección (20).

Ante la ausencia de determinación legal de los trámites en que ha de constar dicho procedimiento, algo coherente con la preferencia del legislador por su naturaleza privada, lo que nos acerca al llamado *soft law* (21), debemos inferirlos primero de la propia definición de certificación forestal, y luego cubrir la laguna a través de otras fuentes. Así, salvo los principios inspiradores del procedimiento, que los veremos más adelante, sólo se indican las fases del mismo, así como el sujeto a realizarla y la forma de terminación. Esta ausencia de regulación legal no es casual: se justifica en la preexistencia de unas normas técnicas o estándares, y lo que trata el legislador es de dictar unos preceptos genéricos, evitando así interferir en esos estándares prefijados.

Empero, no habría inconveniente en que el Estado, en ejercicio de sus facultades normativas, dictara las disposiciones oportunas que recogieran esos estándares con la finalidad de garantizar unos mínimos comunes de eficacia y fiabilidad en todo el territorio español, al tiempo que se desarrollan unas pautas básicas, de carácter uniforme, de calidad y seguridad de los productos (22). Iniciativa que, si bien intervendría en la libertad que actualmente gozan los

---

(18) De la que ya hablaba el Dictamen del Comité Económico y Social (en adelante, CESE) AGR/602 sobre «*Situación y problemática de la silvicultura en la Unión Europea y potencial de desarrollo de las políticas forestales*» de 24 de julio de 1997 (Apartado 6.1.3).

(19) MUTHOO (2012: 17).

(20) BETANCOR FERNÁNDEZ (2004b: 166).

(21) COCCILO *et al.* (2016: 253), quienes puntualizan que éste es, a la vez, uno de los aspectos más atractivos de estas fórmulas de protección ambiental y la causa de cierta inquietud en cuanto garantía de la tutela del Medio Ambiente.

(22) Competencia material estatal reconocida por la STC 33/2005, de 17 de febrero, Conflicto positivo de competencias 2231/1996, Ponente: Excm. Sra. Dña. Elisa Pérez Vera, F.J. 7º.

operadores certificantes, permitiría profundizar, aún más si cabe, en los principios de transparencia y no discriminación que ex. art. 35 (LM) deben informar el procedimiento de la certificación forestal. Lo que ocurre es que, como luego se verá, positivizar estos estándares supondría convertir la certificación forestal en algo obligatorio, eliminando la nota de la voluntariedad y, cambiando de técnica jurídica, pasaríamos de la típica certificación a la de homologación, y en vez de *entidades de certificación* las funciones de verificación las realizarían los llamados *organismos de control* (23).

No obstante, es altamente improbable que ello suceda, pues el sistema actual es más ágil en caso de modificaciones y para incorporar las actualizaciones de orden técnico. Debe recordarse que, precisamente, esos estándares son el fruto de la normalización industrial, como proceso de creación normativa, y que pueden tener, según los casos, una doble naturaleza: en unos supuestos son voluntarios, que son las normas técnicas en sentido estricto, y en otros obligatorios, es decir, reglamentaciones técnicas (24), siendo sólo en este último supuesto en el que el Estado debiera ejercer su potestad normativa.

En todo caso, la competencia para dictar normas sobre este procedimiento, fuera de lo considerado básico, corresponde a las Comunidades Autónomas. Siguiendo a la STC 21/1999, de 25 de febrero (25), dado que con esta certificación se pretende, pues, hacer pública y autenticar la realización de controles, es decir, una actividad que propiamente no regula de modo directo el intercambio de productos, ni es instrumento de ninguna política comercial, sino que regula algo previo y distinto a estas actividades comerciales, concretamente una actividad de control tendente a asegurar la calidad de un material forestal la competencia se enmarca en la de montes y aprovechamientos forestales (art. 149.1.23º CE) y no en la de actividad económica (art. 149.1.13º CE).

No debe perderse de vista que esta competencia autonómica lo es sin perjuicio de las medidas de fomento que el art. 35 (LM) impone a todas las Administraciones públicas, incluidas las locales, para promover el desarrollo de estos sistemas de certificación. Se trata de un mandato, como se infiere indubitadamente del uso del término «*promoverán*», pero que queda resaltado aún más si cabe cuando la redacción original de este precepto empleaba el verbo «*procurarán*», cambio que pone de manifiesto el deber que se les ha encomendado (26).

---

(23) ÁLVAREZ GARCÍA (2000: 74).

(24) ÁLVAREZ GARCÍA (2000: 60).

(25) Conflicto positivo de competencias núms. 1078/1989 y 1079/1989 (acumulados), Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, F.J. 10º. De la misma opinión es ÁLVAREZ GARCÍA (2000: 72).

(26) Este cambio ya fue propuesto doctrinalmente por GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ (2005: 874).



Aunque de un modo indirecto, la LM establece que la auditoría ha de ser externa, por cuanto sólo permite las certificaciones forestales informadas bajo el principio de independencia, es decir, realizadas por un tercero ajeno, lo que supone la proscripción de las auditorías internas, que son las efectuadas por la propia empresa certificada.

En los dos sistemas de certificación que se aplican en España, y que luego expondremos detalladamente, los trámites formales son los mismos: tras la solicitud por el gestor forestal a la entidad de certificación (27), junto a la documentación necesaria, se realiza la visita o auditoría *stricto sensu* (que actúa como comprobación o verificación del sistema de gestión forestal sostenible alegado), redacción de un informe de auditoría (28) y, por último, si éste fue favorable, dicha entidad de certificación emite la «*garantía escrita*» o certificación forestal.

La referencia a esta «*garantía escrita*» es un error terminológico por incurrir en obviedad, pues no puede ser de otra manera para que quede constancia indubitada de la misma, sobre todo a la luz de los objetivos que se persiguen. Y ello con independencia del soporte físico o digital en que figure (29). En definitiva, la «*garantía escrita*» es la certificación forestal propiamente dicha, y que puede ser, en función de su ámbito territorial, individual, en grupo o regional (30). Materialmente supone la constatación mediante un documento que un determinado monte o aprovechamiento forestal cumple con los requisitos o exigencias definidos por una o un grupo de normas técnicas determinadas (31). En definitiva, se trata del medio por el que se instrumentaliza la relación entre

---

(27) Es una organización totalmente independiente de las asociaciones que representan cada sistema de certificación, y que ha sido acreditada como tal por ENAC, siendo actualmente AENOR (sólo PEFC para la certificación forestal y también para FSC en cadena de custodia), BVQi y EcoCert (ambas para FSC como PEFC).

(28) La realización de la auditoría se llevará a cabo, lógicamente, por un auditor forestal, que es la persona cualificada para realizar auditorías de la gestión forestal sostenible (Apartado 3.1 Norma UNE 162003: 2001).

(29) A modo de ejemplo, la licencia FLEGT («*Aplicación de las leyes, gobernanza y comercio forestales*», en sus siglas en inglés), de la que luego se hablará, puede constar tanto en formato electrónico como impresa en papel, ambas con el mismo contenido (Apartados 2 y 3 del art. 2 del Reglamento (CE) 1024/2008 de la Comisión, de 17 de octubre de 2008, por el que se establecen las normas de desarrollo del Reglamento (CE) n° 2173/2005 del Consejo, relativo al establecimiento de un sistema de licencias FLEGT aplicable a las importaciones de madera en la Comunidad Europea).

(30) Distinción propia del sistema PEFC, pues en el FSC sólo se contempla los niveles de certificación individual y de grupo (MARCILLA GARCÍA 2012: 149), aunque últimamente ha creado una nueva categoría, la SLIMF («*Small and Low Intensive Managed Forests*»), específica para permitir el acceso a la certificación forestal a los pequeños propietarios.

(31) Parafraseando a ÁLVAREZ GARCÍA (2000: 73).

el gestor forestal y el entorno, a fin de canalizar la información sobre la procedencia del producto y las circunstancias de su generación (32). Como la certificación forestal no es un procedimiento administrativo esta «*garantía escrita*» no es dictada por ningún órgano administrativo ni, en consecuencia, tampoco es un acto administrativo.

Esta garantía no es, lógicamente, de duración indefinida, pues es preciso comprobar que la gestión forestal sostenible se mantiene en el tiempo. Por ello tanto la PEFC como la FSC contemplan las certificaciones forestales con una vigencia de cinco años, eso sí, sujetas a inspecciones bienales o anuales, respectivamente, lo que supone la existencia no sólo de la auditoría principal o inicial, sino de otras de seguimiento y, en su caso, de renovación (cada tres años), siempre realizadas por la entidad certificadora independiente.

#### **4. Fases del procedimiento**

Las citadas fases o partes del procedimiento aparecen bien identificadas y separadas entre sí en el apartado p) del art. 6 (LM), siendo sucesivas en el tiempo: la primera es la gestión forestal sostenible y la segunda la cadena de custodia. Con un objeto diferenciado, que luego se verá, cada una de las fases tiene una finalidad y regulación específica.

##### **A) Gestión forestal sostenible**

Con la certificación forestal se trata de comprobar, en primer lugar, que la organización, administración y uso de los montes se realiza de forma e intensidad que permita mantener su biodiversidad, productividad, vitalidad, potencialidad y capacidad de regeneración, para atender, ahora y en el futuro, las funciones ecológicas, económicas y sociales relevantes en el ámbito local, nacional y global, y sin producir daños a otros ecosistemas (33). Es decir, va más allá de una mera conservación, mejora, aprovechamiento o regeneración del monte, típico objeto de la silvicultura (34), sino que incorpora actuaciones informadas de valores ambientales y sociales de relevancia, como por ejemplo

---

(32) Para MORA RUIZ (2007:319 y siguientes) uno de los elementos caracterizadores de los instrumentos económicos de mercado es el círculo de información que se crea, de tal modo que sin éste no es posible una aplicación eficaz de estas técnicas de protección.

(33) Apartado e) del art. 6 (LM), y cuyo origen se encuentra en el Apartado D) de la Resolución núm. 1 «*Directrices generales para una gestión sostenible de los bosques en Europa*» de la Segunda Conferencia Ministerial sobre la Protección de los Bosques de Europa, celebrada en Helsinki los días 16 y 17 de junio de 1993, y, también, en el Apartado 2.15 de la Norma UNE 162001: 2001.

(34) Apartado d) del art. 6 (LM).

que en dicha gestión se tengan en cuenta los criterios de biodiversidad del monte (35).

De hecho, la certificación forestal se considera de utilidad para garantizar, fomentar y extender la sostenibilidad (36), siendo un mecanismo para mejorar la gestión forestal. Debe recordarse que el principio de desarrollo sostenible se considera actualmente como paradigma del Derecho Ambiental, de manera tal que se encuentra en la base de estos instrumentos de mercado, a fin de compatibilizar la tutela ambiental con el crecimiento económico, lo que se traduce en un progreso dependiente de objetivos ambientales (37). Por ello estamos ante la concreción forestal del sistema de gestión medioambiental típico de la normalización industrial (38), y que va a ser objeto de la auditoría forestal.

El proceso de evaluación que conforma esta auditoría se articula para acreditar el cumplimiento de determinados estándares. La estandarización supone la traducción de una meta general e intangible, la gestión forestal sostenible, en elementos mensurables (39). Dado que ni en España ni en la Unión Europea se han aprobado unos criterios específicos de gestión forestal sostenible (40), actualmente en nuestro país hay dos sistemas, ambos con implantación y reconocimientos mundiales: FSC (*Forest Stewardship Council*) y PEFC (*Programme*

---

(35) Dictamen CESE NAT/412 sobre «*El papel de los bosques y el sector forestal en el cumplimiento de los compromisos de la UE en la lucha contra el cambio climático*» de 25 de marzo de 2009, Ponente: Seppo Kallio, Apartado 5.6 *in fine*. Es el caso, tanto en el Pirineo como en la Cordillera Cantábrica, de la que se ha venido a conocer como la silvicultura del oso (*Ursus arctos*) y la del urogallo (*Tetrao urogallus*), en donde se subordinan los aprovechamientos comerciales a estructuras forestales adecuadas para la conservación de ambas especies (GUERRA VELASCO 2011: 240).

(36) Dictamen CESE NAT/328 sobre «*Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a un Plan de Acción de la UE para los bosques COM (2006), 302 final*», de 26 de octubre de 2006 (Apartado 3.2.2).

(37) MORA RUIZ (2007: 106 y 107) nos recuerda, por su parte, que el principio de participación está en íntima conexión con el principio de desarrollo sostenible, pilar de la certificación forestal.

(38) ÁLVAREZ GARCÍA (2000: 63).

(39) HERNÁNDEZ *et al.* (2003: 24). Consiste en positivizar las denominadas «*buenas prácticas forestales*», así como profundizar en las mismas. Generalmente se trata de prácticas locales, pero que deben ser compatibles con principios acordados globalmente. Precisamente el citado Dictamen CESE 2014/C451/21 hace basar la gestión forestal sostenible tanto en el principio de sostenibilidad como en estas buenas prácticas (Apartado 5.7).

(40) La Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad Alimentaria, en reunión de 25 de febrero de 2015, respaldó la intención de la Comisión de elaborar, junto a los Estados miembros y las partes interesadas, un conjunto ambicioso, objetivo y demostrable de criterios e indicadores para la gestión forestal sostenible en Europa (Apartado 39 de la Opinión anexa al Informe 2014/2223 (INI) del Parlamento Europeo sobre una nueva estrategia de la Unión Europea en favor de los bosques y el sector forestal, de 1 de abril de 2015, Ponente: Elisabeth Köstinger).

for the Endorsement of Forest Certification), surgidos, respectivamente, en 1993 y 1998, siendo los únicos sistemas internacionales utilizados en España (41).

Aunque todos los sistemas de certificación deben ser comparables y los requisitos que exijan han de ser compatibles con principios internacionalmente reconocidos de gestión forestal sostenible (42), la filosofía de ambos sistemas de certificación forestal es diferente, de conformidad con su origen. La PEFC, que nace en Suecia en 1998 (43), es una entidad plural sin ánimo de lucro, que surge como iniciativa voluntaria del sector privado forestal europeo y, por tanto, fija como objetivos, entre otros, la mejora de la productividad y la promoción del desarrollo socioeconómico en el entorno rural. Además, establece los mecanismos para el reconocimiento mutuo de los sistemas de certificación desarrollados por los distintos países participantes. Es el más arraigado en España pues el Sistema Español de Certificación Forestal adopta los mismos niveles de aplicación de la certificación de la gestión forestal sostenible que los establecidos en el documento técnico del Consejo del PEFC. Precisamente, y ante la insuficiencia en materia forestal de las normas UNE-EN ISO-14002:1996 «*Sistemas de Gestión Medioambiental. Especificaciones y directrices para su utilización*» y UNE 150005:1997 «*Sistemas de gestión medioambiental. Guías y principios generales. Sistemas y técnicas de soporte*» (44), y la laguna en los trabajos estandarizados de la Organización Internacional de Normalización (ISO) (45), se constituyó en el seno de la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR), como única entidad española de normalización forestal (46), el Comité Técnico

---

(41) MARCILLA GARCÍA (2012: 148 y 149). En otros ámbitos geográficos existen otros sistemas, como el SFI («*Sustainable Forestry Initiative*») de aplicación en Estados Unidos y Canadá, el ATFS («*American Tree Farm System*») o el CSA («*Canadian Standards Association*»), los cuales se encuentran actualmente integrados en PEFC.

(42) Exigencias recogidas en el Apartado 15 de la Resolución del Consejo de 15 de diciembre de 1998, ya citada. El art. 111.1 (Texto Refundido de la Ley de Montes de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2017, de 20 de junio), requiere que esos sistemas de certificación han de ser homologables internacionalmente, al igual que el art. 105.1 (LMG).

(43) DEL ÁLAMO JIMÉNEZ (2009: 21).

(44) Los sistemas de ecoauditoría, incluida la certificación forestal, tienen una clara inspiración en el modelo de gestión y control de la calidad en las normas de la serie ISO 9000, y, luego, de la serie ISO 14000, sirviendo de común referencia para las relaciones contractuales bilaterales entre productores y clientes de todo el planeta (ÁLVAREZ GARCÍA 2000: 65).

(45) En la ISO se excluye explícitamente el concepto de «*desempeño ambiental*» de su texto, es decir, no fija requisitos ambientales absolutos en una actividad «*En el caso de los productos forestales primarios, se acredita el manejo sustentable de los bosques, esto es, una certificación más de procesos y cómo queda el sitio después de operaciones de producción, más que una certificación de los propios productos (...)*» (SHEPPARD 2000: 109 y 123).

(46) En virtud de la Resolución de 12 de enero de 2000, de la Dirección General de Industria y Tecnología, por la que se autoriza a AENOR para asumir funciones de normalización en el ámbito de la gestión forestal sostenible. Actualmente, y en virtud de la separación de

de Normalización AEN/CTN 162 para la elaboración de las normas españolas de gestión forestal sostenible, de tal modo que se han adaptado a la gestión de los montes españoles los seis criterios paneuropeos emanados de la Conferencia Interministerial de Helsinki (1993) (47) y, en desarrollo de los anteriores, los 27 indicadores de la de Lisboa (1998) (48). Por contra, el FSC es una organización no gubernamental y también sin ánimo de lucro, fundada en Oaxaca (México) (49), encargada de promover una gestión forestal socialmente beneficiosa, económicamente viable y ambientalmente apropiada para los bosques de todo el mundo. Se basa en unos estándares nacionales (50) que se derivan de otros globales, es decir, es un sistema global que se aplica nacionalmente (51).

---

las actividades de normalización de cualquier actividad de evaluación de la conformidad, impuesta por mandato del art. 10.l) del Reglamento de la Infraestructura para la calidad y la seguridad industrial, aprobado por Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre (en adelante, RIC), tales funciones le corresponderían a la «Asociación Española de Normalización» (UNE).

(47) Los citados criterios paneuropeos son: 1.- Mantenimiento de un incremento apropiado de los recursos forestales y de su contribución a los ciclos globales del carbono; 2.- Mantenimiento de la salud y la vitalidad de los ecosistemas forestales; 3.- Mantenimiento y mejora de las funciones productivas de los bosques (madera y otros productos); 4.- Mantenimiento, conservación y mejora de la diversidad biológica en ecosistemas forestales; 5.- Mantenimiento y mejora apropiada de las funciones protectoras en la gestión forestal (especialmente suelo y agua); y 6.- Mantenimiento de otras funciones y condiciones socioeconómicas.

(48) Fruto de los trabajos del AEN/CTN 162, se aprobaron, tras el correspondiente trámite de información pública otorgado por la Resolución de 22 de enero de 2001 de la Dirección General de Política Tecnológica, las normas técnicas que deben cumplirse para obtener el certificado y marca PEFC de gestión forestal sostenible: UNE 162001: 2001 «Gestión forestal sostenible. Vocabulario, terminología y definiciones», UNE 162002-1: 2001 «Gestión forestal sostenible. Criterios e Indicadores de la unidad de gestión. Parte 1: Criterios e indicadores genéricos», UNE 162002-2: 2001 «Gestión forestal sostenible. Parte 2: Criterios e indicadores complementarios para la evaluación a escala regional», UNE 162003: 2001. «Gestión forestal sostenible. Criterios de cualificación de auditores forestales», y UNE 16204: 2001 «Gestión forestal sostenible. Criterios de cualificación de las entidades de certificación». Estas normas se aprobaron por los órganos de gobierno de AENOR el 4 de junio de 2001 y publicadas y editadas como normas UNE por el Ministerio de Ciencia y Tecnología por Resolución de 10 de septiembre de 2001.

(49) SHEPPARD (2000: 107).

(50) En 1996 se constituyó el «Grupo de Trabajo para la elaboración de los Estándares Españoles de Gestión Forestal para la Certificación FSC» y, tras trece años de trabajo, FSC aprobó en enero de 2006 unos Estándares Españoles (DEL ÁLAMO JIMÉNEZ 2009: 21).

(51) MARCILLA GARCÍA (2012: 149): el sello FSC cuenta con el apoyo de entidades conservacionistas, como WWF, Greenpeace o Amigos de la Tierra, así como de las asociaciones de comercio justo y similares. Es preciso señalar que entre estas dos entidades existe una enconada rivalidad. Como ejemplo, en 2011 un informe redactado por varias asociaciones ecologistas criticaron que PEFC presuntamente se limitaba a certificar el *statu quo* del monte, sin exigir cambiar o buscar mejoras en las prácticas forestales (MONTERO 2011: 12). Por otro lado, también ha habido denuncias que empresas del grupo ENCE, fabricante de pasta de papel, había obtenido la certificación forestal para sus plantaciones de eucalipto tanto por el sistema FSC como PEFC,

## B) Cadena de custodia

Aunque no se cite expresamente con tales términos, lo cierto es que es inherente a la certificación forestal la realización de un seguimiento fiable de las materias primas de origen forestal y sus derivados, desde su origen y pasando por los diferentes procesos de transformación hasta llegar al producto final certificado. Fase posterior a la certificación de la gestión forestal, y vinculada a la misma, se produce el seguimiento del producto forestal certificado, y se asegura la rastreabilidad del mismo y sus derivados, elaborados a través de las distintas fases del proceso productivo hasta llegar al producto final certificado (52), que puede portar el logotipo y la marca registrada (53). En definitiva, lo que la certificación forestal está realizando es una comprobación de todo el proceso monte-industria-consumidor, de tal manera que cuando el producto forestal certificado tiene entrada en el proceso industrial quede identificable clara y permanentemente en todo momento y controlados todos sus pasos, permitiendo que el consumidor acceda a un producto garantizado en su sostenibilidad, tanto en su origen como en su posterior manipulación.

La cadena de custodia se ha definido doctrinalmente como un *iter* continuo de aceptabilidad que garantiza la seguridad física de ejemplares, datos y productos (54). En definitiva, estamos ante un aval de la trazabilidad del producto forestal. En éste y en otros ámbitos se utiliza el galicismo *trazabilidad* como modo de seguir el trazo o la traza de un producto en su cadena de transformación, de ahí que quepa definirla como el proceso por el cual se verifica la fuente de un producto y sus distintas etapas (55).

---

logrando la primera con el aval de grupos ecologistas (ANDRADE 2011: 30 a 33). Sin embargo, la Unión Europea no les ofrece trato diferenciado como nos lo ilustra el Informe del Parlamento Europeo sobre la ejecución de una estrategia forestal para la Unión Europea [2005/2054 (INI)], de 31 de enero de 2006, Ponente: Heinz Kindermann, cuando expresamente «(...) *considera que los sistemas de certificación del FSC y del PEFC son igualmente adecuados para este fin (...)*», a la par que hace un llamamiento a la conciliación entre los dos cuando «(...) *pide que se fomente el reconocimiento mutuo de ambos enfoques de certificación*» (Apartado 32). Y ello a pesar de que la PEFC se adapta más a la realidad europea y su desarrollo fue recomendado por el propio CESE a través de su Dictamen NAT/034 núm. 1138/99 sobre «*Una estrategia de la UE para el sector forestal*», de 9 de diciembre de 1999, al demandar «(...) *una certificación forestal adecuada a las circunstancias europeas*» (Apartado 2.2.1 *in fine*).

(52) En el caso de la madera incluye todas las etapas del proceso: corta, transporte, procesamiento, distribución y comercialización.

(53) MARCILLA GARCÍA (2012: 149).

(54) SHEPPARD (2000: 118), citando a la *American Society for Quality Control, Energy and Environmental Quality Division*.

(55) ALI ARANGUREN (2009: 326 y 327), quien repasa las diferentes concepciones que de trazabilidad existen en la doctrina y en las normas de estándares. Para BLASCO HEDO (2015: 145) la trazabilidad de un producto significa ser capaz de transmitir y guardar información respecto al producto en cada entrega u operación que se realice con él. En el Reglamento

La trascendencia jurídica de probar el origen de los aprovechamientos forestales y su trazabilidad nos la muestra la jurisprudencia. Así, para el caso de las setas, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Lérida núm. 51/2015, de 11 de febrero (56), confirmó una sanción por posible intoxicación de ingestión de setas por venta de las mismas en un establecimiento en que por el propietario «(...) *no se acredita el origen de las setas que se venden en el local en el momento de la inspección*» (F.D. 6º).

Realmente la certificación forestal se expide al final de la fase anterior, pero sirviendo de base para poder realizar el seguimiento desde su procedencia hasta que el producto lo recibe el consumidor, quien obtiene la información a través de la correspondiente etiqueta con el logo, previa expedición de un certificado propio, el de cadena de custodia (CdC), prolongación o continuación de la propia certificación forestal (57). Por ello este distintivo es la denominada *figura de calidad o marca de conformidad* con las normas técnicas, diferente de la certificación forestal, pero consecuencia de ésta. Ambas son marchamos de confianza, pero que actúan en diferentes fases del procedimiento, aunque el destinatario último de ambas sea el consumidor final. De ahí que la concesión de estas marcas de conformidad es el resultado concreto y último del proceso de certificación (58).

Al igual que en el etiquetado ecológico, el forestal tiene un carácter correctivo y una función distintiva e informativa (59). Correctiva pues se enmarca en una estrategia que persigue un fin general, en este caso la gestión forestal sostenible. Distintiva porque permite diferenciarse en sus características respecto a productos similares. E informativa porque se ofrecen sus datos al consumidor.

El etiquetado relacionado con la certificación forestal puede consistir en una marca registrada (60), como es el caso, a modo de ejemplo ilustra-

---

(UE) 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre, la trazabilidad consiste en identificar en toda la cadena de suministro a los agentes o comerciantes que hayan suministrado la madera y sus productos y a los que se les haya transmitido, debiendo conservar esta información durante al menos cinco años (art. 5).

(56) Procedimiento Abreviado núm. 647/2013, Magistrado-Juez: Dña. Eila Soteras Garrell.

(57) Esta distinción aparece muy clara en la Decisión 1600/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de julio de 2002, por la que se establece el Sexto Programa de Acción Comunitaria en Materia de Medio Ambiente, donde diferencia, por un lado, «*la certificación de la gestión sostenible de los bosques*» y, por otro pero seguidamente, «*el etiquetado de los productos relacionados con el sector*» (tercer punto del Apartado h) del art. 6.2).

(58) ÁLVAREZ GARCÍA (2000: 75).

(59) CONESA FERNÁNDEZ-VITOLA (1997: 359).

(60) La ya meritada Comunicación COM (1998) 649 final, Apartado III.D.4.

tivo, de la marca de garantía Pino Soria-Burgos (61) cuyos montes han sido certificados mediante sistema PEFC. Para ello se exige la previa obtención de la licencia de uso de la marca por parte de todos los usuarios de la misma (62). Generalmente se trata de un nombre o de un logo que sirve para distinguir ese producto del de otras organizaciones, por lo que la entidad titular de la marca tiene el derecho a suspender la autorización de uso. Puede emplearse sobre el mismo producto tangible, como soporte físico, y también con fines educativos o promocionales, lo que se denomina «uso fuera del producto» (63).

La etiqueta será necesaria en el «análisis del ciclo de vida» (ACV), que es el instrumento de gestión ambiental adecuado por el que apuesta la Unión Europea, de conformidad con el Dictamen CESE 2015/C230/06, «Contribución del sector de la madera al balance del carbono», de 10 de diciembre de 2014, Ponente: Ludvík Jirovec, Apartado 3.1. Este Dictamen considera el ACV como un instrumento para detectar la contaminación ambiental y evaluar las repercusiones causadas por un proceso, un producto o una actividad. Es un instrumento útil que servirá a la industria en su búsqueda de modelos de toma de decisiones de orden práctico destinados a desarrollar productos respetuosos con el Medio Ambiente.

Es preciso no confundir este distintivo forestal de otras figuras afines, como el Marcado CE de conformidad en los productos de madera. Regulado en la Directiva 89/106/CEE de Productos de Construcción, modificada por la Directiva 93/68/CEE, que forma parte del conjunto de Directivas de Nuevo Enfoque (64), prevé un obligado marcado de seguridad que acredita el cumplimiento de unos requisitos mínimos imprescindibles para poder comercializar ciertos productos de construcción, en nuestro caso de origen forestal (65), en el territorio de la Unión Europea. Como quiera que el objeto de verificación es distinto, ambos distintivos son inintercambiables y compatibles entre sí.

---

(61) Que cuenta con un signo distintivo propio y específico, así como un Reglamento de uso de la marca, aprobado el 1 de julio de 2006.

(62) Una vez que la entidad de certificación conceda el certificado de gestión forestal sostenible solicita a PEFC o a FSC la sublicencia de uso de sus respectivos logos, trasladándola al particular junto a los certificados de gestión forestal sostenible o de cadena de custodia.

(63) También pueden darse casos de empleo fraudulento, pues aunque autorizando la marca para un producto, es posible que una empresa trate de utilizar el símbolo para todos sus productos o para hacer publicidad en general (SHEPPARD 2000: 117).

(64) Implementadas en España mediante el Real Decreto 1630/1992, de 29 de diciembre, por el que se dictan disposiciones para la libre circulación de productos de construcción, en aplicación de la Directiva 89/106/CEE, así como sus modificaciones.

(65) Son «producto de construcción» cualquier producto fabricado para su incorporación con carácter permanente a las obras de construcción, incluyendo tanto las de edificación como las de ingeniería civil (art. 1.2).



Tampoco cabe identificar la certificación forestal y la cadena de custodia con el sistema de diligencia debida (*due diligence*), expresamente regulado, por ejemplo, en Galicia (art. 104 LMG, y Disposición Adicional Segunda del Decreto 50/2014, de 10 de abril, por el que se regulan los aprovechamientos madereros y leñosos, de corcho, de pastos y micológicos en montes o terrenos forestales de gestión privada en la Comunidad Autónoma de Galicia y el contenido, organización y funcionamiento del Registro de Empresas del Sector Forestal). De hecho, dicho precepto legal viene a reconocer la distinción al citarlos diferenciadamente. La diligencia debida supone que los productores y comercializadores disponen de un sistema para la evaluación y minimización de riesgo de entrada en los mercados de madera y productos de madera procedentes de talas ilegales, especialmente de terceros países. Para ello estos agentes se deben inscribir en un Registro a través de una declaración responsable (66), siendo la Administración regional (67) la encargada de realizar los controles para verificar su cumplimiento. Materialmente, ese sistema contiene unas obligaciones establecidas para los operadores en los mercados de la madera y productos de la madera en el marco del Reglamento (UE) núm. 995/2010, ya citado (art. 4.2 y 6) (68), de tal manera que las empresas que comercialicen

---

(66) Disposición Adicional 10ª (LM).

(67) Aunque es responsabilidad de todas las Administraciones públicas el control de la legalidad del origen de los productos forestales, cada una dentro de su ámbito competencial, poniendo todos los medios para evitar la introducción en el mercado europeo a través de nuestro país de madera y productos forestales cuyo origen no sea legal (Exposición de Motivos de la Ley 21/2015, de 20 de julio, que modifica la LM).

(68) En base al mismo, y en los términos contenidos en el citado Dictamen CESE NAT/412, de 25 de marzo de 2009, «*La UE ha desarrollado un procedimiento denominado FLEGT para impedir la venta en los mercados comunitarios de madera talada ilegalmente, así como de sus productos derivados. Por medio de un sistema de asociación específico para cada país, el sistema de licencias FLEGT fomenta y apoya la gestión forestal sostenible en los países a trabajar juntos de manera más estrecha (...)*» (Apartado 9.3). En parecidos términos el también calendado Informe del Parlamento Europeo 2005/2054 (INI): «*Acoge con satisfacción el plan de acción FLEGT que la comisión ha introducido para combatir el problema de la madera explotada ilegalmente; considera que ésta crea por un lado graves problemas medioambientales y sociales, y, por otro, un desequilibrio en el comercio con productos fabricados con madera y pérdidas económicas par la industria maderera (...)*» (Apartado 5). Con arreglo a este sistema, regulado en España por el Real Decreto 1088/2015, de 4 de diciembre, para asegurar la legalidad de la comercialización de madera y productos de la madera, determinados productos de la madera exportados de un país socio y que entran en la Comunidad por cualquier punto aduanero designado deben quedar abiertos por una licencia, denominada licencia FLEGT, la cual garantiza que el envío cumple con los requisitos de este sistema (art. 2 del Reglamento (CE) 2173/2005, del Consejo, de 20 de diciembre, relativo al establecimiento de un sistema de licencias Flegt aplicable a las importaciones de madera en la Comunidad Europea, desarrollado por el Reglamento (CE) 1024/2008, de la Comisión de 17 de octubre de 2008). Hasta hace poco los países exportadores de la madera y productos derivados con los que la Unión Europea ha suscrito convenios bilaterales han

por primera vez madera y sus derivados dentro de la Unión Europea deberán demostrar la legalidad en origen y deberán identificar, cuando sea necesario, a los agentes a los que se les ha suministrado estos productos. El resto de actores en la cadena de fabricación y comercialización deberán demostrar, así mismo, la trazabilidad de la materia prima por un plazo mínimo de cinco años. Desde luego, en el caso de madera certificada, por proceder de bosque bajo acreditación de una gestión forestal sostenible, garantiza la legalidad y el cumplimiento de la diligencia debida.

Otra figura con la que no debe confundirse la certificación forestal es el Sistema de Garantía de Origen, que asegura la procedencia de la energía a partir de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia (69). Aunque se trata de verificar la trazabilidad de la energía y, por tanto, de su fuente y así poder informar debidamente al consumidor (70), es evidente que el objeto de estas figuras es diferente: el monte en el caso de la certificación forestal y la energía en el del Sistema de Garantía de Origen, sin que nada obligue a que, en el caso de energía procedente de la biomasa,

---

sido Camerún, Indonesia, Ghana, República Centroafricana, Liberia y República del Congo (RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO 2016: 676). A la vista de este listado se entienden mejor las siguientes palabras contenidas en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo COM (2003) 251 final «*Aplicación de las leyes, gobernanza y comercio forestales (FLEGT). Propuesta de plan de acción de la Unión Europea*», de 21 de mayo de 2003: «*La tala clandestina se concentra, principalmente, en los países en vías de desarrollo y en las economías emergentes, pero la demanda internacional de madera favorece un sustancioso mercado en el que operadores sin escrúpulos se abastecen y comercian con madera producida ilegalmente. La Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos ha calculado que el comercio mundial de madera supone más de 150 MM€ al año. Hay sólidos indicios que demuestran que una parte importante de este comercio probablemente se basa en madera obtenida de forma clandestina, tal como lo señala el Banco Mundial en su Análisis anual de la ensueño refirió con política forestal mundial de 1999 (...)*» (Apartado 4.2). Dentro de esa madera calificada de clandestina, algunas ONGs han incluido la conocida como «*madera de guerra*», es decir, la utilizada en algún punto de su cadena de custodia por grupos armados, por facciones rebeldes, soldados regulares o de la Administración civil, con el objeto de perpetuar un conflicto o beneficiarse de las situaciones de conflicto.

(69) REYES LÓPEZ (2016: 220).

(70) Art. 110 bis del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica. De conformidad con el Apartado Segundo de la Circular 1/2008, de 7 de febrero, de la Comisión Nacional de Energía, de información al consumidor sobre el origen de la electricidad consumida y su impacto sobre el medio ambiente, «*El etiquetado de la electricidad es un mecanismo diseñado con el fin de suministrar información fidedigna y homogénea a los clientes finales acerca de la electricidad que consumen, proporcionándole un formato uniforme, con independencia del comercializador o distribuidor que le ha vendido la energía, con información precisa sobre: El desglose de las fuentes de energía que se han utilizado para generar la electricidad que han consumido. El impacto ambiental que dicha producción ha originado*».

ésta sea de montes certificados, por lo que tampoco existe una exigencia legal de vinculación entre ambas.

Por último, otra figura diferente es la certificación del comercio justo. Ésta acredita un intercambio comercial basado en el diálogo, la transparencia, y el respeto, que busca una mayor equidad en el comercio internacional (71). Aunque, como vemos, ha sido reconocida su existencia por la Unión Europea, lo cierto es que no puede equipararse su nivel de regulación al de la certificación forestal. Además, y es lo importante, la certificación forestal se centra en la gestión forestal sostenible, mientras que la etiqueta del comercio justo acredita especialmente aspectos sociales, tales como la garantía de ingresos justos (72).

## 5. Objeto

En base al concepto de certificación forestal de la Comunicación COM (1998) 649 final, ya referenciada, la doctrina ha entendido que el objeto de la certificación, lo que se certifica, es un bosque (73). Ciertamente dicha Comunicación puede inducir a error por su tenor literal, y ello por dos motivos. El primero, por el uso del término bosque en vez de monte. Ya se ha estudiado en anteriores ocasiones (74) la distinción entre estos dos términos: apuntaremos brevemente que bosque es una parte del monte, precisamente ésa en donde predominan ejemplares leñosos y espesura. De ahí que las definiciones positivas de bosque, siendo la última de todas la contenida en el art. 1.6 del Reglamento (UE) 2018/841 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018, sobre inclusión de las emisiones y absorciones de gases de efecto invernadero resultantes del uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura en el marco de actuación en materia de clima y energía hasta 2030, y por el que se modifican el Reglamento (UE) núm. 525/2013 y la Decisión núm. 529/2013/UE, pivoten sobre estos parámetros (75). En

---

(71) Anexo de la Comunicación Comisión COM (2009) 215 final, al Consejo, al Parlamento Europeo y al CESE, «*Contribución al desarrollo sostenible: el papel del comercio justo y de los sistemas no gubernamentales de garantía de la sostenibilidad comercial*», de 5 de abril de 2009.

(72) Se encuentran recogidos en la Resolución del Parlamento Europeo 2005/2245 (INI) sobre comercio justo y desarrollo, de 16 de junio de 2006.

(73) PRIETO ÁLVAREZ (2005: 134).

(74) GARCÍA ASENSIO (2017: 49 a 56) y GARCÍA ASENSIO (2018: 121 y 122).

(75) Según este precepto se entiende por bosque todo espacio de tierra definido por los valores mínimos de superficie, de cubierta de copas o de densidad de población equivalente, y de altura potencial de los árboles en su madurez en su propio lugar de crecimiento, tal como se especifica para cada Estado miembro en el anexo II (1,00 hectárea y 20% de cubierta de copas para España) del Reglamento. Comprende superficies arboladas, incluidas masas de árboles jóvenes naturales en desarrollo, o plantaciones que aún tengan que alcanzar los

cambio, monte es un término con un sentido mucho más amplio que el de bosque, pues ex. art. 5.1 (LM) abarca, además, las superficies arboladas no encajables en el concepto de bosque, las arbustivas, los yermos, roquedales y arenales, entre otras. De ahí que el uso de bosque en una norma comunitaria no resulte extraño, pero sí cuando se analiza desde el punto de vista del Derecho español, y más cuando la certificación forestal no es exclusiva de la madera, sino que es extensible a los restantes aprovechamientos forestales.

El segundo motivo porque el bosque, como soporte físico, no se incluye como objeto de certificación en ninguna otra norma en el ordenamiento jurídico español, no habiendo sido asumida por el legislador estatal ni el autonómico.

Ciertamente el objeto de la certificación forestal es bifronte, de conformidad con las dos partes en que se divide: el monte, en el caso de la gestión forestal sostenible, y el producto forestal, en el caso de la cadena de custodia. El monte, como terreno en el que vegetan especies forestales tanto arbóreas como arbustivas, de matorral o herbáceas, bien sean espontáneamente o procedan de siembra o plantación (art. 5.1 LM), es el objeto de la gestión forestal, como bien establecen los apartados c) y e) del art. 6 (LM) al conceptualizar la gestión forestal siempre referida a un monte. En cambio, y como contraste, es el producto forestal, como derivado del aprovechamiento forestal, el que es objeto de la fase de cadena de custodia. Al fin y al cabo es completamente lógica esta distinción, pues debemos recordar que monte y aprovechamiento forestal son dos objetos jurídicamente separados, ya con fundamento en el art. 149.1.23º (CE) (76). En consecuencia, ambos se sujetan a normas y a tratamientos diferenciados, de conformidad con sus respectivas naturalezas jurídicas.

Como se ha dejado dicho, la madera no es el único aprovechamiento forestal susceptible de certificación forestal. Ciertamente los aprovechamientos forestales maderables (77) y leñosos son los más certificados, por ejemplo la

---

valores mínimos de cubierta de copas o de una densidad de población equivalente o la altura mínima de los árboles tal como se especifica en dicho anexo II (3 metros para España), incluida cualquier superficie que, aunque normalmente forme parte de un espacio forestal, se encuentre desprovista de árboles temporalmente como resultado de la intervención del hombre, como operaciones de extracción, o de alguna causa natural, pero de la que se espere que vuelva a ser bosque más adelante.

(76) A este respecto, y para ampliar esta cuestión, nos remitimos a GARCÍA ASENSIO (2017: 96 y siguientes).

(77) GARCÍA ASENSIO (2017: 207-213): la diferencia entre aprovechamientos madereros y no madereros viene dada más por la importancia que desde antiguo tiene la madera en nuestros sistemas forestales que por otras razones, incluso jurídicas. Responde a la tradicional y desfasada clasificación entre aprovechamientos forestales primarios o principales y aprovechamientos forestales secundarios, distinción que se ha abandonado dado que no existe una preferencia apriorística de los primeros.

madera y la biomasa (78), pero nada obsta para que los restantes también puedan serlo, como es el caso de las hojas y frutos en rama del acebo (*Ilex aquifolium*) en Soria (79). Corcho, frutos silvestres, plantas medicinales y aromáticas (80), y especialmente la resina, demandan certificarse, en cuyo caso podría exigirse, para obtener el certificado de cadena de custodia, que se hayan establecido procedimientos de certificación específicos debidamente aprobados.

## 6. Elementos subjetivos

La LM deja claro que, como cualquier otro procedimiento de evaluación, el de certificación forestal recae sobre una tercera parte independiente, y será la responsable de llevarlo a efecto. De este modo, en este procedimiento encontramos tres sujetos. El primero, el sujeto pasivo, que es el titular del monte o del aprovechamiento forestal (81) objeto de auditoría, que no ha de ser necesariamente el mismo, y que puede ser una Administración pública o un sujeto privado. Es el denominado gestor forestal, persona física o jurídica responsable de la gestión del recurso y de la empresa forestal, así como del sistema y estructura de la gestión, de la planificación y de los trabajos de campo (82). Tiene la obligación de sufragar el procedimiento y el derecho a obtener la «*garantía escrita*» finalizadora del mismo. Asimilable al citado titular es el adquirente que, sin ser el consumidor final, compra y/o procesa el elemento forestal certificado, y que con su intervención respalda y ayuda a sufragar el procedimiento de certificación.

En cambio, el principal sujeto activo es la entidad auditante, lo que la LM denomina «*tercera parte independiente*». Estas entidades de certificación son personas naturales o jurídicas cuya finalidad es la de establecer la conformidad de una determinada empresa, producto, proceso, servicio o persona a los requisitos definidos en normas o especificaciones técnicas (art. 20 RIC). Quedan sujetas al Derecho privado, sin perjuicio de la tutela que pueda ejer-

---

(78) De ahí que el Decreto 1/2012, de 12 de enero, por el que se regulan los aprovechamientos maderables y leñosos en montes y otras zonas arboladas no gestionadas por la Junta de Castilla y León, contemple expresamente esta situación (art. 11).

(79) La práctica totalidad de la producción de acebo como ornamento típico navideño que se explota bajo la marca «Acebo de Soria» está certificada por PEFC y se adquiere fundamentalmente en Madrid, Barcelona, Soria y Valencia.

(80) BHATTACHARYA *et al.* (2008: 35).

(81) Acertada aclaración que efectúa el art. 63 bis.1 de la Ley Foral 13/1990, de 31 de diciembre, de Protección y Desarrollo del Patrimonio Forestal de Navarra (en adelante, LFPFN), en la redacción dada por la Ley Foral 3/2007, de 21 de febrero.

(82) Definición obrante en el Apartado 2.16 de la Norma UNE 162001: 2001.

cer la Administración pública, con personalidad jurídica propia y sin carácter lucrativo, encargadas de elaborar en su seno las normas técnicas aplicables mediante un procedimiento de naturaleza también privada (83). Su principal activo es su independencia, que debe ser generalizadamente reconocida, a ser posible a nivel internacional, de tal manera que se garantice la debida neutralidad e imparcialidad, especialmente respecto de gobiernos y organismos internacionales (84).

Para ser una entidad de certificación debe obtenerse previamente la correspondiente acreditación, entendiéndose por tal la herramienta internacional (85) concebida para generar confianza sobre la adecuada gestión de una determinada actividad. En España es la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) el único (86) organismo nacional de acreditación, dotado de potestad pública (87) reconocida legalmente (88) para, previas las correspondientes

---

(83) ÁLVAREZ GARCÍA (2000: 60). No obstante, la Administración pública está obligada a intervenir, tanto al publicar el anuncio en el BOE del trámite de información pública (apartado e) del art. 11 del RIC), como de la publicación en el mismo Boletín de la norma aprobada del organismo de normalización (apartado f) del art. 11 RIC).

(84) GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ (2005: 873), y art. 22 (RIC).

(85) Se han de someter a verificaciones anuales de la «*Accreditation Services internacional*» (ASI), y están obligadas a cumplir con los criterios generales de acreditación de entidades de certificación contenidos en la Norma UNE-EN ISO/IEC 17021-1.

(86) Desde el art. 4.1 del Reglamento (CE) 765/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de julio de 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) núm. 339/93, cada Estado miembro de la Unión Europea debe designar un único organismo nacional de acreditación. La STC 20/2014, de 10 de febrero, Conflicto positivo de competencia núm. 2511/2011, Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Valdés Dal-Ré, confirma que es constitucional esta designación de la ENAC como única entidad de acreditación. Todas las entidades de acreditación deben ser miembros de la «*Internacional Accreditation Forum*» (IAF) e implementar los procedimientos contenidos en la Norma ISO/IEC 17011:2004.

(87) Aunque, como bien apunta GONZÁLEZ RÍOS (2018: 24), resulta paradójico que, por un lado, se le dote de la condición de *autoridad pública*, lo que nos remitiría a algún tipo de organismo público vinculante o dependiente de una Administración pública, y, por otro, se haya constituido como una Asociación, como así figura en sus Estatutos.

(88) Art. 1 del Real Decreto 1715/2010, de 17 de diciembre, por el que se designa a la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) como organismo nacional de acreditación. Disposición lógica, y que afecta a todos los sectores de la auditoría en materia ambiental, como el EMAS, cuyos verificadores deben obtener la acreditación también de la ENAC (art. 11 del Real Decreto 239/2013, de 5 de abril, por el que se establecen las normas para la aplicación del Reglamento (CE) núm. 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), y por el que se derogan el Reglamento (CE) núm. 761/2001 y las Decisiones 2001/681/CE y 2006/193/CE de la Comisión).

auditoría y evaluación (89), otorgar acreditaciones (90). Las entidades de certificación deberán cumplir con los requisitos establecidos por ENAC (91) y serán las responsables de realizar las auditorías, de conceder, suspender o modificar la certificación forestal, y controlar el uso del certificado concedido y de la marca.

Además, de estas entidades de certificación depende otra figura, la de los auditores, que son profesionales competentes que conocen los procesos de certificación y de la gestión forestal sostenible o la cadena de custodia (92) que les permita actuar con la debida independencia y solvencia técnica. Cada equipo auditor deberá contar, al menos, con un auditor jefe cualificado, de acuerdo con la Norma UNE 162003.

Diferentes de las entidades de certificación son las asociaciones que diseñan los sistemas de certificación forestal, que ya se han visto, y que también tienen un papel activo, puesto que, aunque no emiten certificaciones y no participan de la nota de independencia, son las que determinan los sistemas de gestión y otorgan los sellos y marcas.

El tercer sujeto interviniente es el consumidor final entendiendo por tal lógicamente, el conceptuado en el art. 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre: «(...) son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial». Realmente es el sujeto más importante, pues sobre él y sus decisiones responsables pivota todo el sistema: es quien

---

(89) Que se repetirán tanto para el mantenimiento como para la renovación de la acreditación (Apartados 4 y 5 del Reglamento General de Certificación de Sistemas de Gestión y de sus Marcas de Conformidad, aprobado el 16 de diciembre de 2016).

(90) El requisito de acreditación de los organismos de control no es contrario al acceso a una actividad, según pone de relieve la STS, Sala de lo Contencioso, núm. 596/2017, de 4 de abril, Rec. núm. 4467/2015, Ponente: Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor, F.D. 4º.

(91) Recogidos en el documento NT-28 «*Requisitos particulares para la acreditación*», que se remite también a los establecidos en el PAC-ENAC-EC y en las normas UNE-EN ISO/IEC 17021 y UNE-EN ISO/IEC 17065. En caso de que desde alguna Administración pública se decidiera entrar a regular esta figura, y de conformidad con la STC 141/2016, de 21 de julio, Conflicto positivo de competencia núm. 4911/2013, Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Ollero Tassara, al tener una más estrecha conexión con la materia ambiental que con la industria, prevalece aquel título competencial, le correspondería a las Comunidades Autónomas.

(92) Para ello han de cumplir con la Norma UNE-EN ISO 19011 «*Directrices para la auditoría de los sistemas de gestión de la calidad y/o medio ambiental*», así como con la citada Norma UNE 162003.

ejerce por medio de la demanda una presión sobre propietarios e industrias de tal manera que les incita a producir y poner en el mercado un bien con unas peculiaridades y concretas características. Es decir, obliga a los diferentes actores del mercado a satisfacer sus demandas de calidad y seguridad. No obstante, no hay que incurrir en ingenuidad, por cuanto esos actores también pueden influir en las preferencias y hábitos de compra de los consumidores, pero estamos ante una relación bidireccional, en la que el consumidor también desempeña un papel activo.

## 7. Caracteres de la certificación forestal

Aunque la normativa actualmente existente se obtiene de regular el procedimiento de la certificación forestal, al entender que se trata de una competencia de los operadores privados, el legislador sí aporta unas notas que deben informar dicho procedimiento, caracterizando jurídicamente la certificación forestal.

### A) Es un instrumento de mercado

Se trata de una nota obvia (93), porque con el mismo se pretende alcanzar un objetivo de interés general (la gestión forestal sostenible) utilizando el mercado y su lógica de la búsqueda del máximo beneficio (94), pero que también ha tenido su reconocimiento expreso. Así, ya el citado Dictamen CESE AGR/602, de 24 de abril de 1997 (Apartado 6.1.3), determinaba que las certificaciones forestales se rigen «*mediante las leyes del mercado*» para la consecución de sus objetivos. De ahí que no sea extraño que en la tan citada Comunicación COM (1998) 649 final, Apartado III.D.4, se reconozca que «*Los sistemas de certificación forestal y de etiquetado son instrumentos basados en el mercado (...)*». O que la Resolución del Consejo de 15 de diciembre de 1998, también reseñada, señale que «*los sistemas de certificación forestal son instrumentos de mercado (...)*» (Apartado 15). O que en el Sexto Programa de Acción de la Comisión Europea en materia de Medio Ambiente «*Medio Ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos*» (95), se proponga como uno de los cinco ejes prioritarios de acción estratégica la colaboración con el

---

(93) De ahí que la doctrina haya coincidido unánimemente en ello (v.gr. PRIETO ÁLVAREZ 2005: 135).

(94) Lo que BETANCOR RODRÍGUEZ (2004a: 33) predica del EMAS, perfectamente aplicable a la certificación forestal, en donde coinciden el interés privado de incrementar o mejorar la posición competitiva del particular con el interés público de la protección ambiental en general y forestal en particular.

(95) Comunicación COM (2001) 31 final, de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Consejo Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 24 de enero de 2001.



mercado, siendo una de las vías de articulación una aplicación más amplia del sistema comunitario de gestión y auditoría ambientales (EMAS) y la promoción de la utilización de la etiqueta ecológica, y de la evaluación de su eficacia, para concretar en la necesidad de estimular el aumento de la cuota de mercado de la madera producida de forma sostenible mediante, por ejemplo, el fomento de la certificación de la gestión forestal sostenible y del etiquetado de los productos relacionados [art. 6.2.h)].

Pero no sólo por este motivo. La certificación forestal se configura por definición como una herramienta de distinción y, por tanto, de competitividad para las empresas y diversos sectores económicos forestales (96). Además, a la marca que es propia de la fase de la cadena de custodia, al coincidir en su naturaleza jurídica con la etiqueta ecológica, le es también extensiva la nota de instrumento de mercado que caracteriza a ésta (97).

Es más, cuando se ha tratado de reformar los mercados forestales se ha considerado a la certificación forestal como «*ejemplo fundamental*» a seguir, aunque, a continuación se reconozcan sus limitaciones: aporta principalmente beneficios que no se pueden usar, sólo valorar, y que, en definitiva, únicamente añade una contribución marginal a la ejecución de la gestión forestal sostenible, especialmente en los países en desarrollo (98), como luego se verá. En general no hay que olvidar que estamos inmersos en una economía responsable, en donde la actuación de los agentes del mercado ha de estar encaminada también a la protección de intereses generales, en este caso el Medio Ambiente. Dentro de este marco deben ubicarse las certificaciones forestales como mecanismo de verificación forestal que ponga de relieve la gestión forestal sostenible implantada en el monte auditado.

## B) Voluntariedad

Como consecuencia de la anterior nota y de la idea de que el cumplimiento de los reglamentos, entendidos éstos como normas jurídicas de carácter general y de obligado cumplimiento, no es suficiente para garantizar que no se producirá una degradación del entorno (99), la certificación forestal no puede configurarse como un instrumento preceptivo, sino de fomento de la

---

(96) MARCILLA GARCÍA (2012: 149). Siendo cierta esta afirmación, es preciso matizarla, pues ya se ha constatado que las pequeñas empresas tienen una participación limitada en el procedimiento de certificación forestal, pues no pueden beneficiarse de economías de escala que absorban los mayores costes y por la ausencia de espacio en que se puede segregar los productos certificados (SHEPPARD 2000: 122).

(97) Comunicación COM (1998) 649 final, Apartado III.D.4.

(98) LJUNGMAN *et al.* (1999: 31-33).

(99) CASCIO *et al.* (1997: 61), citado también por ÁLVAREZ GARCÍA (2000: 61).

gestión forestal sostenible, por lo que su adopción debe ser siempre voluntaria, sin que ninguna norma imponga a los particulares participar en el sistema, con independencia de los motivos que hayan guiado la decisión (100). Es decir, cada gestor forestal, bien de montes, bien de aprovechamientos forestales, decide acogerse a este sistema de normas técnicas enmarcadas en una estrategia de protección ambiental proactiva (101) para competir en mejores condiciones en un libre mercado (102), sin que una Administración pública o un tercero particular se lo haya impuesto. Este carácter es consecuencia lógica de las normas técnicas que se aplican, las cuales también son voluntarias, y, como se ha visto, elaboradas por organismos de normalización, que son sujetos privados (103).

Desde la Unión Europea se apuntó desde el primer momento a esta voluntariedad, como puede comprobarse en los citados Comunicación COM (1998) 649 final (Apartado III.D.4), en la Resolución del Consejo de 15 de diciembre de 1998, (Apartado 15), y en los Dictámenes CESE NAT/328, de 26 de octubre de 2006 (Apartado 3.2.2) y 2014/C451/21 sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al CESE y al Comité de las Regiones COM (2013) 659 final «Una nueva estrategia de la Unión Europea en favor de los bosques y el sector forestal», de 10 de julio de 2014, Ponente: Seppo Kallio (Apartado 1.9). Esta exigencia comunitaria resulta del todo punto lógica a la vista de que también lo es del sistema EMAS (104), del que es deudor toda la estructura de la certificación forestal (105). La LM le concede una importante relevancia desde el momento en que reitera su cita en dos ocasiones: apartado p) del art. 6, y en el art. 35 (106).

La voluntariedad es una nota jurídicamente relevante para considerar que nos encontramos ante la técnica de la certificación propiamente dicha,

---

(100) GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ (2005: 873).

(101) CASCIO *et al.* (1997: 61).

(102) Precisamente la voluntariedad, al igual que en la ecoetiqueta, convierte a la certificación forestal en «un instrumento de mercado de considerable valor estratégico» (GONZÁLEZ RÍOS (2006: 216), siguiendo a otros autores).

(103) ÁLVAREZ GARCÍA (2000: 60). Para KIEKENS (1995: 1) la adopción del criterio de voluntariedad se llevó a cabo, empero, atendiendo a las circunstancias del comercio internacional. Y considera además que bajo este principio muchos países, especialmente los industrializados, enmascaran una voluntad de postergar o, incluso, olvidar por completo la reglamentación del sector forestal.

(104) Art. 1 del calendario Reglamento (CE) 1221/2009.

(105) Y también del Sistema de Gestión previsto por la Norma UNE-EN-ISO 14001, pues aunque EMAS es un dispositivo público, la ISO 14001 lo es privado y no exige la declaración ambiental (COCCIOLO *et al.* 2016: 283), como en el caso de la certificación forestal.

(106) Y, siguiendo su estela, la normativa autonómica hace lo propio (v.gr., art. 32.2 de la Ley 3/1993, de 9 de diciembre, Forestal de la Comunidad Valenciana, en adelante, LFCV).

junto con el hecho de ser ejecutada por agentes externos a la Administración pública. Si la actividad de certificación fuera realizada por ésta y revistiera, además, carácter preceptivo, la técnica jurídica sería, en cambio, la de la homologación, donde se pondría de relieve que se cumplen los requisitos técnicos obligatorios, es decir, que se ajusta a los reglamentos técnicos por motivos de seguridad, salubridad o higiene y ambientales (107). Por ello, la voluntariedad es requisito imprescindible para que las entidades de certificación puedan intervenir, por mandato del art. 20 (RIC).

Empero, la Estrategia Forestal Española de 2000 alerta sobre la posibilidad de que esta normalización voluntaria sea adulterada, pues considera que en la práctica los planes de certificación se pueden hacer obligatorios: «(...) *ya que algunos detallistas importantes tal vez no quieran comerciar con productos no certificados, como ocurre en el Reino Unido, y los consumidores pueden incluso pasarse a productos sucedáneos fabricados con materiales distintos de la madera, como ya está pasando hasta cierto punto en algunos países europeos. También preocupa que la certificación puede dar al consumidor la impresión de que los productos no etiquetados, sobre todo los que no han sido analizados, se han producido de forma ecológicamente irresponsable*» (108). Esta obligatoriedad fáctica, a su vez, supondría una vía mucho más eficaz para la protección ambiental que la derivada de normas jurídicas de imperativo cumplimiento (109).

### **C) Independencia, objetividad y credibilidad**

Son tres notas vinculadas estrechamente entre sí, que actúan conjuntamente. De hecho, la existencia de independencia y objetividad conduce a la credibilidad. Siguiendo la Comunicación COM (1998) 649 final, «*Un elemento esencial para la credibilidad es la realización de auditorías independientes sobre la gestión forestal y la cadena de control*» (Apartado III.D.4) (110).

Esta independencia, señalada en el apartado p) del art. 6 (LM), se consigue, primeramente, y en palabras de esta Comunicación, aplicando los sistemas europeos de certificación forestal y de etiquetado basados en criterios e indicadores de rendimiento comparables y compatibles con los

---

(107) ÁLVAREZ GARCÍA (2000: 73).

(108) MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE (2000:63). De parecida opinión es ÁLVAREZ GARCÍA (2000: 64) pues considera que estos sistemas de auditoría son voluntarios sólo desde el punto de vista jurídico, pues van a venir impuestos *de facto* en muchas ocasiones por el propio mercado.

(109) ÁLVAREZ GARCÍA (2000: 64).

(110) En parecidas palabras, el Apartado 15 de la Resolución del Consejo de 15 de diciembre de 1998.

principios acordados internacionalmente, es decir, con solvencia técnica (art. 22 RIC). Precisamente para garantizar estos principios, la Unión Europea llegó a sopesar una intervención complementaria a escala comunitaria para implantar un instrumento legal que fijara los requisitos esenciales para estas iniciativas de certificación y etiquetado, junto a la introducción de un lote-tipo comunitario de gestión forestal sostenible, amén de abordar cuestiones como las normas de dicha gestión, el grado de evaluación, los organismos auditores, la cadena de control y la solución de litigios. Desde 1998 nada de esto se ha hecho, lo que demuestra que los sistemas de certificación vigentes de naturaleza privada están respondiendo a los principios de referencia, lo que no carece de mérito, pues este tipo de iniciativas comienzan siempre con escasa credibilidad (111).

Por otro lado, el hecho de que el agente certificador y el productor o propietario forestal no estén sometidos a los mismos órganos de control es otra garantía de independencia (112). Y, a su vez, la estabilidad en la adopción de los estándares a aplicar, elaborados y evaluados por terceras personas independientes, ha de conllevar a la imparcialidad (art. 22 RIC), que supone una ausencia total de arbitrariedad. Otra exigencia derivada de esta independencia es la incompatibilidad, es decir, la prohibición de certificar empresas, productos, procesos o servicios cuando hayan participado en las actividades de asesoría o consultoría previas relativas a tales certificaciones (art. 25 RIC).

Al igual que en cualquier auditoría ambiental (113), la objetividad viene dada, además, porque los verificadores forestales son personal cualificado, debiendo para ello cumplir con los requisitos de la Norma UNE 162003: 2001 «*Gestión forestal sostenible. Criterios de cualificación de auditores forestales*». Además, el procedimiento ha de desarrollarse conforme los trámites y estándares previamente establecidos, obteniéndose unas conclusiones o resultados que se ajustan a los criterios científicos y técnicos generalmente admitidos.

No obstante, si se llevara a cabo el anunciado Sistema de seguimiento forestal europeo (114), del que habla el Dictamen CESE NAT/328, de 26 de octubre de 2006 (Apartados 3.2.3 y 3.2.3.1), debería recoger a las organizaciones acreditadoras que cumplan con estos principios.

---

(111) SHEPPARD (2000: 116 y 117).

(112) CABARLE y RAMOS DE FREITAS (1995: 1).

(113) BETANCOR RODRÍGUEZ (2004b: 167).

(114) Entendemos que sería algo similar al sistema de comunicaciones a la Unión Europea previsto en el Reglamento (CEE) 1836/1993, del Consejo, de 29 de junio, por el que se permite que las empresas del sector industrial se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales.

## D) Transparencia

La normativa forestal española calla sobre el alcance de esta nota en el procedimiento de certificación forestal, pues se limita a su simple cita en el art. 35 (LM) y alguna norma autonómica (v.gr., art. 32.2 LFCV), aunque ya se señalaba su existencia en las citadas Comunicación COM (1998) 649 final (Apartado III.D.4), Resolución del Consejo de 15 de diciembre de 1998 (Apartado 15), Informe del Parlamento Europeo 2005/2054 (INI), al encuadrar la certificación forestal como una medida de fomento de la gestión forestal sostenible a través de estrategias de información y comunicación (Apartado 32). Resultaría extraña esa inhibición legislativa, pues la clave de bóveda de todo el sistema de certificación forestal es que la información acerca del comportamiento en materia forestal llegue al público (115), pero ha de entenderse que su regulación está trasladada al ámbito privado, de ahí ese silencio. Empero, aplicando supletoriamente el principio homónimo al que deben sujetarse las Administraciones públicas, advertimos que la transparencia en el procedimiento de certificación forestal se refiere a la garantía en el acceso a la información (116). Y se traduce en dos modalidades: el conocimiento cabal y previo de los criterios que se aplican en la auditoría forestal, y la publicidad que se realiza tras la obtención de la certificación forestal, especialmente a través de la marca y con la puesta a disposición del público de los informes de las auditorías que realiza la entidad certificadora.

Por otro lado, la doctrina ha ido completando el contenido de esta característica. Así, se considera que la transparencia se consigue sometiendo el procedimiento a trámites tales como las consultas de carácter público, mecanismos de examen, difusión de información y el derecho a presentar reclamaciones (117). Para otros autores la transparencia es comprensiva también de la participación de todas las partes afectadas (118), lo que es lógico, pero no debiendo entender por tal una suerte de acción pública, sino que se trata de una tutela ambiental plural (119), en la que participan no sólo aquellas personas con un interés directo y legítimo, como por ejemplo el colectivo de los vecinos en un monte comunal, o bien el titular de un derecho real, sino también las Administraciones públicas como colaboradoras. De hecho, en el sistema EMAS, con un esquema similar al de la certificación forestal, el apartado p)

---

(115) ÁLVAREZ GARCÍA (2000: 64).

(116) Art. 1 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

(117) CABARLE y RAMOS DE FREITAS (1995: 2).

(118) SHEPPARD (2000: 119) y GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ (2005: 868). MORA RUIZ (2007: 106 y 107) nos recuerda, por su parte, que el principio de participación está en íntima conexión con el de desarrollo sostenible, pilar de la certificación forestal.

(119) MORA RUIZ (2007: 107).

del art. 2 del derogado Reglamento 761/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, por el que se permite que las organizaciones se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), consideraba como parte interesada «*un individuo o un grupo, incluidas las autoridades, interesados o afectados por el comportamiento medioambiental de una organización*».

No debemos confundir la transparencia en el proceso de certificación forestal con la producida en la elaboración de las normas técnicas aplicables (120). En éste, al menos teóricamente, se asegura la participación de los diferentes agentes socioeconómicos interesados en su redacción, desde los productores hasta los representantes de los consumidores y usuarios, sin olvidarnos, por supuesto, de las propias Administraciones públicas (121).

### **E) No discriminación**

Otro tanto le ocurre a este principio, citado sin mayor desarrollo en el art. 35 (LM) y también en preceptos autonómicos (v.gr., art. 32.2 LFCV). La Comunicación COM (1998) 649 final (Apartado III.D.4) y la Resolución del Consejo de 15 de diciembre de 1998 (Apartado 15) son las que nos aclaran que esta característica se refiere a la falta de discriminación en función de los tipos de montes y las categorías de propietarios (122).

Este principio también incluye la libre competencia (123), que venía expresamente recogida en la redacción originaria del art. 35 (LM) (124), pero que ha sido eliminado en 2015. Por ello, y aun cuando no se cite, ha de entenderse vigente, sobre todo a la luz del art. 149.1.13° (CE). Es decir, se prohíbe la constitución de un monopolio u oligopolio de sistemas de certificación que discriminen a los demás, pues se vulnerarían las reglas del libre mercado (125) amparadas por los art. 119 y 120 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Ya ésta ha dejado que la acreditación, en general, forma parte de un sistema global que incluye también no sólo la evaluación de la conformidad,

---

(120) Como ya hemos expuesto, se produce por mandato de los apartados e) y f) del art. 11 (RIC).

(121) ÁLVAREZ GARCÍA (2000: 60).

(122) Es preciso puntualizar que no es contrario a este principio la disposición contenida en el art. 105.2 (LMG), cuando prevé que los sistemas de certificación forestal han de contemplar adecuadamente la estructura de la propiedad de los montes. Ello es así pues la mera indicación de esta circunstancia no le ha de conferir *per se* un trato desigual o privilegiado.

(123) GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ (2005: 874).

(124) Quizás porque en alguna norma europea se hacía cita expresa, como en la Resolución del Consejo de 15 de diciembre de 1998 (Apartado 15).

(125) GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ (2005: 874 y 875).

sino la vigilancia del mercado (126). Para ello el Estado, en ejercicio de sus competencias sobre regulación de la actividad económica (art. 149.1.13° CE), debería fijar los mecanismos y crear los entes necesarios para garantizar esta libre competencia, incluida la resolución de los litigios entre las partes.

## F) Rentabilidad

Citado en el Apartado III.D.4 de la Comunicación COM (1998) 649 final, y como «*relación coste-eficacia*» en la Resolución del Consejo de 15 de diciembre de 1998 (Apartado 5), este principio rector de la certificación forestal es preciso acotarlo en sus justos términos. No se trata de que la participación en el sistema de certificación forestal garantice *per se* una rentabilidad económica, aunque sea uno de los indicadores de una gestión forestal sostenible (127). Significa una colaboración rentable de todas las partes interesadas, no sólo en el ámbito económico, que es sólo una eventualidad, sino también ambiental y social. De hecho, y siguiendo al CESE en su Dictamen AGR/602, ya reseñado, con estas auditorías forestales se intenta intervenir en la gestión forestal «(...) *para que se tenga más en cuenta la función no económica de los bosques*» (Apartado 6.1.3). De ahí que quepa hablar de rentabilidad ecológica, es decir, lograr una más eficiente gestión forestal sostenible por cada euro invertido (128), unos mejores resultados en términos ambientales en proporción a las cantidades invertidas.

## 8. Objetivos de la certificación forestal

La certificación forestal persigue dos objetivos, en lógico correlato con las fases procedimentales legalmente previstas y ya analizadas. Así, la gestión forestal sostenible busca mejorar la administración de los montes, de tal manera que no afecte negativamente al Medio a la par que su aprovechamiento ha de ser económicamente viable y permita el fomento del desarrollo de la población rural. Aunque es preciso matizar este objetivo, pues la propia Unión Europea ya señala que los instrumentos claves para garantizar una gestión forestal sosteni-

---

(126) Reglamento (CE) 765/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) 339/1993, Considerando 8°. Actitud lógica en el caso de la certificación forestal, pues fomentó la constitución del PEFC precisamente como contrapeso al único sistema de certificación forestal entonces existente, la FSC.

(127) Apartado 3.3 Norma UNE 162002-1:2001.

(128) Del modo señalado en la Observación General 58 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de abril de 2015, sobre una nueva estrategia de la Unión Europea en favor de los bosques y del sector forestal [2014/2223 (INI)] (2016/C346/03).

ble son los programas y las políticas forestales de los Estados miembros, siendo sólo los sistemas de certificación un incentivo adicional (129) o un instrumento auxiliar (130). Es decir, las vías para lograr la sostenibilidad forestal no pasan por la certificación forestal, siendo sólo un mecanismo residual, complementario y secundario, no pudiendo sustituir a una verdadera gestión ordenada del monte. De ahí que la certificación forestal sólo sea un incentivo de mercado destinado a la creación de unas buenas prácticas de ordenación (131).

Por otro lado, la cadena de custodia ambiciona el acceso al mercado de los productos procedentes de montes certificados. Cada vez es más difícil competir en precios, por lo que el producto debe resultar atractivo para el consumidor y satisfacer sus expectativas, en una palabra, ha de tener calidad. El mecanismo que facilita esta selección es la certificación (132), a la que es inherente la mejora de la imagen del producto forestal, especialmente como bien susceptible de ser renovado, y de la información al consumidor de la procedencia y características de ese producto (133). Así mismo permite diferenciar el producto, con el perseguido efecto de segmentar el mercado (134), asegurando la compatibilidad y credibilidad mediante una comprobación apropiada de la conformidad con las normas o con indicadores de rentabilidad (135). Con ello se revalorizan los productos forestales, pues se les reserva con garantías un mercado exclusivo para objetos de calidad y que ofrecen seguridad. De ahí

---

(129) Comunicación COM (1998) 649 final (Apartado III.D.4).

(130) SHEPPARD (2000: 115 y 116) nos resume una postura doctrinal, a nuestro entender mayoritaria, que concluye con que la certificación forestal constituye, en el mejor de los casos, un instrumento auxiliar, cuya tarea principal es complementar la legislación vigente. La certificación forestal es una herramienta suplementaria que no puede reemplazar por ningún motivo reglas y leyes ni una política forestal coherente, sólo es una estrategia más. De hecho, la Unión Europea ya en su Resolución del Consejo de 1 de febrero de 1993 ya citada, consideraba que los instrumentos de mercado «*sirven de complemento a la legislación (...)*». KIEKENS (1997: 1) es directo en esta cuestión: «*La certificación de la madera no es indispensable para la ordenación forestal sostenible*».

(131) BHATTACHARYA *et al.* (2008: 35).

(132) ESCANCIANO GARCÍA-MIRANDA *et al.* (2003: 100), quienes añaden la ventaja añadida de servir de estímulo a la empresa para que avance hacia la Calidad Total (TQM). El art. 105.3 (LMG) añade la consideración jurídica de superficie forestal de alto valor natural a los montes privados que posean la certificación forestal, lo que tiene efectos en materia de ayudas relativas al desarrollo rural.

(133) El fin informativo es el principal para la Resolución del Consejo de 15 de diciembre de 1998: «*(...) para mejorar el conocimiento de los consumidores respecto al valor medioambiental de la explotación sostenible de los bosques (...)*» (Apartado 15).

(134) Con dos mercados coexistiendo simultáneamente: el de la producción certificada y el de la no certificada, suponiendo, eso sí, que productores y consumidores mantengan el nuevo mercado (RIERA *et al.* 2006: 11).

(135) Comunicación COM (1998) 649 final (Apartado III.D.4).



que los mercados estén dispuestos a pagar algún tipo de prima por ellos, como, v.gr., un mayor precio, más demanda, o una mayor cuota de mercado (136)

Además permite la adopción de medidas de fomento. Así, y sin contar con las genéricas (137), el DB SE-M «*Seguridad estructural de la madera*», de abril de 2009, que integra el Código Técnico de la Edificación, aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, obliga a la identificación del producto, para lo cual, entre otros datos y con carácter general, exige que bien en el albarán del suministro, bien en documento aparte, informe sobre el distintivo de calidad del producto, en su caso (Apartado 13.1.1.1.a)). Otra medida es su conversión en un criterio para las adquisiciones públicas (138), por su asimilación al comercio ético y a la responsabilidad social (139), lo que permite ampliar los mercados para los productos forestales certificados (140). De esta manera, por ejemplo, se acredita que sirve al fin específico del mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución

---

(136) MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE (2000: 63), donde se pone de relieve que en aquel momento no constaba el impacto económico de las certificaciones forestales pudieran tener en el comercio.

(137) El art. 63.bis.2 de la citada Ley Foral 13/1990, de 31 de diciembre, se fija promover el empleo de la madera y otros productos de los montes, siendo objetivo de las Administraciones navarras «*el fomento del uso de la madera principalmente en edificios, viviendas y mobiliario públicos*».

(138) Que en la Unión Europea comenzó con el Sexto Programa de Acción de la Comisión Europea en materia de Medio Ambiente, al proponer, como uno de los ejes prioritarios de acción estratégica, la colaboración con el mercado, la cual podía articularse a través de la promoción de una política de contratación pública respetuosa con el Medio Ambiente. Esta contratación pública ecológica (CPE) se conceptúa, según el Plan de Control Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (2018-2025), como el proceso a través del cual las autoridades adquieren bienes, obras y servicios con un impacto medioambiental, reducido durante su ciclo de vida, en comparación con el de otros bienes, obras y servicios con la misma función primaria que se adquirirían en su lugar (Apartado Segundo), definición cuyo origen se ubica en la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al CESE y al Comité de las Regiones COM (2008) 400 final, «*Contratación pública para un medio ambiental mejor*», de 16 de julio de 2008. Esta contingencia de exigir una certificación forestal ya era contemplada en la Comunicación interpretativa de la Comisión COM (2001) 274 final, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, de 4 de julio de 2001, Apartado 1.3, aunque entonces sólo para definir las especificaciones técnicas del objeto del contrato, en cuyo caso el poder adjudicador debía tener el celo suficiente de que los medios de acreditación no se limitaran a estas etiquetas a certificaciones ecológicas, especialmente las de ámbito privado como la certificación forestal, evitando así eventuales discriminaciones.

(139) MUTHOO (2012: 17).

(140) Al principio, una de las principales críticas que se le realizaban a la certificación forestal era su posible inefectividad, fundamentalmente por la inexistencia de grandes mercados, especialmente para la madera certificada (SHEPPARD 2000: 120).

de un contrato en el Sector Público, de tal modo que permite ser evaluado como criterio de adjudicación (141) en base a la mejor relación calidad-precio con arreglo a criterios cualitativos (142). En todo caso, y para profundizar en el tema, hemos de estar a la espera de los trabajos de la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios ecológicos en la contratación pública, creada por Real Decreto 8/2018, de 12 de enero.

Con carácter inclusivo de estas dos fases, y como instrumento de mercado que es, la certificación forestal, además, y como se refleja en la Exposición de Motivos de la Ley 21/2015, de 20 de julio, pretende anudar el comercio de los productos forestales con la gestión sostenible de los montes de los que proceden, intentando conseguir que el consumidor final cambie su comportamiento y se decante por aquellos bienes en cuya composición entren productos únicamente procedentes de montes ordenados y gestionados de forma sostenible (143). De este modo, si no de Derecho, al menos sí de hecho, los productos y empresas que no respeten estos parámetros forestales se verán expulsados del mercado (144).

Además, y al igual que con sus antecedentes históricos ya vistos, se trata de evitar el comercio de madera obtenida ilegalmente, básicamente de la

---

(141) Hasta la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) nuestros Tribunales de Recursos Contractuales (v.gr. Resoluciones del TARCJA 1/2013, 105/2015 y 330/2015, o las del TCMadrid 40/2011, de 14 de julio, siguiendo el criterio de lo Informes de la JCCE 73/2014, de 15 de marzo, y 50/2006, de 11 de diciembre) entendían que la exigencia de certificados de calidad era un requisito de solvencia y no un criterio de adjudicación. En este sentido se dictó alguna norma, como el art. 32.3 (LFVC), al determinar que «(...) los órganos de contratación podrán incluir entre los requerimientos de tipo ambiental del procedimiento de contratación, los que hagan referencia a las condiciones de legalidad y sostenibilidad del aprovechamiento en origen de la madera y sus productos derivados, como factor excluyente, en caso de no poder acreditarse». No obstante, ya en la citada Comunicación interpretativa COM (2001) 274 final, Apartado 3.1, se apuntaba a que los elementos ambientales pudieran servir para determinar la oferta económicamente más ventajosa. Y en la Orden PRE/116/08, de 21 de enero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba el Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, se acuerda la incorporación como criterio de adjudicación de un contrato de suministro de mobiliario el de la gestión forestal sostenible, «mediante la presentación de los documentos que lo acrediten», es decir, de la certificación forestal (Apartado 6 de su Anexo).

(142) Apartados 1 y 2.1º del art. 145 (LCSP). Al fin y al cabo, la Exposición de Motivos de esta Ley ya recoge el objetivo explícito de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar políticas europeas y nacionales en materia ambiental.

(143) MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE (2000: 63).

(144) ÁLVAREZ GARCÍA (2000: 61).

procedente de terceros países (145), pues aunque la certificación forestal se impulsó originariamente por la pérdida de bosques tropicales en todo el mundo, lo cierto es que la mayor parte de los bosques certificados se encuentran en países desarrollados (146). Por un lado se restringe la corta no sostenible al impedir su acceso a los mercados europeos, evitando con ello los boicots a la importación de madera tropical promovidos por las asociaciones ecologistas (147), y, por otro, constituye una medida profiláctica ante la contaminación biótica producida por especies de origen foráneo, principalmente insectos y hongos, que atacan a las especies forestales europeas (148).

Por último, su potenciación se ha enmarcado desde 2011 también dentro de la estrategia para combatir el cambio climático, al entender que una gestión forestal sostenible certificada promueve el aumento y mejora de sumideros de CO<sub>2</sub>. De ahí que se haya incluido la certificación forestal dentro de las medidas de fomento previstas a nivel nacional (apartado c) del art. 89.2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible). En este caso no se trata de una mera declaración programática, sino que el impulso de los modelos de certificación forestal permite compensar emisiones con las fijaciones verificables de CO<sub>2</sub> como sumidero forestal nacional (149).

Una consecuencia, quizás no buscada, de la certificación forestal es la posibilidad de actuar como barrera no arancelaria al comercio, como medida de proteccionismo enmascarado de carácter ecológico (150), discriminando negativamente a los que no pueden o no quieren conseguir esos niveles exigidos de gestión forestal. Este efecto se hace más evidente entre países industrializados y países en desarrollo, pues en los primeros las prácticas de gestión forestal tienden a acercarse generalmente a los objetivos de sostenibilidad, al contrario que en los segundos (151). Es el supuesto especial de la madera tropical, donde hay poca duda de que el desarrollo forestal sostenible no puede imponerse unilateralmente (152), de ahí que sólo se sigan aquellos sistemas de

---

(145) Para WWF casi el 20 por 100 de las importaciones de madera que se hicieron por los Estados miembros de la Unión Europea en 2006 provinieron de fuentes ilegales (MONTERO 2010: 54).

(146) OZINGA (2004: 33).

(147) DEL ÁLAMO JIMÉNEZ (2009: 20 y 21).

(148) Apartado 4.5 del Dictamen CESE de iniciativa NAT/276 sobre «El desarrollo sostenible en la agricultura, la silvicultura y la pesca y los retos del cambio climático», de 18 de enero de 2006.

(149) DEL ÁLAMO JIMÉNEZ (2007: 14).

(150) KIEKENS (1997: 1).

(151) MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE (2000: 63).

(152) SHEPPARD (2000: 120), quien señala el caso de Austria, cuando en 1992 requirió por ley la colocación de una etiqueta en la madera tropical y sus productos que entraran en el país con leyendas del tipo «hecho de madera tropical» o «contiene madera tropical».

evaluación reconocidos internacionalmente, como los citados FSC y PEFC. En todo caso, la certificación forestal debe ser administrada sin riesgos de fraude, en prevención de prácticas de competencia desleal, y sirviendo efectivamente al interés que se emplea como reclamo comercial (153).

## 9. Apuntes sobre la certificación forestal en el Derecho comparado

Al tratarse la certificación forestal de una iniciativa internacional, existen pocas diferencias entre su concreción en los diferentes países. Su esquema, en general, es el mismo, sólo variando en la predominancia de los sistemas de certificación, es decir, los estándares a aplicar.

Por ejemplo, en la Europa no comunitaria, la asociación «*Lignum Economie suisse du bois*» (Lignum) es la propietaria de la marca nacional «*Bois Suisse*», con el mismo objetivo que cualquier logo de certificación forestal en España. Se detecta la peculiaridad de que si el producto es un material reconocido por disponer de una certificación PEFC o FSC el examen de la documentación se efectuará en vía administrativa, mientras que en caso contrario se realiza por un experto (154).

Iberoamérica ha sido la zona en donde más ha arraigado esta figura, no en vano fue la cuna del primer sistema de certificación, la FSC. En estos países destaca un papel más activo e intervencionista del Estado, reduciendo el ámbito de actuación a los protagonistas privados. Así, en el caso de Costa Rica, la Administración forestal interviene en la determinación de los criterios de gestión forestal sostenible, tanto a nivel de unidad de manejo como a nivel nacional, en la fijación de los entes a quienes se puede otorgar la licencia de certificadores forestales nacionales, en la suspensión de dicha licencia, en el reconocimiento de los sistemas de certificación forestal internacionales, así como las entidades y organizaciones acreditadas ente éstos, en la regulación del sistema nacional de certificación forestal y de la cadena de custodia, guía de transporte incluida (155).

Precisamente, la guía de transporte, figura ya desaparecida en nuestro Derecho español, sigue vigente en estos ordenamientos jurídicos. Así, la Ley 1021 General Forestal de Colombia de 20 de abril de 2006, la concibe

---

Indonesia y Malasia, apoyadas por la ASEAN, recurrieron al GATT alegando que esa ley no se aplicaba a la madera de bosques templados. Al final no hubo pronunciamiento del GATT porque Austria derogó antes esa disposición.

(153) PRIETO ÁLVAREZ (2005: 135).

(154) Règlement du Certificat d'origine bois Suisse COBS, de 14 de junio de 2011 (art. 3.2.1).

(155) Art. 26 y 30 del Reglamento de la Ley Forestal, aprobado por Decreto Ejecutivo 25721, de 17 de octubre de 1996.

como el instrumento expedido por la autoridad competente y que ampara el transporte de productos forestales primarios de bosques naturales (156), hasta tal punto que su ausencia hace presumir a los citados productos como ilegales y sujetos a decomiso [apartado c) del art. 21].

En este ámbito geográfico es preciso no confundir la certificación forestal con el certificado de origen o de legal procedencia, en Costa Rica como ejemplo, pues se trata de un instrumento de control de la legalidad del acceso a elementos o recursos genéticos y bioquímicos de la biodiversidad, así como el cumplimiento de los términos en los que le fue autorizado al interesado el permiso de acceso correspondiente. De este modo controla también si el particular cumplió con la normativa establecida para el consentimiento previamente informado y las condiciones mutuamente acordadas de la investigación básica o la bioprospección (157).

### III. MECANISMOS DE MERCADO CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO

#### 1. Breve anotación sobre el Mecanismo de Desarrollo Limpio (MDL)

En el desarrollo del Protocolo de Kyoto (PK), y a fin de lograr sus objetivos contra el cambio climático, se han diseñado una serie de instrumentos novedosos que incorporan la variable ambiental en el sector económico (158). El más destacado son los derechos de emisión de gases de efecto invernadero (GEIs), regulados a nivel comunitario por la Directiva 2004/101/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004. No obstante, no se encuentra engarzado en el sector forestal, por lo que no será objeto de estudio en este trabajo. En cambio, sí lo están algunos MDL.

Según el jurista Giuliano Deboni, el MDL es un mecanismo financiero que permite a los Estados desarrollados realizar proyectos para la reducción (en el sector industrial, energético o de transporte) o absorción (en el sector de sumideros, por ejemplo, mediante la forestación o reforestación) de emi-

---

(156) En el anterior art. 74 del Decreto 1791 de 4 de abril de 1996, por el que se establece el régimen de aprovechamientos forestales, se la consideraba como un salvoconducto que amparaba la movilización del producto forestal primario desde el lugar del aprovechamiento hasta los centros de transformación, industrialización o comercialización, o desde el punto de ingreso en el país hasta su destino final.

(157) AGUILAR ROJAS (2005: 260 y 261).

(158) IBARRA SARLAT (2012: 116 y 117) y PÉREZ GABALDÓN (2013: 75 y 76). Anteriormente al PK no se contemplaba el uso de instrumentos de mercado en la protección contra la contaminación atmosférica, como se puede comprobar al examinar el listado de medidas de la Unión Europea que en 1992 se preveían al efecto, recopiladas por MORENO MOLINA (1998: 51), y que se limitaban a estudiar, inventariar y vigilar la atmósfera y los ecosistemas forestales.

siones de GEIs en el territorio de Estados no desarrollados (159). Es decir, es un medio para obtener Certificados de Reducción de Emisiones (CERs) que faciliten al Estado inversionista cumplir contablemente con sus compromisos de limitación y reducción de emisiones. Se trata de aplicar el instituto jurídico de la compensación, pues existen dos partes que por derecho propio son recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra (art. 1195 Cc), en este caso una con capacidad suplementaria de captura y almacenamiento de carbono atmosférico y otra con una necesidad de emitir este gas por encima de los límites asignados.

Ello está suponiendo que, aunque regidos por los principios de excepcionalidad y supletoriedad (160), el PK reconocía la posibilidad de crear unos créditos o derechos por la captura y almacenamiento de carbono atmosférico por los bosques y enajenarlos y comerciar con ellos, aunque se restringiera a bosques ubicados en países no desarrollados. Este trato desigual supone una preeminencia apriorística a favor de los bosques en países en desarrollo frente a los montes españoles, quienes, como veremos, se les niega la posibilidad de verse beneficiados de un instrumento de mercado.

Una de las características de los MDL es su ejecución a través de proyectos. A diferencia de los derechos de emisión, en donde se crea una unidad estándar para comerciar con ella, en los MDL se actúa por proyectos voluntarios (art. 12.5 PK), aunque luego se evalúen con CERs, lo que implica que no permite el libre intercambio con cuotas de emisión de GEIs, y que los proyectos deben ser previamente aprobados por la autoridad competente, lo que restringe el margen de actuación de los actores en el mercado. Además, los que tienen por objeto LULUCF se limitan a la forestación y reforestación, con un límite del 1 por 100 de las emisiones del año base del país desarrollado (161).

El art. 5.2 del Acuerdo de París (AP) recoge estos MDL de modo expreso, al contemplar los incentivos positivos para aumentar las reservas forestales de carbono en los países en desarrollo, excluyendo a las de los desarrollados, no introduciendo mayores novedades en la práctica, a pesar de que considera a todos los bosques como sumideros y no los de los países desarrollados como meros reservorios tal y como ocurre en el proceso del PK (162). Por ello, una vez verificado el proyecto y que se haya alcanzado la cantidad prevista de

---

(159) IBARRA SARLAT (2002: 258).

(160) IBARRA SARLAT (2012: 260 y 261), quien explica que el PK trata de evitar que el MDL sea la técnica principal contra el cambio climático, porque considera que ello supondría ir contra el esfuerzo reductor que promueve dicho ordenamiento jurídico internacional.

(161) Decisión 17/CP.7 «Modalidades y procedimientos de un mecanismo para un desarrollo limpio, según se define en el art. 12 del Protocolo de Kyoto» (párrafo 7, inciso b)).

(162) GARCÍA ASENSIO (2018: 135).

reducción de emisiones de GEIs, se expedirán los CERs, a distribuir posteriormente, puesto que son transferibles incluso en mercados voluntarios (163).

## **2. Propuesta de creación de un instrumento de mercado: la captura y almacenamiento del carbono atmosférico por los montes**

Recientemente, y como alternativa al establecimiento de tributos como compensación por los servicios ambientales que generan los montes (164), se ha expuesto como propuesta de *lege ferenda* la creación de un nuevo instrumento de mercado a fin de poder obtener un medio de compensación económica por las funciones que realizan los montes españoles por la captura y almacenamiento del carbono atmosférico como medio para coadyuvar a mitigar el cambio climático (165). Al igual que otros instrumentos de mercado previstos en la lucha contra el cambio climático, participaría de la nota de flexibilidad geográfica, de tal modo que la captura y almacenamiento de carbono realizado por los montes en España puedan verse beneficiados en otros países, acorde con el hecho de que los GEIs, una vez en la atmósfera, se distribuyen por la misma, pudiendo afectar a otros países.

Aunque se permite ya su contabilidad (166), jurídicamente todavía no se ha reconocido su condición de aprovechamiento incorporable por un lado y, por otro, que las absorciones de CO<sub>2</sub> por parte de los montes españoles siguen siendo imputadas en la contabilidad nacional de gases de efecto invernadero como créditos obtenidos mediante la ordenación forestal (167).

Ciertamente algo se está avanzando, aunque no se ha logrado el objetivo expuesto. Recientemente se ha dictado el calendario Reglamento (UE) 2018/841 como consecuencia del AP (COP 21). Éste insta a lograr un equilibrio entre las emisiones antropogénicas por las fuentes y la absorción por los

---

(163) Que no están tan regulados como los mercados de derechos de emisión, por lo que el sistema funciona de diferentes formas en cada país, de ahí la existencia de propuestas para homogeneizarlos y, así, dotar de credibilidad a estos mecanismos (RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO 2018: 628 y 629).

(164) Es el caso del art. 65.4 (LFCV), donde se configuran como un «sistema de pago».

(165) GARCÍA ASENSIO (2018: 109-174). Esta necesidad es puesta de relieve en el citado Dictamen CESE 2014/C451/21 (Apartado 5.5), cuando propugna que «(...) la Unión Europea debería redoblar sus esfuerzos por evaluar los servicios ecosistémicos y crear un mercado para éstos. Para que un mercado de este tipo pueda funcionar correctamente es necesario que los Estados miembros creen mecanismos compensatorios coordinados que remedien las carencias del mercado existentes en la actualidad: por ejemplo, que los propietarios de tierras sean adecuadamente resarcidos por las restricciones que impone la protección de los servicios ecosistémicos».

(166) Decisión 529/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013.

(167) GARCÍA ASENSIO (2018: 153).

sumideros de gases de efecto invernadero en la segunda mitad del presente siglo. De esta manera LULUCF (uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura, en sus siglas en inglés) sigue sin contar a efectos del objetivo del AP. No obstante, fuera de una modificación de las reglas de contabilización de emisiones y absorciones (arts. 5 a 10), evitando la doble contabilidad (art. 5.2), de marcarse como objetivo que las emisiones no excedan las absorciones (art. 4), y la introducción del principio de flexibilidad como un instrumento de cooperación voluntario por el que un Estado, en caso de que sus absorciones totales excedan de las emisiones, podrá transferir la cantidad excedente a otro Estado miembro (168) (arts. 12 y 13) o bien acumular la cantidad restante de absorciones para el periodo 2026 a 2030 (art. 12.3), no hay novedades relevantes en el Reglamento (169). Como ya se temía (170), y a pesar de sus propios informes (171), la Unión Europea no se atreve a integrar LULUCF en el marco estratégico post-2020, pues, como confiesa en los Considerandos del Reglamento (UE) 2018/841, darle tratamiento material de sumidero y, así compensar el sistema general de emisiones de gases de efecto invernadero (172), no se admite al considerar que las absorciones que se produzcan

---

(168) De un modo análogo al fijado en el art. 11.1 de la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE, en donde se permite que un Estado miembro pueda computar en otro la energía renovable producida a efectos del cumplimiento de sus objetivos nacionales.

(169) Algo coherente con el propio desarrollo del proceso PK, pues en las COP22 y COP23 no se ha avanzado en la materia.

(170) GARCÍA ASENSIO (2018: 151).

(171) El Apartado 34 del ya referenciado Informe 2014/2223 (INI) deja claro que «*los bosques no deben ser considerados únicamente sumideros de carbono*». En la tramitación de este Informe la Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad Alimentaria fue incluso más claro y más lejos: «*(...) los bosques no deben ser considerados únicamente sumideros de carbono que compensen el aumento de las emisiones en otros sectores de la economía*» (Apartado 5 *in fine*), pidiendo, además, que se estudie la inclusión de pagos de servicios prestados por el ecosistema como incentivo de la gestión forestal sostenible (Apartado 10).

(172) RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO (2017: 428), quien expone que la posición de España es contraria a este criterio, que es el que al fin y al cabo se ha impuesto en el Reglamento (UE) 2018/841, y parece ser que negocia su modificación para que termine computando la gestión forestal sostenible como sumidero de tal modo que compense el sistema general de emisiones de esos gases (RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO (2018: 632), quien, además, señala que en la trastienda de la decisión de la Comisión se encontraba también la posición de algún país eminentemente forestal que pretendía no reducir las emisiones y simplemente conformarse con la compensación de dichas emisiones por el efecto sumidero de sus bosques). Es preciso añadir que la Unión Europea sí apuesta por los bosques como sumideros de carbono pero sólo potenciándolos «*mediante la optimización de su gestión*» (Apartado 3.2 del citado Dictamen CESE 2015/C230/06, de 10 de diciembre de 2014). Hemos de recordar aquí la histórica falta de una apuesta europea por sus montes, pues, y a modo de ejemplo, nunca hubo una PAC forestal al igual que existe una PAC agraria: si en su momento se hubiera pagado las



son reversibles, tienen un menor potencial de mitigación, carecen de previsibilidad (173), y su rentabilidad es a largo plazo. Lo que hace incurrir a la Unión Europea en la paradoja de que sus bosques sólo son relevantes a efectos contables, financiando por contra los de los países en desarrollo como hemos visto, a pesar de que en ambos concurren las mismas características de los bosques europeos que se acaban de exponer, lo que supone un trato apriorístico desigual.

No obstante, y en honor a la verdad, sí que se está tomando en consideración la opción de comerciar con créditos de LULUCF. En el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo COM (2017) 646 final/2 «*Dos años después de París. Avances hacia el cumplimiento de los compromisos climáticos de la UE*», de 27 de noviembre de 2017, Apartado 3.2, se manejan dos alternativas sobre el reparto de esfuerzos y el uso de la tierra para el periodo 2021-2030. La primera es autorizar a todos los Estados miembros de la Unión Europea a recurrir a medidas más rigurosas en los sectores del uso de la tierra para cumplir sus compromisos vinculantes relativos al reparto del esfuerzo. La segunda, y la que ahora nos interesa, consiste en poder comerciar con créditos LULUCF: «(...) *exigir a los Estados miembros que compensen las emisiones de gases de efecto invernadero con las absorciones del uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura en virtud de la "norma de deuda cero". Se propone que las emisiones de gases de efecto invernadero procedentes del uso de la tierra se compensen íntegramente por la eliminación equivalente de CO<sub>2</sub> de la atmósfera mediante intervenciones en el sector o en los sectores de reparto de esfuerzos. Por ejemplo, si un Estado miembro reduce su superficie forestal, debe compensar las emisiones resultantes plantando nuevos bosques, mejorando la gestión sostenible de sus bosques, cultivos y pastizales existentes o mediante reducciones adicionales de las emisiones en los sectores sujetos al reparto del esfuerzo. Además, los Estados miembros también tendrán la opción de comerciar con créditos del uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura. En caso de aplicarse, este sistema de contabilidad ayudará a los Estados miembros a incentivar a los agricultores y los silvicultores para que evolucionen hacia una gestión de la agricultura y*

---

mismas primas al sector forestal que las que se abonaban en el agrícola se hubiera podido modernizar el sector, acometer una general gestión forestal sostenible y se hubieran creado cientos de puestos de trabajo en el ámbito rural, herido hoy en día por la despoblación.

(173) Estas precauciones carecen de sentido a estos efectos: en los países europeos la masa forestal ha aumentado un 30 por 100 desde 1900 (FAO 2016: 12 y siguientes), talándose sólo el 60 por 100 del crecimiento anual de sus bosques (Apartado 4.2 del ya reseñado Dictamen CESE 2014/C451/21), y llegando a absorber y almacenar aproximadamente el 10 por 100 de las emisiones de carbono de la Unión Europea y, «(...) *contribuyen significativamente, por lo tanto, a los esfuerzos de mitigación del cambio climático*» (Apartado F del Informe 2014/2223 (INI), ya citado.

*los bosques adaptada a los cambios climáticos*». Pero es evidente que esta segunda opción no ha prosperado.

En definitiva, no ha habido avances a nivel comunitario para lograr, vía instrumento de mercado, que los bosques españoles obtengan su justa compensación económica por las funciones ambientales que realizan, y ello a pesar de que, en virtud del art. 5.1 (AP) los bosques ya se consideran oficialmente como sumideros, declaración con escasa trascendencia jurídico-práctica, pues el art. 5.2 del AP sólo les reconoce el pago basado en resultados respecto a la gestión forestal sostenible, medida que podría agotarse solamente con el uso de la certificación forestal, pues no ha computado para compensar las emisiones de GEIs ni parece que en el futuro llegue a hacerlo (174). Ya dijimos que la solución jurídica radica en reconocer a los derechos de captura y almacenamiento como un aprovechamiento, en este caso intangible como los aprovechamientos eólico y urbanístico. En definitiva, se trata de crear un equivalente a los derechos de emisión, con su misma configuración como derecho subjetivo (175) dentro de un mecanismo de mercado (176).

Situación que es preciso corregir dado el perjuicio y agravio comparativo que supone para los propietarios forestales, quienes invierten grandes cantidades de dinero en la conservación y mejora de sus montes, prestando un servicio a la sociedad, sin que ésta les revierta una legítima contraprestación, en lo que acertadamente se ha conocido por la doctrina más autorizada como que el monte español «*trabaja gratis*», y las cifras son elocuentes: la cantidad de CO<sub>2</sub> que los bosques españoles absorbieron en 2014 fue de 34.3 Mt CO<sub>2</sub> eq. (177), de las que 24,8 Mt CO<sub>2</sub> eq. se debieron a montes bajo gestión forestal, lo que hubiera supuesto, de poderse vender en el mercado, a 6 € por tonelada, que se podría haber obtenido un valor total de 206 millones de euros en ese año (178). Debe recordarse que en una situación ideal, utópica si se quiere, los instrumentos de mercado serían el medio óptimo para lograr recursos para financiar la gestión forestal sostenible y, en consecuencia, la protección de nuestro Medio Ambiente, a la par que favorecer a la población rural.

Es cierto que siempre cabe la posibilidad de crear un mercado voluntario de carbono basado en los sumideros forestales nacionales, pero no parece realista sin el expuesto apoyo legislativo (179). En Suiza existe un mercado

---

(174) RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO (2018: 632).

(175) GARCÍA ASENSIO (2018: 154).

(176) STC 15/2018, de 22 de febrero, Conflicto positivo de competencias 1245/2012, Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Enríquez Sancho, F.J. 3<sup>o</sup>.

(177) DEL PRADO y SANZ (2016: 93).

(178) RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO (2017: 419 y 420).

(179) Lo que se ha criticado alegando falta de viabilidad por carecer de rentabilidad para financiar un proyecto forestal. En palabras de RODRÍGUEZ ÁLVAREZ (2017: 3 y 9), «*Cuando*

obligatorio pues la compensación de emisiones de CO<sub>2</sub> es preceptiva para los importadores de carburantes y los propietarios de centrales térmicas que queman combustibles fósiles, para lo cual se utiliza un listado de proyectos domésticos entre los que se encuentra el secuestro biológico de carbono atmosférico a través de la gestión forestal sostenible (180).

#### IV. CONCLUSIONES

Primera.– Los instrumentos económicos de mercado en el sector forestal en España se agrupan en dos ámbitos: el vinculado a la gestión forestal sostenible y el asociado al campo del cambio climático. El primero de ellos se configura de un modo bifronte: la propia certificación forestal y la posterior cadena de custodia, que no son sino una traslación forestal de la auditoría ambiental y la ecoetiqueta, respectivamente.

Segunda.– La certificación forestal, con antiguos antecedentes en nuestro Derecho histórico, se configura como un procedimiento de naturaleza privada, aunque enmarcado dentro de la colaboración público-privada, y bajo principios fijados en normas administrativas. En definitiva, se trata de una verdadera auditoría forestal, siguiendo por ello un esquema similar a los otros procesos de normalización, bien EMAS, bien ISO 14001.

Tercera.– Se distinguen dos fases del procedimiento de certificación forestal, cada una con un objeto y finalidad distintas: la gestión forestal sostenible desarrollada en un monte, que es evaluada por la certificación forestal estricta, y la cadena de custodia, que se centra en la trazabilidad del producto forestal hasta que llega al consumidor final. En ambos casos se constata la existencia de dos sistemas de estándares utilizados en España: FSC y PEFC. Aunque el principal aprovechamiento forestal certificado es la madera, nada obsta a que otros también sean susceptibles de certificación forestal.

---

*una empresa decide compensar sus emisiones suele utilizar el proyecto con el precio más bajo de la tonelada de carbono, trata de minimizar costes y, de ahí, que los proyectos forestales no logren introducirse más, pues el precio de su tonelada de carbono es más alta y si la bajaran ya no serían rentables». Pero este planteamiento no es correcto, dado que no se estaría vinculando a un proyecto concreto, no son transacciones basadas en proyectos como en el esquema seguido en los MDL, sino que la unidad sería la capacidad de absorber el carbono y almacenarlo; no se trataría de financiar íntegramente proyectos forestales sino de conseguir una vía más, no la única, para que los propietarios forestales obtengan una compensación por la función de captura y almacenamiento del carbono atmosférico. De ahí que, al no costearse la totalidad de la gestión forestal sostenible, el riesgo es asumible y no se reduciría el número de posibles inversores. Éstos son los inconvenientes que CROSSLEY *et al.* (1997: 1) consideran adolece la creación de un nuevo instrumento de mercado en el sector forestal, con el que se muestran abiertamente críticos.*

(180) RODRÍGUEZ ÁLVAREZ (2017: 4).

Cuarta.– Los sujetos intervinientes siguen similar esquema a los citados sistemas de normalización: una entidad única nacional de acreditación (ENAC), las diversas entidades de certificación acreditadas (AENOR, BVQi, Ecocert y otras), que son la tercera parte independiente en el proceso de certificación forestal, la única entidad española de normalización en el ámbito de la gestión forestal sostenible [en su momento AENOR, de ahí que haya dictado las Normas UNE aplicables, actualmente la «Asociación Española de Normalización (UNE)], las entidades que representan los sistemas de certificación (FSC y PEFC), el auditor forestal, el gestor forestal (generalmente el propietario forestal), los adquirentes del producto certificado para su transformación y comercialización, y, por último, el consumidor final, receptor del producto y de la información contenida en la marca.

Quinta.– La certificación forestal está informada por los siguientes caracteres: es un instrumento económico de mercado, es voluntario (como todos los procedimientos de certificación), participa de las notas de independencia, objetividad y credibilidad, es transparente, no discriminatorio y es rentable. El más importante, tras la voluntariedad, es la independencia, destacando la intervención de una tercera parte que garantiza la imparcialidad y profesionalidad del proceso.

Sexta.– Los objetivos de la certificación forestal son promover la gestión forestal sostenible, el comercio legal de madera, diferenciarse de productos no procedentes de montes sosteniblemente gestionados, la información al consumidor y favorecer la calidad del producto. Para ello se adopta una serie de medidas de fomento del consumo de productos forestales certificados, como la obligación contenida en el Código Técnico de la Edificación de identificar el producto, y la posibilidad de distinguir un producto con la certificación forestal y evaluarlo como criterio de adjudicación en los procedimientos de contratación del sector público.

Séptima.– El primer instrumento de mercado relacionado con el cambio climático es el Mecanismo de Desarrollo Limpio, creado en el marco del proceso del PK, con el que se permite a un Estado desarrollado reducir emisiones de gases de efecto invernadero a través de proyectos de forestación y reforestación en territorio de Estados no desarrollados. En consecuencia, no afecta a los montes españoles.

Octava.– Dado que los montes españoles no se ven beneficiados económicamente por las externalidades prestadas contra el cambio climático, se propone la creación de un nuevo instrumento de mercado que permita comerciar con derechos de captura y almacenamiento de carbono atmosférico, reconociéndolos legalmente como un aprovechamiento intangible, al igual que el eólico o el urbanístico. Aunque ya el Acuerdo de París considere a los bosques como sumideros y haya habido algún intento en la Unión Europea

en tal sentido, considerando en 2017 la opción de comerciar con créditos del uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura (LULUCF), lo cierto es que no se ha tenido en cuenta, y el reciente Reglamento (UE) 2018/841 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018, sobre inclusión de las emisiones y absorciones de gases de efecto invernadero resultantes del uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura en el marco de actuación en materia de clima y energía hasta 2030, no ha recogido esta posibilidad.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR ROJAS, Grethel (2005): *En busca de una distribución equitativa de los beneficios de la biodiversidad y el conocimiento indígena*, Ed. UINC, San José (Costa Rica), 390 pp.
- ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz (2009): *El Derecho Forestal de Navarra*, Ed. Gobierno de Navarra, Pamplona, 788 pp.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente (2000): «La protección del medio ambiente mediante técnicas de la normalización industrial y de la certificación», *REDA*, núm. 105: 59-77.
- ANDRADE, Benito (2011): «Un nuevo capítulo en el culebrón de ENCE y el FSC», *Rev. Quercus* núm. 299: 30-33.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés (2004a): «EMAS en el marco de los nuevos instrumentos de protección ambiental. El cumplimiento normativo como requisito del EMAS. La interrelación entre el EMAS y otros instrumentos jurídicos de protección ambiental», en vol. col. Andrés Betancor y Carlos Larrinaga (dirs.), *EMAS: análisis, experiencias e implantación*, Ed. Ecoiuris, Madrid, pp. 31-60.
- (2004b): «El Sistema Comunitario de Gestión y Auditorías Ambientales. Exposición general del régimen jurídico del EMAS: Qué es y qué requisitos exige para la participación de una organización», en vol. col. Andrés Betancor y Carlos Larrinaga (dirs.), *EMAS: análisis, experiencias e implantación*, Ed. Ecoiuris, Madrid, pp. 87-202.
- BHATTACHARYA, P.; PRASAD, R.; BHATTACHARYYA, R.; y ASOKAN, A. (2008): «Hacia la certificación de plantas medicinales y aromáticas silvestres en cuatro estados de la India», *Rev. Unasylya* vol. 59, núm. 230: 35-44.
- BLASCO HEDO, Eva (2015): *Propiedad forestal privada y energías renovables*, Ed. Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 481 pp.
- CABARLE, Bruce y RAMOS DE FREITAS, Amantino (1995): «La búsqueda de credibilidad en el ámbito de la certificación de la madera», *Rev. Unasylya*, 183.

- CASCIO, J.; WOODSIDE, G.; y MITCHELL, Ph. (1997): *Guía ISO 14000. Las nuevas normas internacionales para la administración ambiental*, Ed. McGraw-Hill, 224 pp.
- COCCIOLO, Endrius; MORA RUIZ, Manuela; NAVARRO CABALLERO, Teresa M.; PERNAS GARCÍA, J. José; y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel (2016): «La protección del medio ambiente a través de instrumentos y estrategias de mercado: mercado del agua; cambio climático y mercado de derechos de emisión; sistema de gestión y auditoría ambiental; etiqueta ecológica europea; mercado e información pública; compra pública verde», en vol. col. F. Javier Sanz Larruga y J. José Pernas García (dirs.), *Derecho Ambiental para una economía verde. Informe Red Ecover*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 251-310.
- CONESA FERNÁNDEZ-VÍTORA, Vicente (1997): *Instrumentos de la gestión ambiental en la empresa*, Ed. Mundi-Prensa, Madrid, 541 pp.
- CROSSLEY, Raquel A.; LENT, Tony; PROPPER DE CALLEJÓN, Diana; y SETHARE, Camilla (1997): «Financiación innovadora para una silvicultura sostenible», *Rev. Unasyva*, núm. 188.
- DEL ÁLAMO JIMÉNEZ, Juan Carlos (2007): *Bosques y cambio climático: la función de los bosques como sumideros de carbono y su contribución al cumplimiento del Protocolo de Kyoto por parte de España*, Ponencia presentada el 17 de diciembre de 2007 en el Foro de Bosques y Cambio Climático (Madrid), Inédito, 28 pp.
- (2009): «Certificación forestal. Garantía de futuro para nuestros bosques», *Rev. Ambienta*, núm. 87: 17-24.
- DEL CAMPO, Hermenegildo (1909): *Legislación forestal. Colección de Leyes, Decretos y demás disposiciones oficiales, dictadas en los años 1833 á 1887, anotadas y concordadas con la Legislación moderna*, Imp. Alemana, Madrid, 314 pp.
- DEL PRADO, Agustín y SANZ, María José (2016): «Implicaciones del Acuerdo de París en los sectores relacionados con los usos de la tierra, cambios de uso de la tierra y la silvicultura», *Rev. Ambienta* núm. 114: 84-95.
- DOPAZO, P. (2003): *El etiquetado ecológico. Empresa y consumo*, IV Congreso Nacional ADAME, Consumo y Derecho Ambiental, Alicante, 17-18 de diciembre de 2003.
- ESCANCIANO GARCÍA-MIRANDA, Carmen; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Esteban; y VÁZQUEZ ORDÁS, Camilo (2003): «Influencia de la certificación ISO 9000 en el avance de la empresa española hacia la calidad total», *Rev. Cuadernos de Economía y Dirección de la Empresa*, núm. 14: 99-113.
- FAO (2016): *El estado de los bosques del mundo 2016. Los bosques y la agricultura: desafíos y oportunidades en relación con el uso de la tierra*, Ed. FAO, Roma, 119 pp.

- GARCÍA ASENSIO, José Miguel (2017): *Análisis jurídico de los aprovechamientos forestales en España*, Ed. Atelier, Barcelona, 744 pp.
- (2018): «Régimen jurídico de la captura y almacenamiento de carbono atmosférico por los montes. Propuesta de creación de un instrumento económico de mercado», en esta REVISTA, núm. 51: 109-174.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando (2005): «La ordenación de los montes: gestión sostenible, instrumentos de ordenación y certificación forestal», en vol. col. Luis Calvo Sánchez (coord.), *Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes. Estudios de Derecho Forestal estatal y autonómico*, Ed. Thomson/Cívitas, Cizur Menor, p. 789-884.
- GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (2006): «Instrumentos de mercado en la tutela ambiental. Una visión actualizada sobre su implantación», *Rev. Andaluza de Administración Pública*, núm. 64: 187-229.
- (2018): «Régimen de habilitación y control administrativo de los agentes colaboradores externos en materia industrial, medioambiental y de eficiencia energética», en esta REVISTA, núm. 51: 18-64.
- GUERRA VELASCO, Juan Carlos (2011): «Neoproduktivismo, herencias, nuevos paradigmas y clorofila: los paisajes del bosque en Castilla y León», *Polígonos, Revista de Geografía*, núm. 21: 223-258.
- HERNÁNDEZ, Eva; BLOUNT, Estefanía; y MARTÍNEZ, Carlos (2003): *Guía informativa sobre la certificación forestal FSC*, Ed. ISTAS, Madrid, 67 pp.
- IBARRA SARLAT, Rosalía (2012): «El Mecanismo de Desarrollo Limpio. Estudio crítico de su régimen jurídico a la luz del imperativo de sostenibilidad», Monografía asociada a la *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 20, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 482 pp.
- KIEKENS, Jean Pierre (1995): «La certificación de la madera: una posición crítica», *Rev. Unasyvla* 183.
- LJUNGMAN, C. LENNART S.; MARTIN, R. MICHAEL; y WHITEMAN, Adrian (1999): *Más allá de la ordenación forestal sostenible: oportunidades y desafíos para una mejor ordenación forestal en el próximo milenio*, Ed. FAO, Roma, 48 pp.
- MARCILLA GARCÍA, María (2012): «La certificación forestal», *Rev. Foresta* núm. 55: 148-151.
- MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE (2000): *Estrategia Forestal Española*, Ed. Organismo Autónomo de Parques Nacionales, Madrid, 240 pp.
- (2002): *Plan Forestal Español*, Ed. Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, 134 pp.
- MONTERO, José Antonio (2010): «La Unión Europea dice no a las importaciones de madera ilegal», *Rev. Quercus* núm. 295: 54 y 55.

- (2011): «Instan al próximo Gobierno a que apueste por los bosques», *Rev. Quercus* núm. 310: 12.
- MORA RUIZ, Manuela (2007): *La gestión ambiental compartida: función pública y mercado*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 428 pp.
- MORENO MOLINA, José Antonio (1998): *La protección ambiental de los bosques*, Ed. Marcial-Pons, Madrid, 251 pp.
- MUTHOO, M.K. (2012): «La certificación forestal y la economía verde», *Rev. Unasylya*, núm. 239: 17-23.
- OZINGA, Saskia (2004): «Ha llegado el momento de determinar los efectos de la certificación en la ordenación forestal sostenible», *Rev. Unasylya*, núm. 219, vol. 55: 33-38.
- PÉREZ GABALDÓN, Marta (2013): *La gestión intergubernamental de la Política de Cambio Climático en España*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 406 pp.
- PINAR, Susana (1999): «Sociedades económicas e ingenieros de montes en Filipinas. Sobre el aprovechamiento forestal durante el periodo de administración española, 1775-1898», *Rev. de Indias*, vol. LIX: 417-437.
- PRIETO ÁLVAREZ, Tomás (2005): «La política forestal y la Unión Europea», en vol. col. Luis Calvo Sánchez (coord.), *Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes. Estudios de Derecho Forestal estatal y autonómico*, Ed. Thomson/Cívitas, Cizur Menor, p. 93-139.
- REYES LÓPEZ, María José (2016): «Energías renovables y protección al consumidor», en vol. col. Inmaculada Revuelta Pérez (dir.), *La regulación de las energías renovables a la luz del Derecho de la Unión Europea*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, p. 195-233.
- RIERA, Pere; BREY, Raul; y MAUSAR, Robert (2006): «Eficiencia y equidad de políticas forestales. Un análisis gráfico de equilibrio parcial», *Cuadernos Económicos de ICE*, núm. 71: 251-266.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, D. (2017): «El sector forestal y los mercados de carbono», en vol. col. 7º Congreso Forestal Español. *Gestión del monte: servicios ambientales y bioeconomía*, Ed. SECF, Plasencia, 12 pp.
- RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca (2016): «Montes y medio ambiente: perspectivas nuevas, retos nuevos», en vol. col. Fernando López Ramón (coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2016*, Ed. CIEMAT, Madrid, p. 659-678.
- (2017): «COP 21: nuevas perspectivas para los montes por su función mitigadora ante el cambio climático», *RDUyMA*, núm. 311: 411-430.
- (2018): «La regulación climática en el medio natural: absorción y compensación CO<sub>2</sub> en el sector UTCUTS y el singular potencial de los montes», en vol. col. Susana Galera y Mar Gómez (eds.), *Políticas locales de clima y energía: teoría y práctica*, Ed. INAP, Madrid, p. 621-646.



- RUBIO DE LA IGLESIA, Carmelo (1996): *San Leonardo de Yagüe: historia y cultura*, Ed. Ayuntamiento de San Leonardo de Yagüe, Soria, 295 pp.
- SARASÍBAR IRIARTE, Mirem (2007): *El Derecho Forestal ante el cambio climático: las funciones ambientales de los bosques*, Ed. Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 301 pp.
- SHEPPARD, Hale E. (2000): «Certificación forestal: un mecanismo de mercado para la protección de los bosques chilenos», *Rev. Chilena de Derecho*, vol. 27, núm. 1: 103-133.
- SOTO, Miguel Ángel (2003): «El comercio de madera ilegal en España y su impacto sobre los bosques del planeta», *Rev. Quercus* núm. 207: 26-31.



# EL IMPUESTO SOBRE LOS GRANDES ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES Y EL DERECHO COMUNITARIO: SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 26 DE ABRIL DE 2018

FERNANDO LÓPEZ PÉREZ

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. BREVE REFERENCIA A LA TRIBUTACIÓN MEDIOAMBIENTAL EN LA UNIÓN EUROPEA.– III. NATURALEZA Y OBJETO DEL IGEC: 1. La naturaleza extrafiscal del IGEC. 2. El objeto, el hecho imponible y la base imponible del IGEC. 3. Excurso sobre el IGEC y el modelo de ciudad compacta.– IV. LA CONSIDERACIÓN DEL IGEC COMO CONTRARIO AL DERECHO COMUNITARIO: LA POSIBLE INFRACCIÓN DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y DEL RÉGIMEN DE AYUDAS DE ESTADO: 1. Preludio. 2. El IGEC ante la libertad de establecimiento proclamada en el artículo 49 del TFUE. 3. El IGEC ante el régimen de ayudas de estado de los artículos 107 a 109 del TFUE.– V. CONCLUSIONES.– VI. BIBLIOGRAFÍA.*

*RESUMEN:* El impuesto sobre grandes establecimientos comerciales fue aprobado por seis Comunidades Autónomas, siendo Cataluña la primera, en el año 2000. Desde entonces ha vivido en una constante polémica que comenzó con las dudas sobre su constitucionalidad. En los últimos años, las dudas han venido del Derecho comunitario, en concreto acerca de la posible infracción del derecho a la libertad de establecimiento y del régimen de ayudas de estado. En este artículo se hace un análisis de este impuesto ambiental, confrontándolo con el Derecho de la Unión Europea y examinando las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de abril de 2018 que, con carácter general, han validado el impuesto.

*Palabras clave:* ayudas de Estado; ciudad compacta; Comunidades Autónomas; fiscalidad ambiental; impuesto sobre grandes establecimientos comerciales; incumplimiento del derecho comunitario; libertad de establecimiento; libre circulación; libre prestación de servicios; protección del medio ambiente y el entorno urbano; medidas selectivas; movilidad sostenible.

*ABSTRACT:* The tax on large retail establishments was adopted by six Spanish Autonomous Communities, with Cataluña being the first in 2000. Since then, much controversy has surrounded the legal basis of this tax, including doubts about its constitutionality. In recent years, doubts have come from community law, in particular, about the possible infringement of the right to freedom of establishment and the State aid scheme. In this

*paper, an analysis of this environmental tax is made, confronting it with the European Union law and examining the judgments of the Court of Justice of the European Union of April 26, 2018. This judgments, in general, have validated the tax.*

*Key words: State aid; compact city; spanish Autonomous Communities; environmental taxation; tax on large retail establishments; infringement of european union law; freedom of establishment; free movement; freedom to provide services; protection of the environment and town and country planning; selective measure; sustainable mobility.*

## I. INTRODUCCIÓN

La aparición hace cuatro décadas de los primeros grandes establecimientos comerciales en España, y su rápida expansión y consolidación como alternativa no sólo de consumo sino también de ocio, hizo germinar una preocupación desde varios frentes. Por un lado, el de la mutación en la oferta, con especial afección sobre el pequeño o mediano comercio, que veía a las grandes multinacionales que estaban detrás de la implantación de estos establecimientos como el enemigo competidor que ponía en peligro su *status quo* anterior. A la par, el cambio en la fisonomía de las urbes, por cuanto la implantación de este formato comercial es habitual que lo sea en el extrarradio de las ciudades. En definitiva, desde el punto de vista económico/comercial, y desde la perspectiva urbanística y territorial, el surgimiento de este tipo de establecimientos generó una cierta inquietud, de la que el legislador no pudo (no quiso) huir, fundamentalmente por la presión que los comerciantes tradicionales ejercieron.

Este es muy resumidamente el origen de la regulación que en esta materia de grandes establecimientos comerciales se adoptó con la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. A través de esta norma, entre otras muchas cuestiones tratadas ajenas al objeto de mi trabajo, se introdujo la conocida como segunda licencia comercial preceptiva para los denominados grandes establecimientos comerciales (generalmente, aquellos que contasen con más de 2.500 m<sup>2</sup> de superficie de venta), de carácter autonómico, en cuyo otorgamiento primaban los criterios económicos, esencialmente en razón al impacto que la nueva implantación del gran establecimiento pudiese tener en la oferta comercial tradicional en su ámbito de implantación (1). La cuestión territorial o urbanística quedaba, en consecuencia, en un segundo plano.

---

(1) Así, el artículo 6.2 de esta Ley 7/1996 en su redacción original indicaba que «el otorgamiento o la denegación de la licencia mencionada en el apartado anterior se acordará ponderando especialmente la existencia, o no, de un equipamiento comercial adecuado en la zona afectada por el nuevo emplazamiento y los efectos que éste pudiera ejercer sobre la estructura comercial de aquélla».

En cualquier caso no parece que esta segunda licencia de índole comercial constituyese un impedimento insalvable a tenor del ritmo de implantación de grandes establecimientos comerciales, y más bien lo que hizo fue configurar un amplio espacio de discrecionalidad en cuanto a su otorgamiento, que quedaba en muchas ocasiones al albur de un criterio de oportunidad política.

Toda esta cuestión debió mutar radicalmente con la aprobación de la Directiva de Servicios (Directiva 2006/123/CE), que venía a modificar el sistema anterior, arrumbando (al menos así se pretendía) este régimen de segunda licencia basada en criterios económicos y comerciales, para instaurar un sistema en el que la posibilidad de exigirse esta segunda licencia debía fundamentarse en la concurrencia de razones imperiosas de interés general que justificasen la intervención administrativa. Entre estas razones imperiosas se hallarían las relativas a la protección del entorno urbano o el medio ambiente.

A la par, los grandes establecimientos comerciales despertaron, ya entrado el nuevo siglo, un afán recaudador en determinadas Comunidades Autónomas (Cataluña fue la primera en el año 2000), mediante la creación de un impuesto específico que grava el funcionamiento de esta clase de establecimientos, el conocido como Impuesto sobre los Grandes Establecimientos Comerciales (en adelante, el IGEC), cuya finalidad es la de compensar el impacto sobre el territorio y el medio ambiente que este tipo de edificaciones causan. Está configurado, por tanto, como un tributo medioambiental de naturaleza extrafiscal. Este segundo mecanismo de intervención, adoptado con posterioridad en otras cinco Comunidades Autónomas (Navarra, Principado de Asturias, Aragón, La Rioja y Canarias), también buscaría poner freno a la constante implantación de grandes establecimientos comerciales en España, y tampoco ha estado exento de constante polémica.

En este sentido, los ataques sobre este impuesto han sido variados y extensos, y ello tanto en el plano doctrinal o teórico, como judicial, y desde luego las peticiones para su supresión han sido ciertamente recurrentes (2).

De hecho, desde la aprobación de la primera regulación del IGEC en Cataluña, surgió la aspiración de las empresas afectadas [fundamentalmente

---

(2) Aunque en el texto se hará referencia a otras críticas por parte de la doctrina al impuesto, cabe destacar en primer lugar las vertidas por el *Informe de la Comisión de expertos para la reforma del sistema tributario español de 2014* (conocido como *Informe Lagares* en referencia a su Presidente Sr. Lagares Calvo, Catedrático de Hacienda Pública). Así, dentro de este extenso Informe, muy mediático en su momento aunque de escaso impacto real sobre el sistema tributario español, se halla la Propuesta número 97, la cual alude a que «deberían suprimirse los impuestos autonómicos sobre grandes superficies comerciales y de servicios por sus efectos negativos económicos sobre la unidad de mercado y sobre la eficiencia económica». Fuente: <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Prensa/En%20Portada/2014/Documents/Informe%20expertos.pdf> (última consulta el 6 de julio de 2018).

a través de su patronal de grandes empresas de distribución ANGED (3)] a fin de conseguir su supresión, poniendo incluso en entredicho su constitucionalidad misma (4), basándose en que el hecho imponible del IGEC coincidiría con otros tributos locales o estatales (IAE e IBI), que no quedaba clara su calificación como impuesto extrafiscal o la vulneración del principio de capacidad económica. En cualquier caso, el Tribunal Constitucional falló a favor del IGEC de forma reiterada en diversas sentencias (5), dejando clara la adecuación de este tributo a la Constitución.

Pero la oposición a este tributo medioambiental no sólo ha venido desde dentro de nuestras fronteras, sino que también ha tenido en el ámbito de la Unión Europea un cuestionamiento continuo, con participación activa de la Comisión Europea, y que ha culminado con la resolución por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE o TJCE por su denominación anterior) de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo en relación a la conformidad del IGEC respecto al régimen de ayudas de estado y al derecho a la libertad de establecimiento, tal y como se configuran en el derecho comunitario.

En este sentido, a través de tres sentencias de 26 de abril de 2018, el TJUE se ha pronunciado al respecto de las citadas cuestiones prejudiciales, declarando la compatibilidad del IGEC de las Comunidades Autónomas que lo mantienen vigente (Cataluña, Aragón y Principado de Asturias) con el Derecho de la Unión. La trascendencia de estas decisiones jurisprudenciales resulta evidente para el mantenimiento de este tributo —más bien deberíamos hablar de *supervivencia*, si tenemos en cuenta el tortuoso camino recorrido por el IGEC— y probablemente constituyan la consolidación definitiva de un impuesto que, desde su primera versión, ha vivido en constante controversia.

En el presente trabajo pretende abordarse el estudio de este impuesto, su naturaleza y características principales, así como realizar un análisis de las recientes sentencias del TJUE de 26 de abril de 2018.

---

(3) ANGED, Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución, es un lobby registrado como tal ante la Unión Europea, encuadrada en los «grupos de presión dentro de las empresas y asociaciones comerciales, empresariales o profesionales». Fuente: <http://ec.europa.eu/transparencyregister/public/consultation/displaylobbyist.do?id=372186015628-03> (última consulta el 18 de julio de 2018).

(4) De las dudas sobre su constitucionalidad se advirtió desde los inicios por la doctrina. Así, a modo de ejemplo, puede consultarse a AMATRIAIN CÍA (2002: pp. 52 y 53), SÁNCHEZ GRAELLS (2005: *in totum*) y (2006: *in totum*) o AYMÀ I BARBANY (2007: pp. 23 a 24 y 29), entre otros muchos autores.

(5) Sentencia del Tribunal Constitucional número 122/2012, de 5 de junio; sentencia núm. 197/2012, de 6 de noviembre; sentencia núm. 208/2012, de 14 de noviembre; sentencia núm. 96/2013, de 23 de abril; sentencia núm. 200/2013, de 5 de diciembre; y sentencia núm. 53/2014, de 10 de abril.

## II. BREVE REFERENCIA A LA TRIBUTACIÓN MEDIOAMBIENTAL EN LA UNIÓN EUROPEA

El origen de la Unión Europea es, al margen de consideraciones geopolíticas derivadas de la II Guerra Mundial evidentemente claves en su fundación, esencialmente económico. Así, la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), creada mediante el Tratado de París de 1951, la constitución de la Comunidad Económica Europea (CEE), a través del Tratado de Roma de 1957, y la culminación en 1993 de la creación del mercado único con las libertades de circulación (mercancías, servicios, personas y capitales), por indicar algunos de los principales hitos de la construcción de la Europa comunitaria, constituyen un buen ejemplo de este sustrato económico.

No obstante, la Conferencia de Estocolmo de 1972 —Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano—, constituyó un punto de inflexión en materia ambiental, que influyó en que la entonces CEE desarrollase una política medioambiental propia, a través de la cual mejorar la calidad de vida de sus ciudadanos, impregnando el resto de políticas europeas, y que tuvo como primer hito la adopción del Primer Programa de las Comunidades Europeas de Acción Medioambiental en noviembre de 1973. A día de hoy, puede afirmarse que la Unión Europea es uno de los actores más importantes, sino el que más, en materia medioambiental.

No es difícil atisbar en estas dos caras de la actual Unión Europea (la económica por un lado, y la ambiental por el otro) la generación de no pocas tensiones (6), especialmente patentes en el caso del IGEC, por cuanto todo el cuestionamiento al que ha sido constantemente sometido, tiene su origen en esta contraposición entre libertades económicas y la protección medioambiental (7).

---

(6) De *tensión* califican CARBAJO VASCO y HERRERA MOLINA (2004: pp. 91 a 93) la relación entre la finalidad ambiental que se reconoce en los Tratados comunitarios y las libertades económicas también amparadas por el acervo comunitario.

(7) Agravando el problema, téngase en cuenta que, como indica VILLAR RUBIO (2015: p. 6), a nivel comunitario, «la política fiscal medioambiental se caracteriza por un bajo nivel de armonización fiscal, materializado en movimientos aislados que dificultan los procesos de convergencia en presión fiscal medioambiental», lo que en último término supone que la implantación nacional de impuestos que no son comunes en otros países comunitarios, va a tener como consecuencia natural que a priori sea visto con cierto recelo, en cuanto pueda constituir algún tipo de cortapisa a la libre circulación de mercancías o la libertad de establecimiento, por ejemplo. Así, indica esta misma autora —p. 11— que «es necesario que las actuaciones y avances en materia de fiscalidad medioambiental se coordinen a nivel europeo con el fin de evitar intentos aislados de internalizar los efectos externos, lo cual actuaría socavando la competencia de los sistemas fiscales europeos y empujaría a la deslocalización de las empresas más contaminantes en busca de lugares con una política fiscal medioambiental más laxa, o incluso inexistente, lo que cambiaría únicamente el lugar de emisión de los agentes contaminantes, pero el efecto global seguiría siendo el mismo».

Paralelamente a la creciente preocupación por el medio ambiente, existe un intento por conseguir que el mercado interiorice las externalidades negativas que en la producción y consumo de bienes y servicios se causan sobre aquél, y «evocando la necesidad de establecer una serie de mecanismos a través de los cuales el mercado limite el uso indiscriminado y el abuso de recursos naturales» (8).

Es así como surgen los denominados tributos medioambientales, partiendo de las ideas del economista PIGOU en los años 20 del siglo pasado, quien consideraba las externalidades como un fallo de mercado que debía ser corregido mediante un mecanismo impositivo (9). Y es que, como indica BUÑUEL GONZÁLEZ (2004: p. 31), «las externalidades negativas, como la contaminación, suponen un fallo de mercado. El mercado falla porque los consumidores o productores que contaminan y degradan el medio ambiente no pagan por ello. Con su actividad causan un perjuicio a la sociedad en su conjunto, que el mercado sólo tendría en cuenta si los perjudicados detentaran el derecho de propiedad sobre los recursos naturales afectados (el aire, el agua, etc.)». Todo ello ha hecho que la protección del medio ambiente desde la vertiente de la fiscalidad cuente con una serie de ventajas que la han hecho muy recomendable, tales como su efecto disuasorio en el abuso sobre recursos naturales escasos, su potencial recaudatorio para la financiación de programas de política medioambiental, etc. (10).

El problema que se plantea en los tributos medioambientales es el riesgo del que nos hablan CARBAJO VASCO y HERRERA MOLINA (2004: p. 89), en el sentido de que bajo la bandera medioambiental, que es utilizada como excusa, se creen figuras esencialmente recaudatorias. Es precisamente esto lo que se ha achacado al IGEC, tributo autonómico que, como ya he adelantado, se introdujo por primera vez en la Comunidad Autónoma de Cataluña a través de la Ley 16/2000, de 29 de diciembre, del Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales. Desde entonces, otras cinco Comunidades Autónomas —Navarra, Principado de Asturias, Aragón, La Rioja y Canarias— lo han ido adoptando en su ordenamiento en uso de las competencias fiscales reconocidas en la Constitución, y amparadas en la interpretación que sobre las mismas ha otorgado el Tribunal Constitucional.

Volviendo a la esfera comunitaria, la apuesta de la Unión Europea por un fomento de la fiscalidad verde es clara, en un intento de trasladar la presión fiscal del trabajo a la contaminación. Así, sirva de ejemplo lo manifestado por el VII Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente

---

(8) VILLAR RUBIO (2015: p. 5)

(9) MAGADÁN (2009: p. 276)

(10) DE PRADA GARCÍA (2002: p. 26)



hasta 2020 «Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta» (11), en el cual, dentro del Objetivo prioritario número 6 —«Asegurar inversiones para la política en materia de clima y medio ambiente y abordar las externalidades medioambientales»—, se afronta la cuestión de la fiscalidad verde, solicitando a los Estados miembros que se aplique el principio de quien contamina paga de una forma más sistemática así como el uso de medidas fiscales en apoyo del uso sostenible de los recursos (12).

A tenor de lo anterior, tras las primeras experiencias de implantación de instrumentos fiscales para proteger el medio ambiente en países nórdicos en la década de 1990 (13), lo cierto es que el crecimiento en la implantación de este tipo de tributos verdes en la Unión Europea y su recaudación ha resultado evidente, aunque su peso relativo respecto de la recaudación total a través de los restantes tributos sigue manteniendo un carácter casi residual y no alcanza lo esperado.

Así se desprende de los datos facilitados por EUROSTAT (a fecha de 2016, que es el último ejercicio con datos publicados). Y es que, aunque desde el año 2004 la recaudación por tributos ambientales ha aumentado en un 2,3% anual en la Unión Europea, sin embargo la proporción de los impuestos ambientales frente al total de los ingresos fiscales, ha retrocedido del 6,8% en 2004 al 6,3% en 2016 (14).

En cuanto afecta a España, los datos no son demasiado positivos en materia de recaudación por tributos medioambientales. Al respecto, cabe indicar la llamada de atención de la Comisión Europea en febrero de 2017, al señalar que «a lo largo de la última década, los ingresos de España procedentes de impuestos relacionados con el medio ambiente siguieron siendo de los más bajos de la UE. Los impuestos ambientales tan solo representaron un 1,85% del PIB en 2014, frente a la media de la UE del 2,46%. Aunque se han adoptado algunas medidas en los últimos años, principalmente en el sector de la energía, los avances en materia de fiscalidad medioambiental son muy limitados. También existe una cierta dispersión normativa y con respecto a

---

(11) Decisión número 1386/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de noviembre de 2013 relativa al Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2020 «Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta».

(12) Téngase en cuenta al respecto de los sucesivos Programas Ambientales de la Unión Europea que, como señala FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ (2013: p. 72), se trata de uno de los ejes esenciales de la política ambiental de la Unión. Por otra parte, el fomento de la utilización de tributos verdes en la Unión Europea, ya se encontraba en anteriores Programas Ambientales, tal y como indican GUTIÉRREZ DUARTE, RODRÍGUEZ LÓPEZ y GALVÁN VALLINA (2013: pp. 48-51).

(13) LÓPEZ-GUZMÁN GUZMÁN, LARA DE VICENTE, FUENTES GARCÍA y VEROZ HERRADÓN (2006: p. 328).

(14) Fuente: [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Environmental\\_tax\\_statistics](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Environmental_tax_statistics) (última consulta: 9 de julio de 2018).

determinados impuestos un enfoque heterogéneo a escala regional e incluso local. España todavía debe afrontar el desafío de desplazar la fiscalidad que grava el trabajo a otros impuestos menos perjudiciales para el crecimiento, además del importante reto de reducir las subvenciones perjudiciales para el medio ambiente» (15).

### III. NATURALEZA Y OBJETO DEL IGEC

#### 1. La naturaleza extrafiscal del IGEC

El IGEC aprobado por las seis Comunidades Autónomas antedichas se identifica con los denominados tributos extrafiscales (16), esto es, como señala SOLER ROCH (2008: p. 87), es un impuesto que responde a la consecución de objetivos determinados por el legislador, en el marco de la política desarrollada por los poderes públicos, perteneciendo al ámbito de los denominados *impuestos de ordenación*, distinguiéndose del grueso de la tributación general, los denominados *impuestos de financiación*, por no responder a finalidades estrictamente recaudatorias. De hecho, seguramente, es la finalidad ambiental la que está detrás de gran parte de los tributos extrafiscales.

La función extrafiscal de los tributos está plenamente admitida por el Tribunal Constitucional, siempre y cuando tengan anclaje en algunos de los preceptos constitucionales en los que se establecen principios rectores de política social y económica —como nos recuerda CHECA GONZÁLEZ (2016: p. 23)—. Y la admisión de los tributos extrafiscales lo es pese a que no se recoja de forma

---

(15) Fuente: [http://ec.europa.eu/environment/eir/pdf/factsheet\\_es\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/environment/eir/pdf/factsheet_es_es.pdf) (Última consulta: 9 de julio de 2018). También resulta revelador sobre el caso español, el Informe elaborado por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) —publicado junto con el MAGRAMA en su edición en castellano— titulado «Análisis económico de los resultados medioambientales de la OCDE. España 2015», en el que se afirma —p. 80— que «los ingresos derivados de los impuestos medioambientales han disminuido ininterrumpidamente desde 2007. A lo largo de la última década, ha descendido su peso específico tanto en el total de ingresos fiscales como en el Producto Interior Bruto (PIB); actualmente se encuentran entre los más bajos de los miembros de la OCDE pertenecientes a la Unión Europea». Disponible en internet en [https://read.oecd-ilibrary.org/environment/analisis-de-los-resultados-medioambientales-de-la-ocde-espana-2015\\_9789264250383-es#page2](https://read.oecd-ilibrary.org/environment/analisis-de-los-resultados-medioambientales-de-la-ocde-espana-2015_9789264250383-es#page2) (última consulta: 6 de julio de 2018).

(16) Así se resaltaba en las legislaciones autonómicas reguladoras del IGEC: la exposición de motivos de la Ley 16/2000, de 29 de diciembre, del Impuesto sobre Grandes establecimientos de Cataluña y de la Ley Foral 23/2001, de 27 de noviembre, para la creación de un impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales. En el Principado de Asturias, así se proclama en el artículo 19.1 del texto refundido de las disposiciones legales del Principado de Asturias en materia de tributos propios (Decreto Legislativo 1/2014, de 23 de julio); o el artículo 39.Dos de la Ley 4/2012, de 25 de junio, de medidas administrativas y Fiscales de Canarias.

expresa en la Constitución tal finalidad, amparándose igualmente que sean las Comunidades Autónomas las que los implanten, con base en su competencia tributaria. Así puede consultarse la sentencia de este Tribunal núm. 37/1987, de 26 de marzo (17).

Ahora bien, ello no implica en modo alguno que esta clase de tributos con finalidad extrafiscal pueda olvidar los principios tributarios que rigen en España y que tienen reflejo expreso en la Constitución, como el artículo 31, de tal manera que, como indican SESMA SÁNCHEZ y CORDERO GONZÁLEZ (2005: pp. 46 y 47), «los tributos de inspiración extrafiscal no pueden desconocer, sin embargo, el principio constitucional de capacidad económica, debiendo recaer, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia 37/1987, de 23 de marzo, sobre hechos indicativos de riqueza, que pongan de manifiesto la capacidad del sujeto para hacer frente al pago de la deuda tributaria» (18).

---

(17) En cuyo F. 13 afirma que «es cierto que la función extrafiscal del sistema tributario estatal no aparece explícitamente reconocida en la Constitución, pero dicha función puede derivarse directamente de aquellos preceptos constitucionales en los que se establecen principios rectores de política social y económica (señaladamente, arts. 40.1 y 130.1), dado que tanto el sistema tributario en su conjunto como cada figura tributaria concreta forman parte de los instrumentos de que dispone el Estado para la consecución de los fines económicos y sociales constitucionalmente ordenados [...]. Sentado lo anterior, es preciso determinar si la función extrafiscal de los tributos tiene o no lícito acomodo en el ámbito del poder tributario autonómico. La respuesta ha de ser también afirmativa. Pues, en efecto, ni en la Constitución ni en la LOFCA existe precepto alguno que prohíba a las Comunidades Autónomas actuar su potestad tributaria —y, en concreto, su poder de imposición— en relación con la consecución de objetivos no fiscales. Antes bien, la Constitución concede autonomía financiera a las Comunidades Autónomas «para el desarrollo y ejecución de sus competencias» (art. 156.1), lo que permite admitir la facultad de aquéllas para utilizar también el instrumento fiscal —como parte integrante de su autonomía financiera— en la ejecución y desarrollo de todas las competencias que hayan asumido en sus respectivos Estatutos de Autonomía y respecto de las cuales dicha utilización sea necesaria. Con ello hay, en definitiva, un implícito reconocimiento constitucional del principio de instrumentalidad fiscal en la esfera de la imposición autónoma». Al respecto de esta sentencia, puede consultarse a ESCRIBANO LÓPEZ (2008: p. 145). Por lo demás, esta doctrina es mantenida en la actualidad por el propio Tribunal Constitucional, como prueba la más reciente sentencia núm. 122/2012, de 5 de junio o la núm. 96/2013, de 23 de abril.

(18) En el mismo sentido BAENA AGUILAR (2002: pp. 188 y 189). Y sobre los restantes principios constitucionales tributarios y su relación con la tributación medioambiental, puede consultarse a CAZORLA PRIETO (2008: pp. 53 a 84). Por otro lado, en lo concerniente al principio de capacidad económica, resulta muy interesante la aportación de HERRERA MOLINA (2000: pp. 60 y 61), al indicar que «la jurisprudencia española parece asumir implícitamente la distinción entre capacidad económica «absoluta» y «relativa», considerando que en los tributos extrafiscales en los que el hecho imponible deberá seguir gravando una cierta capacidad económica —entendida como mera riqueza potencial presente en la generalidad de los casos previstos por el legislador— mientras que la base podrá desentenderse de la capacidad económica relativa para atender al fin extrafiscal. Pensamos, sin embargo, que este planteamiento es inexacto, pues la mera presencia de «riqueza potencial» en el hecho imponible no supone ninguna garantía de justicia para el contribuyente. En el caso de los impuestos extrafiscales

Y así ocurre en las distintas regulaciones autonómicas del IGEC, tal y como veremos a continuación, al atender la base imponible, por ejemplo, a la superficie total de venta, lo que sí que constituye una manifestación de riqueza, aunque sea potencial.

En cualquier caso, en lo que afecta a la tributación medioambiental, como ya he señalado con anterioridad, la imposición se justifica en gran medida en el tradicional principio de *quien contamina paga* —actualmente contemplado en el artículo 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [en adelante TFUE (19)]—, esto es, que los costes de la contaminación han de imputarse al agente contaminante, entendiendo por tal la persona física o jurídica, sometida a derecho privado o público, que directa o indirectamente deteriora el medio ambiente o crea las condiciones para que se produzca dicho deterioro (20). Es la propia Agencia Europea del Medio Ambiente (organismo de la Unión Europea cuya finalidad es facilitar a la propia Unión y a los Estados miembros la toma de decisiones informadas sobre la mejora del medio ambiente) la que indica que «una de las ventajas decisivas de los impuestos medioambientales es que corrigen las señales de precio falsas en el mercado, incorporando a los precios los costes de la contaminación y otros costes medioambientales. Un proceso que consiste tanto en determinar correctamente los precios como en aplicar el principio de quien contamina paga» (21).

Cuestión distinta es que, como indica HERRERA MOLINA (2008: pp. 195 y 196), el cumplimiento estricto de la aplicación de este principio típico de la legislación ambiental debería precederse de un cálculo real sobre los costes ambientales a internalizar. Sin embargo este cálculo no se ha realizado en la

---

deberá llevarse a cabo, más bien, un control de proporcionalidad. Para ello deberá examinarse, en primer término, si el impuesto es idóneo para conseguir el fin extrafiscal y si ello se realiza con la mínima lesión posible del principio de capacidad económica (v. gr., sin desvirtuar innecesariamente la progresividad del gravamen). Además, deberá ponderarse el bien ambiental conseguido y la lesión del principio de capacidad económica».

(19) Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea de 26 de octubre de 2012 (C 326/47).

(20) Así, puede consultarse a HERRERA MOLINA (2000: pp. 41 y 42 y 2008: p. 188), RODRÍGUEZ MUÑOZ (2004: p. 127) o a LOZANO CUTANDA (2010: pp. 97 y 98), entre otros muchos autores en igual sentido. En cualquier caso, cabe advertir que los impuestos medioambientales no deben configurarse como un «permiso para contaminar», lo que les acercaría al concepto tributario de «tasa», y es que, como señala BORRERO MORO (2014: p. 382), «construirlo como tasa, en tanto es instrumento de resarcimiento ambiental, supondría el efecto inaceptable para el ordenamiento de autorizar al contaminador a contaminar, con la carga de soportar los gastos de la actividad de saneamiento».

(21) Tal y como indica la AGENCIA EUROPEA DEL MEDIO AMBIENTE en su Informe «El tributo ambiental: aplicación y efectividad sobre el medio ambiente», 2008. Disponible en internet en <https://www.eea.europa.eu/es/publications/92-9167-000-6-sum/page001.html> (Última consulta: 9 de julio de 2018).

aprobación del IGEC, en parte por la dificultad técnica que conlleva cuantificar el impacto real que un gran establecimiento comercial produce (22). Y es que, como expresan SESMA SÁNCHEZ y CORDERO GONZÁLEZ (2005: pp. 17 a 21), la aprobación de este gravamen a los grandes establecimientos comerciales no ha sido precedido de un análisis previo del impacto de este tipo de comercios respecto de las externalidades negativas que se supone causan. Pero lo cierto, así lo reconocen estas mismas autoras, es que en modo alguno resulta necesario este estudio. Ahora bien, ello no obsta para que resulte necesario aplicar un criterio de proporcionalidad que lo controle. A priori esta sería una cuestión clave a la hora de juzgar conforme al derecho comunitario el IGEC, pero lo cierto es que, como veremos más adelante, el TJUE no ha considerado esencial esta circunstancia.

En cualquier caso, no cabe duda de la plena aceptación de los tributos extrafiscales en el ordenamiento español, de forma similar a como lo admiten otros países de nuestro entorno. Todo ello en un intento de que el mercado asuma las externalidades negativas que se generan en determinadas actividades, y con un propósito ordenador del poder público, que pretende mediante la implantación de esta clase de tributos modificar la conducta de los agentes económicos hacia prácticas más sostenibles (23). De hecho, es la tributación

---

(22) Con carácter general al respecto de los tributos medioambientales, téngase en cuenta lo indicado por LÓPEZ DÍAZ (2013: pp. 238 y 239), en cuanto a que «el establecimiento de instrumentos fiscales para la mejora medioambiental debiera ir acompañado de la determinación de los objetivos que con los mismos se pretenden, así como de los indicadores adecuados para su evaluación. Tanto las medidas de gravamen como los beneficios fiscales u otras ayudas dirigidas a la mejora medioambiental debieran evaluarse periódicamente y, en función de los logros obtenidos, decidir sobre su mantenimiento, modificación o supresión». Ahora bien, no puede soslayarse la dificultad existente a la hora de valorar económicamente el impacto que una determinada actividad o conducta tiene sobre el concreto bien a proteger, pensemos, por ejemplo, en la contaminación del agua o del aire, donde resulta muy difícil cuantificar el impacto monetario concreto que se causa.

(23) Y este es el sentido en el que se pronuncia el propio Tribunal Constitucional en lo concerniente a los tributos extrafiscales, al declarar —sentencia núm. 122/2012, de 5 de junio, F. 4— que «partiendo de esta doctrina, otro de los criterios que podría ser útil para distinguir los hechos imponibles de dos impuestos es si su finalidad es básicamente fiscal o extrafiscal, pues a diferencia del tributo con finalidad fiscal o recaudatoria, en el tributo primordialmente extrafiscal «la *intentio legis* del tributo no es crear una nueva fuente de ingresos públicos con fines estrictamente fiscales o redistributivos» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 13), no es el mero gravamen de una manifestación de riqueza, de capacidad económica exteriorizada, sino coadyuvar a disuadir a los sujetos pasivos de la realización de una determinada conducta, del incumplimiento de ciertas obligaciones o, dicho en términos positivos, su intención es estimular o incentivar una determinada actuación. Ahora bien, ni la mera declaración de intenciones sobre la finalidad de un tributo es suficiente para salvar el obstáculo del art. 6.3 LOFCA, ni tampoco basta, a los efectos de distinguir sus hechos imponibles, con incorporar a un impuesto primordialmente fiscal una finalidad extrafiscal adicional. La finalidad extrafiscal tendrá que aparecer reflejada en la estructura del impuesto y plasmarse en su hecho imponible, y no será

ambiental uno de los instrumentos económicos más eficaces en la tarea de proteger el medio ambiente —OME BARAHONA (2016: p. 594)—.

El problema radica, sin embargo, en conocer si la regulación material del IGEC en las diferentes Comunidades Autónomas es o no acorde con dicha naturaleza del tributo extrafiscal, esto es, el intento del poder público a fin de fomentar y promover que la implantación del comercio coadyuve a alcanzar un ideal de ciudad lo más acorde posible con el medio ambiente, más allá de que tenga un componente recaudatorio que pueda dedicarse a la financiación de actuaciones de carácter medioambiental.

## 2. El objeto, el hecho imponible y la base imponible del IGEC

Como ya anticipara más arriba, se mantiene la sospecha desde la primera aparición del IGEC sobre el verdadero origen y fin de este impuesto. Esta desconfianza se basa en que la finalidad última del tributo pudiese ser la meramente recaudatoria de fondos públicos a costa de una determinada tipología comercial, favoreciendo además al pequeño o mediano comercio al encarecer la estructura de costes de los grandes establecimientos comerciales, desvirtuando así la finalidad ordenadora (modificadora de conductas) del IGEC. Por ello, resulta indispensable, al menos, analizar el objeto, el hecho imponible y la base imponible de este tributo medioambiental.

En las regulaciones del IGEC se establece que el objeto del impuesto es gravar la singular capacidad económica que concurre en los grandes establecimientos, al entender que su funcionamiento genera externalidades negativas en el territorio y el medio ambiente, cuyo coste no asumen, como dispone resumidamente el artículo 6 de la Ley 5/2017, de 28 de marzo, de Cataluña, y con un contenido análogo las restantes Comunidades Autónomas que han introducido este impuesto. Así, *prima facie*, puede afirmarse que el objeto del impuesto grava el daño o impacto que se produce sobre el medio ambiente, el territorio o el entorno urbano, por la circunstancia de convertirse en focos de atracción de personas/clientes, que dada la situación generalmente periférica en que se ubican estos grandes comercios, acceden a ellos mediante el uso de vehículos a motor. Todo ello causa problemas de sobrecarga de infraestructuras públicas en las vías de acceso, contaminación causada por dichos vehículos y un consumo excesivo de suelo, generalmente virgen.

---

suficiente para considerar que un tributo es primordialmente extrafiscal, y diferenciarlo de otro básicamente fiscal, con introducir en sus elementos coyunturales o accesorios, como son, por ejemplo, los beneficios fiscales, ciertas finalidades de estímulo o incentivo a determinadas conductas [STC 134/1996, de 22 de julio, FJ 6 B)]».

El problema, no obstante, es que en el origen del impuesto, al menos así se declaraba de forma expresa en la primera de las regulaciones, la catalana, atendería también como objeto del impuesto a la posición dominante que adquirirían los grandes establecimientos comerciales frente al pequeño o mediano comercio. Esto es, se reconocería al IGEC una cierta finalidad proteccionista, favorecedora del comercio tradicional (24). No obstante, no todas las legislaciones autonómicas vigentes lo predicen de forma tan tajante, tan solo el Principado de Asturias sigue esta definición tan clara, pero en todas ellas parece sobrevolar esta idea (25).

Esta ambivalencia (protección ambiental y defensa del pequeño comercio) desde luego desnaturalizaría al impuesto y su pretendida finalidad extrafiscal y ordenadora de una conducta, tal y como señala SOLER ROCH (2008: p. 95) y, en último término, constituye el principal argumento para que la Unión Europea y nuestro Tribunal Supremo hayan fijado la vista en el IGEC, tal y como se expondrá más adelante.

Evidentemente, la definición del objeto del impuesto conforme a lo indicado, tienen su lógica manifestación en la configuración del hecho imponible, si bien en este caso ya cuenta con una mayor conexión con la cuestión ambiental. Así, en la regulación asturiana (Decreto Legislativo 1/2014, de 23 de julio), el hecho imponible alude al funcionamiento de los grandes establecimientos comerciales «por razón del impacto que producen sobre el territorio, el medio ambiente y la trama del comercio urbano» —en sentido similar el artículo 7 de la Ley 5/2017, de 28 de marzo, de Cataluña—.

Y en igual sentido en lo que concierne a la base imponible que se compone por la superficie de venta, almacenaje o aparcamiento destinado a clientes o la contabilización real de accesos a través de vehículos a motor mediante

---

(24) Téngase en cuenta que parte de la doctrina ha identificado al IGEC con este afán proteccionista hacia el pequeño y mediano comercio. Puede consultarse, a modo de ejemplo, la opinión de RAZQUIN LIZARRAGA (2001: p. 37), GAROT (2004: p. 11), MERINO JARA (2017: p. 219) o VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA (2017: p. 193).

(25) Y es que en la actualidad, sólo el Principado de Asturias mantiene la referencia a la hora de definir el objeto del impuesto, a la posición dominante en el sector de los grandes establecimientos comerciales —artículo 19.2 del texto refundido de las disposiciones legales del Principado de Asturias en materia de Tributos Propios (Decreto Legislativo 1/2014, de 23 de julio)—. Este precepto es prácticamente una copia de la originaria regulación del impuesto en Cataluña —artículo 2 de la Ley 16/2000, de 29 de diciembre—. Hay que tener en cuenta que en Cataluña, la alusión originaria a la «posición dominante en el sector» ha quedado suprimida en su nueva regulación introducida en la Ley 5/2017, de 28 de marzo. En cuanto a la regulación de la otra Comunidad Autónoma que mantiene vigente el tributo, la aragonesa, en su Ley 10/2015, de 28 de diciembre, se justifica el impuesto en cuanto a que «provoca un desplazamiento masivo de vehículos y, en consecuencia, una incidencia negativa en el entorno natural y territorial de la Comunidad Autónoma de Aragón» —artículo 15 del Anexo II de esta Ley 10/2015—.

sistemas automáticos de lectura, como es el caso catalán en la nueva regulación del impuesto a través de la Ley 5/2017, de 28 de marzo (26).

En cualquier caso, el IGEC no se aplica al pequeño y mediano comercio, así como a determinados comercios (venta de vehículos, muebles y menaje o artículos de jardinería, por ejemplo) a través de la definición de supuestos de no sujeción o de actividades exentas. La justificación de estos supuestos de exención o no sujeción residiría en que, por el tipo de artículos, productos y servicios prestados, no se constituyen en espacios de atracción mayoritaria por parte del consumidor.

En atención a todo lo anterior, fundamentalmente la naturaleza extrafiscal del IGEC, hay que tener en cuenta que, como destaca PEÑA ALONSO (2008: p. 477), «los verdaderos impuestos ecológicos deben ser instrumentos útiles para modificar las conductas contaminantes de las personas y empresas y, a la vez, tienen que coadyuvar a financiar el gasto público para corregir o minorar el impacto negativo que genera la contaminación», esto es, su naturaleza de *impuesto de ordenación* expuesta más arriba. De esta manera, la propia estructura del tributo debe prever mecanismos para que, en función de la conducta del obligado, la cuantía del tributo pueda verse minorada hasta incluso llegar a estar no sujeto al mismo (27).

Así, si el potencial impacto que el gran establecimiento comercial produce sobre el territorio, el medio ambiente y la trama urbana, es por causa principalmente por su implantación en el extrarradio de la ciudad en espacios isla sin acceso peatonal, lo cual genera masivos desplazamientos en vehículos a motor privados (agravado por una deficitaria conexión a través de medios de transporte público), el legislador tributario habrá de prever bonificaciones (e, incluso, la no sujeción misma al impuesto) en aquellos grandes establecimientos que se ubiquen en la trama consolidada de las ciudades o, al menos, en sectores de suelo urbanizable de uso mayoritariamente residencial. Y es que en estos casos, parece más que probable que el acceso bien podrá realizarse de forma peatonal o al menos contarán con una mejor conexión a través de medios de transporte públicos. En consecuencia, el impacto al medio ambiente se reducirá o, al menos, se igualará con el causado por las restantes tipologías

---

(26) Es precisamente una de las principales novedades introducidas en esta nueva regulación del impuesto catalán a través de la citada Ley 5/2017, de 28 de marzo, al establecer como base imponible —artículo 10— una fórmula que atiende a los accesos contabilizados de vehículos a los grandes establecimientos (con una serie de correcciones), y en el que el tipo de gravamen se establece por vehículo —artículo 12—.

(27) En un sentido similar, puede consultarse la opinión de HERRERA MOLINA (2000: p. 73), RODRIGUEZ MUÑOZ (2004: pp. 131 y 132), MATA SIERRA (2008: p. 510) o CAZORLA PRIETO (2008: p. 60).



comerciales que en la actualidad están exentas o directamente no están sujetas al IGEC, como por ejemplo el pequeño o el mediano comercio.

Así, las legislaciones autonómicas reguladoras del impuesto establecen medidas, más o menos intensas, a fin de favorecer un cambio en la conducta de los operadores económicos con la finalidad de minimizar el impacto que su tipología comercial causa (calidad ordenadora que, como he señalado antes, debe caracterizar a los impuestos medioambientales), como así reconoce el propio Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 96/2013, de 23 de abril —F. 8— al enjuiciar la legislación aragonesa que estableció el IGEC en esa Comunidad Autónoma, declarando que «en la estructura del impuesto hay determinados criterios que incentivan que las grandes áreas de venta realicen opciones de funcionamiento que ocasionen menores daños al entorno natural y territorial».

Otra cuestión es que estas medidas resulten más o menos afortunadas al respecto de promover o premiar conductas en los operadores comerciales a fin de instalarse en lugares en los que las afecciones se minimicen. El problema es que muchas de estas exenciones o bonificaciones que se establecen en las diferentes regulaciones autonómicas del IGEC parecen tener un escaso impacto en la cuota final del impuesto, como la que, por ejemplo, prima que el acceso a las instalaciones del gran establecimiento pueda efectuarse a través de medios de transporte públicos o que se lleven a cabo inversiones en proyectos de protección ambiental (28).

En el caso de Aragón, la regulación del impuesto en la Ley 10/2015, sí que establece un considerable beneficio a aquellos grandes establecimientos que se ubiquen en el suelo urbano —artículo 22—, al aumentar la cuota tributaria en un 50% a los ubicados en suelo no urbanizable especial y un 25% o un 10% a los que se encuentren en suelo urbanizable no delimitado/suelo no urbanizable genérico o delimitado respectivamente. Sin embargo, esta medida pretendidamente favorecedora del medio ambiente, se diluye si tenemos en cuenta que tal disposición no es propiamente una bonificación, sino un sistema de cálculo de la cuota, ya que a los ubicados en suelo urbano se les asigna el coeficiente 1 que en nada altera el resultado a pagar por el tributo (véase también el artículo 10.2 de la Ley 5/2017, de 28 de marzo, de Cataluña).

Rompía con esta sensación de *maquillaje* del tributo, la derogada regulación del IGEC de Canarias al contener un verdadero fomento de la ubicación del gran establecimiento en la trama urbana, al aplicar un coeficiente del 0,30 sobre la superficie que se tenía en cuenta para el cálculo de la base

---

(28) Así, a modo de ejemplo, el artículo 31 del texto refundido de las disposiciones legales del Principado de Asturias en materia de tributos propios (Decreto Legislativo 1/2014, de 23 de julio), establece el 20% de bonificación sobre la cuota tributaria, por tales circunstancias.

imponible —artículo 39.siete de la Ley 4/2012, de 25 de junio, de Medidas Administrativas y Fiscales de Canarias—, complementado con una deducción en la cuota de hasta el 45% por inversiones relacionadas con la protección medioambiental —artículo 39.nueve de esta norma—.

Así, si convenimos en que la principal afección que producen los grandes establecimientos comerciales, en comparación con el pequeño y mediano comercio, se causa por su mayoritaria ubicación periférica (donde el suelo es, evidentemente, más económico) de la que se intuye una mayor afección sobre las vías de acceso y un mayor uso de vehículos privados, lo lógico es que se incentivara un comportamiento positivo que llevase a que estos grandes operadores buscaran ubicaciones más próximas al centro de las ciudades. Bien entremedio de nuevos suelos urbanizables de uso predominantemente residencial, bien mediante actuaciones integrales en cascos urbanos, por ejemplo, mediante la regeneración de manzanas en zonas degradadas y con adecuación a su entorno (29). Siendo que en tales casos, bien por estar exentos o directamente no sujetos al impuesto, la cuota fuese de 0 o muy próxima a tal magnitud. Pero lo cierto es que tales previsiones o no existen o son claramente insuficientes. Esto hace, a mi juicio, que el pretendido carácter extrafiscal del IGEC quede ciertamente diluido.

### 3. Excurso sobre el IGEC y el modelo de ciudad compacta

A tenor de todo lo expuesto, resulta necesario cuestionarse si realmente la implantación de grandes establecimientos comerciales en el territorio produce un impacto significativo sobre el medio ambiente o sobre las políticas de ordenación del territorio, y con la suficiente intensidad para justificar la obligación de pago por parte de los sujetos pasivos del tributo.

Aun siendo cierto que los cambios y evolución del modelo de ciudad compacta que ha caracterizado a España hacia expansiones en mancha de aceite (ciudad difusa, más propia del mundo anglosajón) no parece que tenga su origen en las nuevas tipologías comerciales surgidas en la década de los setenta del siglo pasado (30), lo cierto es que su ubicación habitual fuera del

---

(29) Un buen ejemplo lo puede constituir el centro comercial *Vía Catarina* en la rua Santa Catarina, que se sitúa en el centro de la ciudad de Oporto, en una de las calles más emblemáticas y comerciales de la ciudad portuguesa. Así, aunque el interior de este gran centro comercial pueda juzgarse como de dudoso gusto estético (al imitar las calles de una ciudad con colores francamente llamativos), lo cierto es que la fachada respeta la estética de su entorno, sin que el visitante pueda sospechar que dentro del edificio ubicado en el casco de la ciudad se encuentra un gran establecimiento comercial, con unas dimensiones considerables.

(30) Más bien, como señala SÁNCHEZ SUÁREZ (2005: pp. 11 y 12), estos nuevos formatos serían la respuesta a los cambios en el modelo de ciudad.

entramado urbano, en espacios isla y con accesibilidad limitada a través de medios de transporte público, acaban causando un impacto sobre el medio ambiente. Pues, como indica PÉREZ FERNÁNDEZ (2013: p. 252), hay que pensar en los lugares habituales en los que se ubican este tipo de establecimientos, en la periferia de las ciudades, generalmente no previstos en el planeamiento urbanístico vigente, erigidos en espacios autónomos y con entidad propia, origen de nuevas centralidades a las que los poderes públicos deben responder a través del reforzamiento de las infraestructuras viarias y recomponiendo la estrategia urbanística alrededor del equipamiento (31) (32).

Así, y como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de enero de 2015, F. 5, «constituye un hecho constatable a simple vista que la implantación o proliferación de grandes superficies comerciales

---

(31) Así, resulta muy interesante la opinión de ÁLVAREZ CANTALAPIEDRA y VILLAREJO GALENDE (2003: edición digital) al indicar que «esta fragmentación y dispersión del hábitat urbano deviene en causa y consecuencia de la extraordinaria proliferación de los nuevos escenarios de consumo. Los espacios —extremadamente parcelados y especializados— del territorio urbano, se integran sólo mediante las redes de autovías y autopistas, y en sus nodos (o en sus proximidades) se ubican estratégicamente —para tener garantizada una masiva y rápida accesibilidad mediante el automóvil— las grandes superficies comerciales. Estos equipamientos dan lugar de esta manera a enclaves o islas comerciales que, pese a su proximidad a la ciudad, dan la espalda a su tejido urbano al estar rodeadas de aparcamientos de superficie y orientadas en exclusiva a la red viaria de alta capacidad y rápida circulación», añadiendo que «la ubicación y tamaño de los nuevos formatos comerciales agravan los problemas ambientales derivados del actual modelo de transporte centrado en el vehículo privado (congestión, contaminación, ruidos, acotación del territorio mediante infraestructuras viarias y consumo despilfarrador de grandes cantidades de materiales y energía)». Pude verse igualmente a JIMÉNEZ-DOMÍNGUEZ, BECERRA MERCADO y ROSA OLIVERA (2009: p. 258) al afirmar que «el centro comercial es antiurbano con respecto al contexto inmediato en tanto se constituye en una ínsula que privatiza el espacio, lo fragmenta a nivel urbano y a nivel social rompe el tejido social. No está pensado, diseñado o propuesto en función del contexto en el que se ubica, de lo local, no le interesa el barrio sino las regiones. Por eso se articula mejor con los flujos viales que solo se recorren en auto y en las ciudades organizadas en torno al automóvil, el centro comercial se convierte así en un modelo de gestión».

(32) Desde otras disciplinas extrajurídicas (en este caso, la Geografía), también se hacen eco de este fenómeno de los nuevos formatos comerciales y su impacto ambiental/territorial. Valgan como ejemplo las palabras de VAHÍ SERRANO (2010: p. 159) al referir que «se trata de un desorden espacial cuyos costes (ambientales, sociales y económicos) están despertando alarmas entre los agentes políticos y sociales sin que se haya evaluado el alcance del impacto territorial generado. El consumo abusivo de suelos y los desequilibrios territoriales internos enunciados más arriba han devenido en un deterioro medioambiental y —por ende— en la contradictoria situación de pérdida de calidad de vida, cuando en realidad se vertía un mensaje claro de corte distinto: la ciudad moderna debía proporcionar mejores condiciones de los servicios a los usuarios de esos espacios. Una vez puesta de manifiesto la distancia que existe entre las propuestas y los resultados, la reflexión sobre los paradigmas del modelo de ciudad obliga a los responsables directos de la salvaguarda del patrimonio territorial a posicionarse si se apuesta por establecer aportaciones en una dirección u otra».

tiene repercusiones específicas de naturaleza diversa; pues condiciona la planificación urbanística del entorno; incide en el medio ambiente y trae consigo desplazamientos masivos añadidos que a su vez llevan aparejados mayores requerimientos de servicios públicos de transporte y de vías de comunicación adaptadas a las circunstancias; y ciertamente, propicia la desaparición paulatina de formas de vida tradicionales, merecedoras de un cierto grado de respeto y protección y en las que el pequeño comercio de proximidad ha desempeñado un papel destacado».

En definitiva, la proliferación de formatos comerciales ubicados fuera del entramado urbano, constituye un perjuicio más o menos intenso contra el modelo de ciudad compacta vinculado al denominado urbanismo sostenible, que no sólo se proclama en la legislación de suelo española (33), sino que también desde la perspectiva europea se recoge la apuesta en defensa de esta tipología urbana, en íntima unión con la protección del medio ambiente urbano.

En este sentido, la Unión Europea plantea la vinculación entre un modelo de ciudad compacta y la protección del medio ambiente (34). Valga como máximo exponente lo señalado en el Objetivo prioritario número 8 del VII Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2020 «Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta», al que antes he hecho referencia, el cual, bajo la finalidad de aumentar la sostenibilidad de las ciudades, refiere la necesidad de promover un enfoque integrado de la planificación, construcción y gestión de ciudades y asentamientos urbanos sostenibles y destacando la obligatoriedad de prestar especial atención, en la planificación urbana, al «uso eficiente de los recursos, una economía hipocar-

---

(33) Artículo 3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

(34) Bien es cierto que, con carácter general, esta apuesta clara por un modelo de ciudad compacta multifuncional es por el momento a través de instrumentos de los denominados *soft law*. También desde la perspectiva nacional, las propuestas en el sentido de favorecer este modelo urbano mediterráneo, aún incluidas ya en legislación, no dejan de adoptar la forma de principios inspiradores, por ejemplo, de la planificación urbanística, con escasa vinculación jurídica si no es en conjunción con la adecuada voluntad política en el ejercicio de las facultades discrecionales que la planificación urbanística y territorial les otorga a quienes adoptan decisiones públicas en este ámbito. No obstante, y a la espera de que se acabe consolidando esta interpretación jurisprudencial, hay que tener en cuenta la posición del Tribunal Supremo anulando algunos planeamientos urbanísticos por causa de planificar incrementos desmesurados en el número de viviendas, sin atender a los datos previsibles de crecimiento urbanístico o con creación de nuevos núcleos urbanos segregados y sin continuidad con el entramado existente. Puede citarse así la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2017 —recurso núm. 1859/2016— o las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2015 —recurso núm. 2353/2013— o la de 17 de junio de 2015 —recurso núm. 3367/2013—.

bónica, la adaptación al cambio climático, el uso sostenible del suelo urbano, la gestión de residuos, etc.».

De igual modo, y manteniéndonos en el ámbito comunitario, cabe destacar lo proclamado por la Agencia Europea de Medio Ambiente, que alude a que «el desarrollo urbanístico en Europa, especialmente centrado en las áreas periurbanas, puede intensificar la presión ejercida sobre el medio ambiente y la salud humana debido a cuestiones como la fragmentación del paisaje y la contaminación atmosférica procedente del transporte [...]. Por otro lado, un modelo de desarrollo urbano compacto y más eficiente en el uso de los recursos permitiría rebajar las presiones ambientales y mejorar el bienestar de la población» (35).

Y la vinculación entre medio ambiente, ciudad compacta y comercio, no sólo es un ejercicio teórico/jurídico al margen de la realidad. Es la propia Comisión Europea la que identifica la problemática concerniente a la accesibilidad de los comercios, afirmando que «la proximidad de los comercios que ofrecen bienes y servicios básicos, en particular los de productos alimenticios, reviste una importancia creciente para las personas de edad avanzada (el 17% de la población de la UE tiene 64 años o una edad superior), las personas discapacitadas (el 15% de la población de la UE), las personas aisladas o que residen en zonas poco pobladas, así como para el 9% de los ciudadanos de la UE que carecen de medios suficientes para poseer un vehículo. Esa cuestión cobrará aún mayor importancia debido a la necesidad de mantener el dinamismo de los territorios, tarea a la que contribuye el comercio de proximidad, y de limitar la utilización de los vehículos por motivos de índole ambiental».

Desde esta perspectiva, a mi juicio y respondiendo a la pregunta planteada al inicio de este epígrafe, sí que se detecta en la implantación de un gran establecimiento comercial un impacto significativo sobre el medio ambiente o sobre las políticas de ordenación del territorio. Ahora bien, resulta

---

(35) «El medio ambiente en Europa. Estado y perspectivas 2015. Informe de Síntesis». Elaborado por la Agencia Europea de Medio Ambiente —European Environment Agency EEA—. Disponible en <http://www.eea.europa.eu/soer-2015/synthesis/el-medio-ambiente-en-europa> (última consulta el 8 de junio de 2018). Esta misma Agencia, en su documento *EEA Briefing* (2006. 04) (disponible en [http://www.eea.europa.eu/publications/briefing\\_2006\\_4](http://www.eea.europa.eu/publications/briefing_2006_4)) aludía ya en 2006 a que «esta extensión de las ciudades tiene lugar por toda Europa, impulsada por los cambios en el estilo de vida y las pautas de consumo, y se conoce generalmente con el nombre de «expansión urbana descontrolada». Los datos disponibles demuestran de manera concluyente que la expansión urbana descontrolada ha acompañado el crecimiento de las ciudades europeas durante los últimos 50 años» y que «en Europa, el crecimiento de las ciudades ha estado impulsado históricamente por el aumento de la población urbana. Pero en la actualidad, a pesar de la escasa o nula presión demográfica, existen diversos factores que siguen impulsando la expansión, cuyo origen está en el deseo de llevar un nuevo estilo de vida en el extrarradio, lejos del centro de las ciudades».

a estos efectos esencial la ubicación real del establecimiento (fuera o no del entramado urbano, su instalación en un área metropolitana, etc.). Cuestiones estas determinantes a la hora de valorar el impacto real. Y lamentablemente, como ya he expuesto más arriba, tales cuestiones no son tratadas de forma idónea a mi parecer en la configuración del impuesto y de su estructura (o lo son de forma muy limitada o defectuosa), fundamentalmente a la hora de establecer un riguroso sistema de bonificaciones, exenciones o supuestos de no sujeción, que realmente hagan del IGEC un *impuesto de ordenación*, y no un mero instrumento de recaudación.

#### **IV. LA CONSIDERACIÓN DEL IGEC COMO CONTRARIO AL DERECHO COMUNITARIO: LA POSIBLE INFRACCIÓN DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y DEL RÉGIMEN DE AYUDAS DE ESTADO**

##### **1. Preludio**

Y llegamos por fin al último de los escollos sufridos por el IGEC, el concierne a su enjuiciamiento a la luz del derecho comunitario, fundamentalmente por las dudas que plantearía su existencia y configuración frente a la regulación del derecho a la libertad de establecimiento —artículo 49 y siguientes del TFUE; y del régimen de ayudas de estado —artículos 107 a 109 del TFUE—. Bien es cierto que las dudas han quedado, probablemente ya de forma definitiva, zanjadas por las tres sentencias del TJUE de 26 de abril de 2018 que examinan las regulaciones del IGEC en las tres Comunidades Autónomas que aún mantienen vigente el IGEC (sentencias dictadas en los asuntos C-233/16 —normativa catalana—; C-234/16 y C-235/16 —normativa del Principado de Asturias— y C-236/16 y C-237/16 —normativa de Aragón—). Y es que ya adelante que, a excepción de alguna salvedad a la que se hará referencia más adelante, el TJUE declara la compatibilidad del IGEC con el derecho de la Unión Europea (36).

---

(36) Con carácter previo, téngase en cuenta que las dudas sobre la compatibilidad del IGEC con el derecho comunitario ya habían surgido con anterioridad, habiendo llegado la Comisión Europea a actuar. Basta dejar aquí apuntado, por un lado, la Comunicación de la Dirección General de Fiscalidad de la Unión Europea, a través de la cual se informa de la apertura de un procedimiento EU PILOT contra el Reino de España, tras la denuncia de la patronal ANGED, en el entendimiento de que el IGEC podría vulnerar el derecho a la libertad de establecimiento reconocido en el derecho comunitario; y, en segundo lugar, la Carta de la Comisión Europea al Reino de España, de 28 de noviembre de 2014, también tras un procedimiento iniciado a petición de la patronal ANGED, que califica al IGEC como una ayuda de estado ilegal (en 2003, la Comisión Europea ya había analizado el IGEC desde el punto de vista del régimen de ayudas de estado, siendo que la Comisión ya dictaminó el 2 de octubre de 2003, que el tributo era conforme con el derecho comunitario) e instando a su supresión o modificación. Todo ello por considerar que, al gravar el IGEC únicamente a las denominadas grandes superficies, obviando su imposición a otra tipología comercial, especialmente los

El origen de estos tres pronunciamientos del TJUE se sitúa en las tres cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo con base en el artículo 267 del TFUE —Autos del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2016 (núm. 2075/2016, 2085/2016 y 2086/2016)— en el marco de los recursos de casación contra la validez de los reglamentos de desarrollo del IGEC de dichas Comunidades Autónomas. Más en concreto, los tres Autos requieren al TJUE para que se pronuncie sobre la compatibilidad del IGEC (37):

(i) A la luz de los artículos 49 y 54 del TFUE que proclaman, entre otras cuestiones, la libertad de establecimiento en el seno de la Unión Europea. En resumen, pregunta el Tribunal Supremo si el hecho de que se exija sólo a los grandes establecimientos comerciales, siendo además que afecta el pago fundamentalmente a sociedades domiciliadas en otros Estados Miembros, pudiera contravenir tal libertad de establecimiento. Todo ello teniendo en cuenta el régimen de exclusiones indicado con anterioridad (exclusión de comercios dedicados a la venta de artículos de jardinería, de venta de vehículos, etc.). Además, en las cuestiones prejudiciales se reflexiona sobre el hecho de que, aunque el tributo se exija por el impacto que los grandes establecimientos puedan ocasionar al territorio, al medio ambiente y a la trama del comercio urbano, el impuesto opera con independencia de que el gran establecimiento se ubique fuera o dentro de la trama urbana consolidada.

---

pequeños y medianos establecimientos, se estaría discriminando a los grandes del sector frente al resto de comercios otorgando una ventaja selectiva. A pesar de que estos procedimientos no tuviesen en principio efectos jurídicos inmediatos, fueron la chispa que conllevó la derogación radical del impuesto en tres de las seis Comunidades Autónomas que lo aprobaron: Canarias, La Rioja y Navarra, ante el temor de que el no cumplimiento de las advertencias, conllevara la devolución de lo recaudado hasta el momento en virtud de este impuesto o, en su caso, la exigencia retroactiva del tributo a todos los operadores comerciales minoristas, incluido por tanto el pequeño comercio. Puede consultarse al respecto la Disposición derogatoria única de la Ley Foral 23/2015, de 28 de diciembre, de modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias de la Comunidad Foral de Navarra; el artículo 45 de la Ley 6/2015, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2016 en La Rioja; y la Disposición final primera de la Ley 11/2015, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2016.

(37) Al margen de los Autos del Tribunal Supremo planteando las cuestiones prejudiciales, téngase en cuenta igualmente las dos sentencias de este mismo Tribunal de 14 de diciembre de 2015 —núm. de recurso 607/2015 y 614/2015—, a través de las cuales se estiman los recursos de casación interpuestos por un operador comercial de implantación nacional, contra sendos autos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que denegaban la suspensión cautelar de la liquidación del IGEC para varios grandes establecimientos comerciales ubicados en dicha Comunidad Autónoma. De este modo, en ambas sentencias se hace mención expresa a los procedimientos comunitarios indicados en la nota al pie anterior, que sirven para justificar la apariencia de buen derecho, imprescindible para acordar la medida cautelar. Y ello al margen de los numerosos recursos contencioso-administrativos que se interponen contra las liquidaciones del impuesto, y que son constantemente desestimados por los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

(ii) Por la posible infracción del régimen de ayudas de estado de los artículos 107 a 109 del TFUE. Fundamentalmente a causa de los supuestos de no sujeción (por cuestión de superficie en el caso del pequeño y mediano comercio, o los supuestos de grandes establecimientos dedicados a la venta de vehículos, artículos de jardinería, mobiliario, etc.).

De nuevo surge la tensión, a la que antes hacía referencia, entre las libertades económicas, tan importantes en el origen de la Unión Europea, y la protección medioambiental. Y es que, como indica LAGUNA DE PAZ (2013: p. 319), «la mera invocación de objetivos medioambientales no justifica la inaplicación de las normas del Tratado, incluidas la defensa de la competencia [...]. A este respecto, es preciso encontrar un adecuado equilibrio entre la protección medioambiental, la defensa de la competencia y la competitividad industrial». Y es que, continúa este mismo autor —p. 317—, «no existe primacía entre ambas políticas —la de defensa de la competencia y la protección medioambiental—, sino que ambas han de convivir».

Y el problema es que, como ya he expuesto más arriba, subyace de forma más o menos implícita la protección del pequeño comercio en la aparición de este tributo, siendo que en las legislaciones catalana (en este caso en su redacción originaria) y asturiana, por ejemplo, se apunta de forma expresa a la posición dominante que alcanzan en el sector los grandes establecimientos comerciales a la hora de definir el objeto del impuesto (38).

En conclusión, lo que se pondera, valorando la regulación del IGEC en su conjunto, es si la estructura de este tributo coadyuva a no a la protección del medio ambiente, en fin, a su naturaleza pretendidamente extrafiscal, o si simplemente su aprobación y aplicación responderían exclusivamente a un ánimo proteccionista del pequeño y mediano comercio o a un afán meramente recaudador, lo que en último término constituiría una infracción del derecho comunitario en los términos expuestos.

## **2. El IGEC ante la libertad de establecimiento proclamada en el artículo 49 del TFUE**

Es bien sabido que en la Unión Europea, como espacio común, rige la libertad de establecimiento y de libre competencia en todo el territorio comunitario. Derechos que hoy se proclaman en los artículos 49 y 119, entre

---

(38) A esta sensación proteccionista del pequeño comercio, y por tanto incompatible con el acervo comunitario, se añadiría el principio de afectación de los ingresos del IGEC a, entre otros, el fomento de medidas para la modernización del comercio urbano, tal y como se preveía en el artículo 3 de la Ley 16/2000, de 29 de diciembre, del Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales de Cataluña —regulación original hoy derogada por la ya mencionada Ley 5/2017, de 28 de marzo—.



otros, del TFUE, y que funcionan además como principios fundamentales de la normativa comunitaria. (39) Una de las manifestaciones de estos derechos, es la prohibición de establecer un trato desigual que constituya una discriminación de los distintos operadores económicos.

Un análisis de la necesidad de la igualdad de trato y no discriminación en el seno de la Unión, y la amplitud y contenido de este derecho, lo encontramos en la sentencia del TJUE de 5 de febrero de 2014 (C-385/12), al indicar que «las normas sobre igualdad de trato no sólo prohíben las discriminaciones manifiestas basadas en el domicilio social de las sociedades, sino también en cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado [...]».

A la vista de lo anterior, habría de examinarse si la regulación del IGEC, que prevé su no sujeción o exención a los pequeños/medianos comercios y a determinadas tipologías también situadas en el extrarradio (venta de automóviles, muebles, jardinería, etc., así como a establecimientos colectivos conformados por pequeños comercios), podría vulnerar este principio comunitario de igualdad de trato y no discriminación, sobre todo teniendo en cuenta que, como ha venido alegando la patronal ANGED de forma recurrente, los sujetos pasivos del IGEC suelen ser mayoritariamente sociedades no españolas con domicilio en otros países de la Unión Europea.

No obstante, hay que tener en cuenta que también el TJUE permite el quebranto de esta igualdad de trato, siempre que la restricción a la libertad de establecimiento esté justificada en alguna de las razones imperiosas de interés general reconocidas, y que además sea adecuada para garantizar la realización del objetivo de que se trate y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo —sentencia del TJUE de 5 de febrero de 2014 (C-385/12)—.

Así, *a priori*, lo que habría que constatar es que la discriminación que se produce con la exigencia del IGEC a determinadas tipologías comerciales y la liberación de pago a otras, se basa en alguna razón imperiosa de interés general —entre las que figurarían la protección del medio ambiente o la ordenación del territorio (sentencia del TJUE de 24 de marzo de 2011, C-400/08)—, y que además el régimen resultase proporcionado, pues como señala la sentencia del TJUE de 24 de marzo de 2011 —C-400/08—, «las razones que pueden ser invocadas por un Estado miembro para justificar una excepción al principio de libertad de establecimiento deben ir acompañadas de un análisis de la oportunidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por dicho Estado miembro, así como de los datos precisos que permitan corroborar su argumentación».

---

(39) CAYERO BILBAO (2006: p. 67).

Pues bien, las sentencias del TJUE de 26 de abril de 2018 que resuelven las cuestiones prejudiciales planteadas por nuestro Tribunal Supremo, eludiendo efectuar amplias e intrincadas disquisiciones al respecto de la proporcionalidad o el anclaje en razones imperiosas de interés general, se limitan a analizar de forma bastante sucinta si existe una discriminación o no en el IGEC, por afectar el impuesto exclusivamente a grandes comercios. Al respecto, y tras comprobar que el criterio que determina la sujeción o no al tributo es una cuestión de superficie, que no distingue en cuanto al domicilio social de la sociedad titular del establecimiento comercial, falla en contra de los postulados de la asociación ANGED, entendiendo que los artículos 49 y 54 del TFUE no se oponen al IGEC. De hecho sólo se limita a comprobar, fundamentalmente con los datos aportados en la gestión del impuesto en Cataluña, que no tiene el IGEC una afección especialmente llamativa sobre sociedades no españolas (en concreto, el 52% de la carga fiscal del IGEC recae sobre los grandes establecimientos comerciales cuya titularidad es una sociedad radicada en otros Estados miembros).

Evidentemente, los efectos pragmáticos que de tales sentencias del TJUE se derivan sobre la validez del IGEC en las Comunidades Autónomas son evidentes. Pero interesa destacar, desde un punto teórico, el análisis de las Conclusiones emitidas por la Abogada General Sra. Juliane Kokott en el seno de los tres procedimientos (en los tres casos emitidas el 9 de noviembre de 2017). La posición de la Abogada General es también a favor de entender conforme al derecho comunitario el IGEC (40), pero además afronta de una manera más amplia algunas de las cuestiones apuntadas más arriba en lo concerniente a la posibilidad de establecer discriminaciones sobre determinados formatos comerciales, siempre y cuando se fundamenten en alguna razón imperiosa de interés general.

Pues bien, al respecto encuentra la conexión entre el IGEC y la protección del medio ambiente y la ordenación territorial, al afirmar que «los establecimientos comerciales deben participar en el coste de las externalidades negativas que generan de forma desproporcionada (por ejemplo, costes específicos en materia de infraestructuras) porque ellos mismos no asumen tales costes en la medida correspondiente», siendo evidente que los grandes establecimientos «generan una mayor afluencia de tráfico de clientes y de proveedores [...] (que) pueda generar más ruido y más emisiones a la atmósfera y que pueda, tener, por

---

(40) De hecho, la Abogada General únicamente plantea dudas en cuanto a la conformidad del IGEC con el derecho comunitario en lo concerniente a la normativa aragonesa del impuesto. En concreto, sobre la exención del impuesto prevista para establecimientos comerciales dedicados a la venta de mobiliario en establecimientos individuales, tradicionales y especializados. Exención no prevista para otros establecimientos que, sin cumplir los requisitos antedichos, también vendan muebles entre otros productos.

tanto, un mayor impacto medioambiental. Así pues, una ley que grava con un impuesto en mayor medida a los establecimientos comerciales que generan un mayor ruido y más emisiones a la atmósfera parece adecuada para incitar a operar más bien (a) empresas de comercio minorista más pequeñas, la cuales generan —individualmente consideradas— menos emisiones» —apartados 43 y 49 de las Conclusiones emitidas en el asunto C-233/16 (concerniente a la normativa catalana)—.

Al margen de otras muchas consideraciones en sentido similar de la Abogada General, resulta esencial destacar esta conexión entre gran establecimiento y las externalidades que sobre la ordenación territorial y el medio ambiente puede causar su instalación, así como el enlace entre la imposición del IGEC y la modificación de la conducta de los operadores hacia un tipo de comercio de menor tamaño, esto es, reconocer la función extrafiscal del tributo en los términos más arriba expuestos. Estamos pues, a mi juicio, en la clave de su validez, aunque luego el TJUE eludiera entrar a valorar esta cuestión en las sentencias.

### **3. El IGEC ante el régimen de ayudas de Estado de los artículos 107 a 109 del TFUE**

El segundo de los argumentos que sustentan las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo hace referencia a la posible infracción del régimen de ayudas de estado.

Al respecto, una forma de proteger los derechos a la libertad de establecimiento y a la libre competencia antes examinados, es mediante el impedimento de que a través de ayudas públicas (con independencia de cuál sea la forma que éstas adopten) se acabe distorsionando el libre mercado en los países comunitarios. En este sentido, las Administraciones Públicas, dentro de su tradicional función de fomento, otorgan habitualmente determinadas ayudas en aras al cumplimiento de fines de interés público que pueden acabar perturbando la libre competencia o la libertad de establecimiento. Por ejemplo, afectando a los precios de los bienes y servicios prestados, o manteniendo artificialmente a determinadas empresas que de otra forma, por formato, organización interna, etc., acabarían desapareciendo por resultar inviables. De este modo, y por cuanto este actuar puede ser fuente de distorsiones en el mercado interior, se ha establecido un control para preservar la competencia libre y leal en el seno de la Unión Europea.

Esta política de control de las ayudas estatales, tal y como señalan ÁLVAREZ GARCÍA y JORGE GARCÍA-INÉS (2009: p. 174), ha formado parte de la política de competencia desde la firma misma del Tratado de Roma en 1957, y hoy se plasma en los artículos 107 a 109 del TFUE —con anterioridad, artículos

87 a 89 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea—. Así, en dicho artículo 107.1 se refiere que «salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones». De esta manera, cualquier ayuda pública a una empresa está bajo sospecha, y aunque en los apartados siguientes se recojan multitud de excepciones a esta premisa (ayudas sociales, ayudas de mínimos, etc.), es este el principio general que rige la materia.

Este precepto, por ejemplo, justificó la Carta que la Comisión Europea envió al Reino de España en noviembre de 2014, calificando al IGEC como una ayuda de estado ilegal, al entender que al estar exentos o, de forma más técnica, no estar sujetos los pequeños y medianos comercios al pago del IGEC, se les estaría otorgando en la práctica una ventaja competitiva a este tipo de comercios incompatible con el derecho comunitario, en aplicación de los antedichos artículos 107 a 109 del TFUE. Tal sospecha ya había sido anticipada por parte de la doctrina española. Valga como ejemplo lo manifestado por MARCOS FERNÁNDEZ (2005: p. 117) o por GAROT (2005: p. 92).

Para avanzar en el estudio de la cuestión, hace falta conocer los requisitos para que una ayuda (en nuestro caso, una exención fiscal o un supuesto de no sujeción) (41) sea considerada ayuda de estado ilegal. A tal fin, la

---

(41) El concepto ayuda a los efectos del derecho comunitario, es mucho más amplio que el concepto subvención de nuestro ordenamiento jurídico, y desde luego engloba a las ayudas fiscales —MAGRANER MORENO y MARTÍN LÓPEZ (2006: p. 118) o GARCÍA GUIJO (2012: pp. 99)—. De esta manera, no se exige una transferencia directa de dinero público o en especie para entrar dentro de la definición de ayuda de estado, como se ha pronunciado de forma reiterada el TJUE. Así, pueden citarse las sentencias de 23 de febrero de 1961 (de *Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Alta Autoridad*), de 15 de marzo de 1994 (Banco Exterior de España) y de 1 de diciembre de 1998 (Ecotrade). En la sentencia de 23 de febrero de 1961, *Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg contra la Alta Autoridad*, Asunto 30/59, el TJCE estableció que el concepto de ayuda de Estado es más amplio que el de subvención «ya que comprende no sólo prestaciones positivas, como las subvenciones, sino también intervenciones que, bajo diversas formas, aligeran las cargas que normalmente pesan sobre el presupuesto de una empresa, y que por ello sin ser subvenciones en el sentido estricto de la palabra tienen la misma naturaleza e idénticos efectos». Lo mismo viene a decir el Tribunal comunitario en su sentencia de 15 de julio de 2004 (C-501/00) relativa a las ayudas concedidas por España a las empresas siderúrgicas. En el mismo sentido, la sentencia de 8 de mayo de 2003, *Italia y SIM Multimedia/Comisión* (C-328/99 C— 399/00) hace referencia a una ayuda concedida por las autoridades italianas a la empresa Seleco indicando que «la finalidad del artículo 87 CE es evitar que los intercambios entre los Estados miembros resulten afectados por ventajas concedidas por las autoridades públicas que, bajo formas diversas, falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones. Por consiguiente, el concepto de ayuda puede comprender no sólo prestaciones positivas como subvenciones, pres-

jurisprudencia del TJUE ha exigido la concurrencia simultánea de cuatro requisitos (42):

- (i) La empresa debe obtener una ventaja o beneficio económico.
- (ii) Los recursos que constituyen la ayuda tienen que ser otorgados por un Estado miembro o con recursos públicos.
- (iii) La ayuda debe falsear o amenazar con falsear la competencia afectando a los intercambios comerciales entre los Estados miembros.
- (iv) Debe favorecer a determinadas empresas o producciones. Esto es, debe haber selectividad.

A lo que a nuestros efectos importa, cabe destacar el último de los requisitos señalados, el referente a la selectividad, pues parece concurrir en la materia que nos ocupa al distinguir el IGEC entre grandes establecimientos comerciales (sujetos en consecuencia al tributo, aunque en ocasiones se contemplen distintas exenciones con base en los productos que vendan) y pequeños y medianos establecimientos, no sujetos al tributo. Además, la no concurrencia de uno solo de los cuatro requisitos antedichos, sería suficiente para determinar que no se está ante una ayuda de estado.

Al respecto de la selectividad, aparentemente, mediante la exacción del IGEC exclusivamente a grandes establecimientos, se estaría beneficiando a pequeños y medianos comerciantes que, aun vendiendo los mismos productos, no afrontarían un impuesto sí exigido a aquéllos. Desde esta perspectiva, el IGEC sería selectivo y por tanto entraría dentro del concepto de ayuda de estado. Así, en la sentencia del TJUE de 7 de noviembre de 2014 (asunto T-399/11, apartado 35) «para apreciar si una medida fiscal tiene carác-

---

tamos o tomas de participación en el capital de las empresas, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos». Por otro lado, hay que mencionar que la noción «ayuda estatal» utilizada en la normativa comunitaria, no se constriñe únicamente a las ayudas concedidas por la Administración estatal o cualquiera de sus entidades dependientes, sino que la aplicación de la normativa comunitaria a las ayudas se extiende a cualquier tipo de administración, con independencia de la configuración territorial de los Estados miembros. Así, puede consultarse a estos efectos la sentencia del TJCE de 14 de octubre de 1987 (República Federal de Alemania/Comisión), la cual declara que «el hecho de que este programa de ayudas se haya adoptado por un estado federado o por una colectividad territorial y no por el poder federal o central no impide la aplicación del apartado 1 del artículo 92 del Tratado, si se cumplen los requisitos de este artículo». Y en igual sentido se pronuncia la sentencia del TJCE de 8 de marzo de 1988 (Exècutif Wallon y SA Glaverbel/ Comisión).

(42) Al respecto, puede consultarse la sentencia del TJCE de 15 de julio de 2004 —Pearle BV y otros. Asunto C 345/02— o la sentencia del TJUE de 7 de noviembre de 2014 —asunto T 399/11—. En cuanto a la doctrina, puede verse a HERRERA MOLINA (2008: p. 1.066), GARCÍA GUIJO (2012: p. 100) y a FERREIRO SERRET (2016: *in totum*).

ter selectivo, es necesario examinar si, habida cuenta del marco de referencia, dicha medida constituye una ventaja para determinadas sociedades en comparación con otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable (sentencia Portugal/Comisión, citada en el apartado 33 supra, apartado 56)».

No obstante, la selectividad es aceptada en el ámbito comunitario, siempre que esté basada en la naturaleza o la economía del sistema, pues como señala esta sentencia en su apartado 37, «procederá examinar si el Estado miembro de que se trate ha logrado demostrar que la medida está justificada por la naturaleza o la estructura del sistema en el que se inscribe (sentencia Portugal/Comisión, citada en el apartado 33 supra, apartado 53)». Esto es, como señala CAYERO BILBAO (2006: pp. 86 y 87), habrá de acreditarse que las medidas fiscales selectivas deriven de los principios fundadores o directivos del sistema fiscal del estado miembro en cuestión. Y en el caso que nos ocupa, si realmente se comprueba que el IGEC cumple con la naturaleza extrafiscal que se le atribuye (y los requisitos y características más arriba expuestos al respecto de los impuestos extrafiscales), bien podrá considerarse que el impuesto se inserta dentro de la estructura tributaria implantada en España, y por tanto su selectividad que diferencia entre grandes y pequeños/medianos establecimientos, no incumpliría el derecho comunitario.

En definitiva, el IGEC debe atender a la naturaleza extrafiscal, en el sentido expuesto por el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 122/2012, de 5 de junio, F. 4—, que indica que «en el tributo primordialmente extrafiscal «la *intentio legis* del tributo no es crear una nueva fuente de ingresos públicos con fines estrictamente fiscales o redistributivos» [...] sino coadyuvar a disuadir a los sujetos pasivos de la realización de una determinada conducta, del incumplimiento de ciertas obligaciones o, dicho en términos positivos, su intención es estimular o incentivar una determinada actuación». Y habrá de atenderse, en todo caso, al principio de proporcionalidad para comprobar si los objetivos del tributo medioambiental, en un juicio de ponderación, contrarrestan los efectos perniciosos sobre la libre competencia y la libertad de establecimiento.

Llegados a este punto, una vez conocido el marco general de las ayudas de estado, me detengo ya en las sentencias del TJUE que analizan la denuncia que se efectúa referida a que los supuestos de no sujeción en el IGEC (por cuestión de superficie en el caso del pequeño y mediano comercio, o por tratarse de comercios dedicados a la venta de determinados productos, tales como vehículos, artículos de jardinería, mobiliario, etc.) pudieran constituir una ayuda de estado ilegal.

Pues bien, al respecto, y tras un análisis general sobre los requisitos que se exigen por la jurisprudencia para determinar si se está o no ante una ayuda de estado ilegal, lo primero que debe reseñarse es la conexión que el TJUE

encuentra entre los grandes formatos comerciales sí sujetos al impuesto y los mayores efectos negativos que causa esta tipología comercial sobre el medio ambiente y la ordenación del territorio, lo que en último término anularía cualquier posibilidad de entender que exista una ventaja selectiva (y, en consecuencia, ilegal) para aquellos comercios que por tamaño no alcancen el umbral de superficie fijado en el IGEC. Esto es, el TJUE considera que es justificable la diferencia de trato que se deriva de la aplicación del IGEC a determinados formatos comerciales y a otros no, en consideración a su tamaño, con base en la naturaleza o estructura normativa de nuestro sistema tributario (43).

No obstante lo anterior, se halla en esta sede la única salvedad que realiza el TJUE al IGEC, en concreto en lo relativo a los supuestos de no sujeción de determinados establecimientos comerciales colectivos (en referencia al caso catalán) que, aun superando el umbral de superficie mínima, no estarían sujetos al pago del tributo. O en lo concerniente a los supuestos de no sujeción (o exención) de determinados grandes establecimientos por causa del tipo de productos que venden (vehículos, mobiliario, jardinería, etc.). En ambos casos, el TJUE reenvía al órgano jurisdiccional (al Tribunal Supremo) a fin de verificar si en tales supuestos verdaderamente no hay un impacto negativo sobre el medio ambiente y la ordenación del territorio que justifique el no pago del IGEC. O lo que es lo mismo, comprobar si tales exenciones o supuestos de no sujeción constituyen o no medidas selectivas y, en consecuencia, ayudas de estado ilegales.

Al margen de un análisis detallado de cada uno de los supuestos de no sujeción o exención de determinados comercios con base en el producto que venden en sus instalaciones (vehículos, mobiliario, etc.), entiendo que sí estaría justificado el no pago del IGEC con base precisamente en la ausencia de conexión entre su existencia y un daño medioambiental, precisamente por no convertirse en focos de atracción masiva de consumidores, pues nadie cambia de muebles todas las semanas, ni adquiere vehículos a motor de forma recurrente (44).

---

(43) Lo explica a la perfección la Abogada General —apartado 100 de las Conclusiones emitidas en el asunto C-233/16 (normativa catalana)—, al indicar que «la no sujeción al impuesto de los titulares de establecimientos comerciales más pequeños (individualmente o como parte de un establecimiento comercial colectivo) no supone en sí una ventaja selectiva a los efectos del concepto de ayuda de Estado del artículo 107 TFUE, apartado 1, ya que esta distinción es inherente al objetivo de la Ley. Éste consiste en reducir las consecuencias negativas que tienen para el medio ambiente y la ordenación territorial los establecimientos comerciales más grandes, creando un incentivo a la explotación de establecimientos comerciales más pequeños, que no están gravados con el impuesto».

(44) Más dudas plantearía la cuestión de no sujeción de los establecimientos comerciales colectivos prevista en la normativa catalana, pues el carácter colectivo o individual del establecimiento no parece que repercuta en el daño potencial que pudiese ocasionar sobre el

## V. CONCLUSIONES

Las vicisitudes jurídicas que han acompañado al IGEC desde su implantación por primera vez en Cataluña, pueden darse hoy por superadas. Ya el Tribunal Constitucional, desde la perspectiva nacional, sentenció a favor de su validez, y ahora es el TJUE, en la esfera comunitaria, el que ha fallado sobre su conformidad con el ordenamiento de la Unión Europea. El horizonte del IGEC queda, después de 18 años desde su primera experiencia en Cataluña, finalmente despejado. No obstante, tales decisiones judiciales no deben impedirnos ver algunos problemas o disfunciones que su aplicación causa, y que probablemente se hayan generado por la vinculación que este tributo tuvo en origen con la protección de los pequeños y medianos comercios.

Al respecto, es cierto que el IGEC tiene una voluntad de protección del modelo de ciudad compacta al que hacía referencia más arriba, al menos los planteamientos teóricos del impuesto así lo muestran. Otra cuestión es que, luego, en el desarrollo técnico del impuesto, esta voluntad protectora se difumine con una regulación que más bien parece contar con un afán recaudatorio ajeno a una finalidad extrafiscal que aspire a modificar el comportamiento de los grandes operadores comerciales consistente en su preferencia por instalarse en ubicaciones periféricas.

En definitiva, y a modo de conclusión, estimo que el IGEC puede ser un instrumento adecuado a fin de evitar —o, al menos, minimizar— el impacto que la instalación de determinados establecimientos comerciales que por su tamaño y, esto es importante, su ubicación, puede causar sobre el territorio y el medio ambiente, y en la línea de contar con una adecuada ordenación espacial de los grandes establecimientos comerciales tal y como he defendido en otra ocasión (45).

Pero a fin de desterrar posibles ideas proteccionistas que deberían ser inmediatamente erradicadas respecto del pequeño/mediano comercio, también entiendo que debe procederse a la reconfiguración técnica del IGEC, sobre todo en lo relativo a qué formatos se excluyen (y el porqué de la inexistencia del impacto que justifique su exención o no sujeción) o la implantación de medidas que verdaderamente fomenten su ubicación en la trama urbana de

---

medio ambiente o su encaje en la ordenación territorial, al no afectar al número de clientes que acudirían a sus instalaciones. Pero téngase en cuenta la escasa virtualidad del reparo puesto por el TJUE en su sentencia sobre esta Comunidad Autónoma, pues la supresión de este supuesto de exoneración del pago del IGEC a los grandes establecimientos colectivos para que sí quedasen incluidos, fue uno de los fundamentos para modificar este impuesto a través de la Ley 5/2017, de 28 de marzo.

(45) Puede verse a este respecto LÓPEZ PÉREZ (2009: *in totum*).



las ciudades (46). Esto es, que se cumpla íntegramente la naturaleza extrafiscal del impuesto, a fin de evidenciar que el mismo resulta proporcional para los objetivos medioambientales que se persiguen y que atiende a la estructura interna de nuestro sistema fiscal.

Al respecto, es cierto que en las normativas autonómicas reguladoras del IGEC se recogen bonificaciones que contribuyen a pensar que el IGEC estimula o incentiva un comportamiento más respetuoso con el medio ambiente. Así, la valoración de que el gran establecimiento cuente con varios medios de transporte público de acceso, la deducción por inversión en proyectos ambientales o la aplicación de un coeficiente que reduzca la cuota tributaria dependiendo de su ubicación en zonas urbanas, son adecuadas a tal fin medioambiental.

Sin embargo, juzgo que este tipo de medidas pueden ser insuficientes para modificar u orientar decisiones empresariales. Quizás debería ahondarse en medidas de fomento para, por ejemplo, favorecer su instalación en las tramas urbanas de las ciudades donde exista un uso mayoritario residencial, a fin de minimizar el uso de vehículos privados a motor y la sobrecarga de las infraestructuras viarias públicas, etc. En resumen, que la finalidad del impuesto sea la de reconducir las iniciales voluntades de implantarse en el extrarradio, en espacios isla fuera de la trama urbana (donde el suelo es mucho más barato), para buscar alternativas más coherentes con la ordenación del territorio y el urbanismo de la ciudad o del entorno metropolitano en la que pretendan situarse y, en último término, más respetuosas con el medio ambiente.

Y es que, aunque el impuesto haya sido declarado ajustado al derecho comunitario, como antes lo fue a la Constitución, resulta significativo en esta misma línea lo señalado por la Abogada General —apartado 52 de las Conclusiones emitidas en el asunto C-233/16 (normativa catalana)—, que indica que «la diferenciación entre establecimientos comerciales individuales y colectivos y la no distinción entre instalaciones en terreno urbano y en terreno rural sólo revelan que el impuesto podría eventualmente diseñarse mejor desde el punto de vista medioambiental para alcanzar de forma más específica los objetivos mencionados», aunque, eso sí, destaque que tal deficiencia técnica no permita «concluir que el impuesto en cuestión sea manifiestamente inadecuado para lograr tales objetivos».

---

(46) En esta línea, puede verse la ampliación de los supuestos de sujeción en la legislación de Cataluña reguladora del IGEC a aquellos grandes establecimientos comerciales que dispongan de una superficie de venta igual o superior a 1.300 m<sup>2</sup> (con anterioridad, con carácter general, la superficie estaba fijada en 2.500 m<sup>2</sup>) que estén situados fuera de la trama urbana consolidada o, en caso de que ésta no esté definida, estén situados fuera del núcleo histórico y de sus ensanches —artículo 7 de la Ley 5/2017, de 28 de marzo—.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CANTALAPIEDRA, Santiago y VILLAREJO GALENDE, Helena (2003): «La regulación de los grandes centros comerciales: una aproximación sociológica y jurídica», en *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. 15, núm. 2, edición digital.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Santiago y JORGE GARCÍA-ÍNÉS, Marta (2009): «Unas notas sobre las ayudas de Estado y la competencia fiscal perjudicial en el derecho comunitario», en *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 2, pp. 173-182.
- AMATRIAIN CÍA, Ignacio (2002): «El impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales (Ley Foral 23/2001, de 27 de noviembre)», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 33, pp. 33-53.
- AYMÀ I BARBANY, Montserrat (2007): «La imposición medioambiental en la Comunidad Autónoma de Aragón. Análisis de los impuestos medioambientales creados por la Ley 13/2005 de 30 de diciembre», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 35, 30 pp.
- BAENA AGUILAR, Ángel (2002): «Los impuestos como categoría tributaria de protección ambiental», en YÁBAR STERLING (dir.), *La protección fiscal del medio ambiente. Aspectos económicos y jurídicos*, Madrid, Marcial Pons, pp. 185-226.
- BORRERO MORO, Cristóbal (2014): «Últimas tendencias de la fiscalidad ambiental en la Unión Europea», en *Revista Derecho y Sociedad*, núm. 43, pp. 379-386.
- BUÑUEL GONZÁLEZ, Miguel (2004): «Introducción», en BUÑUEL GONZÁLEZ (coord.), *Tributación medioambiental: Teoría, práctica y propuestas*, Madrid, Thomson Civitas-Deloitte, pp. 31-37.
- CARBAJO VASCO, Domingo y HERRERA MOLINA, Pedro Manuel (2004): «Marco general jurídico de la tributación medioambiental: concepto, marco constitucional y marco comunitario», en BUÑUEL GONZÁLEZ (coord.), *Tributación medioambiental: Teoría, práctica y propuestas*, Madrid, Thomson Civitas-Deloitte, pp. 61-137.
- CAYERO BILBAO, José Antonio (2006): «Derecho de la competencia en la Unión Europea: Ayudas de estado de carácter fiscal», en *Gaceta Tributaria del País Vasco*, núm. 32, pp. 63-104.
- CAZORLA PRIETO, Luis María (2008): «Los principios constitucional-financieros en la tributación medioambiental», en BECKER ZUAZUA *et al.* (coord.), *Tratado de Tributación Medioambiental*, Vol. I, Cizur Menor, Iberdrola-Thomson-Aranzadi, pp. 53-84.
- CHECA GONZÁLEZ, Clemente (2016): «La función de las normas tributarias en el Estado Social. Especial consideración de los tributos con finalidad extrafiscal», en *Anuario de la Facultad de Derecho 2015-2016 (Universidad de Extremadura)*, núm. 32, 30 pp.

- DE PRADA GARCÍA, Aurelio (2002): «Aspectos filosóficos de la problemática ambiental», en YÁBAR STERLING (dir.), *La protección fiscal del medio ambiente. Aspectos económicos y jurídicos*, Madrid, Marcial Pons, pp. 17-27.
- ESCRIBANO LÓPEZ, Francisco (2008): «El principio de reserva de ley en la tributación medioambiental», en BECKER ZUAZUA *et al.* (coord.), *Tratado de Tributación Medioambiental*, Vol. I, Cizur Menor, Iberdrola-Thomson-Aranzadi, pp. 123-159.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio (2013): «El Séptimo Programa Ambiental de la Unión Europea, 2013-2020», en esta REVISTA, núm. 41-42, pp. 71 a 121.
- FERREIRO SERRET, Estela (2016): «El concepto de impuesto medioambiental a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de ayudas de Estado», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 52, pp. 105-114.
- GARCÍA GUIJO, Leopoldo (2012): «Las ayudas de estado en la Unión Europea: Concepto, requisitos e implicaciones», en *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. 2, pp. 97-127.
- GAROT, Marie-José (2005): «La perspectiva del Derecho Comunitario (I): El IGEC en el marco de las libertades comunitarias», en MARCOS FERNÁNDEZ y SÁNCHEZ SUÁREZ (coord.), *Los impuestos sobre los grandes establecimientos comerciales (Un análisis jurídico y económico)*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, pp. 79-96.
- (2004): «El impuesto sobre las grandes superficies desde una perspectiva del derecho comunitario», en *IE Working Paper Derecho*, WPED04-07, 14 pp.
- GUTIÉRREZ DUARTE, María Victoria, RODRÍGUEZ LÓPEZ, Ángel y GALVÁN VALLINA, Joaquín (2013): «Objetivos y principios fundamentales de la Política Ambiental Europea», en *Revista Internacional del Mundo Económico y del Derecho*, Vol. VI, pp. 37-69.
- HERRERA MOLINA, Pedro Manuel (2000): *Derecho tributario ambiental. Environmental tax law (La introducción del interés ambiental en el ordenamiento tributario)*, Madrid, Marcial Pons y Ministerio de Medio Ambiente, 420 pp.
- (2008): «El principio quien contamina paga», en BECKER ZUAZUA *et al.* (coord.), *Tratado de Tributación Medioambiental*, Vol. I, Cizur Menor, Iberdrola-Thomson-Aranzadi, pp. 187-212.
- JIMÉNEZ-DOMÍNGUEZ, Bernardo, BECERRA MERCADO, Olga y ROSA OLIVERA, Ana (2009): «Apropiación pública del espacio en centros comerciales de la zona metropolitana de Guadalajara», en *Medio Ambiente y Comportamiento Humano*, Vol. 10 (3), pp. 253-285.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2013): «La protección ambiental no debe distorsionar la competencia», en SANZ LARRUGA *et al.* (dir.), *Libre mercado y protección*

- ambiental. Intervención y orientación ambiental de las actividades económicas*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 317-333.
- LÓPEZ DÍAZ, Antonio (2013): «Tributación medioambiental en España a nivel subcentral: CCAA y CCLL», en *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 22, núm. Extra, pp. 225-244.
- LÓPEZ PÉREZ, Fernando (2009): *El impacto de la Directiva de Servicios sobre el urbanismo comercial (Por una ordenación espacial de los grandes establecimientos comerciales)*, Barcelona, Atelier, 221 pp.
- LÓPEZ-GUZMÁN GUZMÁN, Tomás J., LARA DE VICENTE, Fernando, FUENTES GARCÍA, Fernando y VEROZ HERRADÓN, Ricardo (2006): «La reforma fiscal ecológica en la Unión Europea: antecedentes, experiencias y propuestas», en *Revista de Economía Institucional*, Vol. 8, núm. 5, pp. 321-332.
- LOZANO CUTANDA, Blanca (2010): *Derecho Ambiental Administrativo*, 11ª ed., Madrid, La Ley, 844 pp.
- MAGADÁN, Marta (2009): «Distribución territorial de la tributación ambiental y el consumo del agua», en *Revista Económica de Castilla-La Mancha*, núm. 15, pp. 271-326.
- MAGRANER MORENO, Francisco J. y MARTÍN LÓPEZ, Jorge (2006): «Normativa comunitaria en ayudas de estado versus competencia fiscal perjudicial», en *Cuadernos de Integración Europea*, núm. 4, pp. 111-121.
- MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco (2005): «La perspectiva del Derecho Comunitario (II): El IGEC como una ayuda de estado ilícita», en MARCOS FERNÁNDEZ y SÁNCHEZ SUÁREZ (coord.), *Los impuestos sobre los grandes establecimientos comerciales (Un análisis jurídico y económico)*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, pp. 97-118.
- MATA SIERRA, María Teresa (2008): «La tributación medioambiental: perspectivas de futuro», en BECKER ZUAZUA *et al.* (coord.), *Tratado de Tributación Medioambiental*, Vol. I, Cizur Menor, Iberdrola-Thomson-Aranzadi, pp. 501-526.
- MERINO JARA, Isaac (2017): «Los impuestos autonómicos sobre grandes establecimientos comerciales desde la perspectiva de las libertades de la Unión Europea y del régimen de ayudas de Estado», en SANZ GÓMEZ (coord.), *Tributos propios de las Comunidades Autónomas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 207-232.
- OME BARAHONA, Anayibe (2016): «Límites jurídicos al establecimiento de tributos ambientales en el ordenamiento español, desde la perspectiva del derecho nacional y europeo», en *Revista Direito GV*, Vol. 2, núm. 2, pp. 564-599.
- PEÑA ALONSO, José Luis (2008): «La finalidad extrafiscal y la estructura de los tributos medioambientales», en BECKER ZUAZUA *et al.* (coord.), *Tratado de Tributación Medioambiental*, Vol. I, Cizur Menor, Iberdrola-Thomson-Aranzadi, pp. 459-499.

- PÉREZ FERNÁNDEZ, José Manuel (2013): «Urbanismo comercial y medio ambiente: El reto de un modelo urbano sostenible», en SANZ LARRUGA *et al.* (dir.), *Libre mercado y protección ambiental. Intervención y orientación ambiental de las actividades económicas*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 251-279.
- RAZQUIN LIZARRAGA, Martín M<sup>o</sup>. (2001): «La regulación de los grandes establecimientos comerciales: últimas novedades, en especial, en Navarra», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 32, pp. 9-37.
- RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Manuel (2004): *La alternativa fiscal verde (la utilización de instrumentos económicos de protección ambiental con especial referencia a la Comunidad Autónoma de Extremadura)*, Valladolid, Lex Nova, 585 pp.
- SÁNCHEZ GRAELLS, Albert (2005): «La constitucionalidad o inconstitucionalidad del impuesto sobre grandes establecimientos comerciales (IGEC)», en MARCOS FERNÁNDEZ y SÁNCHEZ SUÁREZ (coord.), *Los impuestos sobre los grandes establecimientos comerciales (Un análisis jurídico y económico)*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, pp. 19-78.
- (2006): «La inconstitucionalidad del nuevo impuesto aragonés sobre el daño medioambiental causado por las grandes áreas de venta», en *IE Working Paper Derecho*, AJ8-136, 30 pp.
- SÁNCHEZ SUÁREZ, Fernando (2005): «Introducción», en MARCOS FERNÁNDEZ y SÁNCHEZ SUÁREZ (coord.), *Los impuestos sobre los grandes establecimientos comerciales (Un análisis jurídico y económico)*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, pp. 11-18.
- SESMA SÁNCHEZ, Begoña y CORDERO GONZÁLEZ, Eva María (2005): «El impuesto sobre grandes establecimientos comerciales del Principado de Asturias», en *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 29, pp. 13-60.
- SOLER ROCH, María Teresa (2008): «El principio de capacidad económica y la tributación medioambiental», en BECKER ZUAZUA *et al.* (coord.), *Tratado de Tributación Medioambiental*, Vol. I, Cizur Menor, Iberdrola-Thomson-Aranzadi, pp. 85-101.
- VAHÍ SERRANO, Amalia (2010): «El territorio y la orientación comercial. La salvaguarda del patrimonio territorial en las Comunidades Autónomas de España», en *Anales de Geografía*, Vol. 30, núm. 1, pp. 139-161.
- VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, Antonio (2017): «Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales: de un pasado inconstitucional a ¿un futuro contrario al Derecho de la UE?», en *Nueva Fiscalidad*, núm. 2, pp. 185-194.
- VILLAR RUBIO, Elena (2015): «La reforma fiscal verde: un análisis de convergencia a nivel europeo», en *Estudios de Progreso. Fundación Alternativas*, núm. 82/2015, 51 pp.



# ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA COMPATIBILIDAD DE LOS LAUDOS ARBITRALES EN MATERIA DE ENERGÍAS RENOVABLES Y EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

MARÍA DEL MAR VILLAGRASA ROZAS

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.– II. LAS MEDIDAS DE «RECORTE» INTRODUCIDAS EN EL RÉGIMEN DE FOMENTO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES EN LOS ÚLTIMOS AÑOS.– III. EL TRATADO DE LA CARTA DE ENERGÍA Y LOS TRIBUNALES ARBITRALES.– IV. LAS CONTROVERSIAS SUSCITADAS POR EL RÉGIMEN DE APOYO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES A LA LUZ DEL TRATADO DE LA CARTA DE LA ENERGÍA: LOS CASOS CHARANNE Y EISER: 1. El laudo Charanne. 2. El laudo Eiser: A) Planteamiento general. B) La defensa de España: la excepción intra-UE. C) El significado del estándar trato justo y equitativo.– V. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU RELACIÓN CON EL ARBITRAJE DE INVERSIONES EN EL SECTOR DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES: 1. Planteamiento general. 2. La Decisión C(2017)7384 de la Comisión Europea, de 10 de noviembre de 2017. 3. La compatibilidad de las ayudas de Estado en materia de energías renovables.– VI. LA PIEZA CLAVE DE LA DEFENSA DE ESPAÑA ANTE LOS TRIBUNALES ARBITRALES INTERNACIONALES: LA SENTENCIA ACHMEA DEL TJUE, DE 6 DE MARZO DE 2018: 1. Planteamiento general. 2. El principio de autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. 3. El tribunal arbitral no es un órgano jurisdiccional de un Estado miembro. 4. La aplicación del art. 344 TFUE a las controversias inversor-Estado. 5. Las posibles consecuencias de la Sentencia Achmea en el marco del Tratado de la Energía.– VII. CONCLUSIONES.– VIII. BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** España tiene varios frentes abiertos al arbitraje de inversiones debido a los cambios normativos retroactivos en las energías renovables. En este trabajo explicaremos cómo hemos llegado a esta situación, en la que los tribunales arbitrales condenan a nuestro país a pagar a los inversores internacionales grandes sumas económicas y, a la vez, estudiaremos las líneas de defensa que la Unión Europea ha abierto en los últimos meses en contra de la ejecución de los laudos arbitrales.

**Palabras clave:** energías renovables; laudos arbitrales internacionales; ayudas de Estado.

**ABSTRACT:** Spain has several fronts open in investment arbitration due to retroactive regulatory changes in renewable energies. In this paper, we will explain how we got to this point, in which international arbitration courts condemn to pay large sum of money to

*Spain, and, at the same time, will study the lines of defense opened up by the European Union in the last few months against the enforcement of arbitral awards.*

*Key words: renewable energies; international arbitration awards; State aid.*

## I. INTRODUCCIÓN

La polémica reforma operada en el régimen tarifario de las energías renovables por el Real Decreto Ley 9/2013, de 12 de julio, que llevó a la aprobación de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, ha supuesto un gran problema para los intereses económicos de los inversores que habían invertido grandes sumas de dinero al amparo de la norma anterior, mucho más favorable que la actual.

Estas reformas han sido objeto de impugnación y de reclamación de responsabilidad patrimonial en los Tribunales españoles. En este contexto, el Tribunal Constitucional ha ratificado la plena constitucionalidad del nuevo sistema introducido por el Real Decreto-Ley 9/2013 y la Ley 24/2013. Por su parte, el Tribunal Supremo, en numerosas sentencias, también ha convalidado la legalidad del Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, que desarrollan las leyes anteriores.

Los argumentos presentados por los demandantes ante el Tribunal Supremo son los siguientes: se produjo una aplicación retroactiva de las nuevas normas; no se tuvieron en cuenta principios generales de nuestro Derecho como la seguridad jurídica y la confianza legítima; se transgredió el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y se alteró de forma sustancial el principio de rentabilidad razonable. Algunas demandas invocaron, incluso, el incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario y la violación de las disposiciones sobre el Tratado de la Carta de la Energía (1).

A la vista de que las demandas nacionales no estaban prosperando en ningún sentido, los inversores extranjeros, en virtud del Tratado de la Carta de la Energía, presentaron sus reclamaciones ante distintos organismos arbitrales internacionales.

En julio de 2018, los laudos internacionales condenan a España a pagar un total de 357 millones de euros por la violación del citado Tratado. Sin duda, una cifra nada desdeñable que produciría un agujero en nuestras cuentas

---

(1) El Instrumento de ratificación del Tratado de la Carta de la Energía y del Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados, hechos en Lisboa el 17 de diciembre de 1994, fue publicado en el BOE núm. 65, de 17 de marzo de 1998.



públicas si llegaran a ejecutarse, y todavía penden demandas por valor de 7.500 millones de euros por los sucesivos recortes a las renovables (2).

En el momento actual se han solventado seis arbitrajes internacionales. Los dos primeros, planteados por *Charanne* e *Isolux* ante la Cámara de Comercio de Estocolmo, se resolvieron a favor de España. Más tarde, los inversores *Eiser*, *Novaenergía* (3), *Masdar* (4) y *Antin* (5) acudieron al CIADI y ganaron sus reclamaciones, lo que obliga a España a indemnizarles con grandes sumas de dinero.

---

(2) [https://www.elconfidencial.com/empresas/2018-06-24/mas-de-20-millones-en-intereses-y-costas-la-factura-oculta-de-los-laudos-contra-espana\\_1582899/](https://www.elconfidencial.com/empresas/2018-06-24/mas-de-20-millones-en-intereses-y-costas-la-factura-oculta-de-los-laudos-contra-espana_1582899/). Los laudos ordenan a España a pagar a los fondos internacionales 338 millones de euros, pero España recurre a la justicia al considerar que los tribunales ordinarios están de su parte. Esto conlleva el riesgo de que aumenten los intereses que están fijando los jueces arbitrales y que solo en los cuatro primeros casos suman 18.66 millones. Además hay costas millonarias (bufetes, peritajes, árbitros...) que empiezan a caer en el saldo de España. [Recuperado el 5 de julio de 2018].

(3) [https://elpais.com/economia/2018/05/17/actualidad/1526580045\\_268563.html](https://elpais.com/economia/2018/05/17/actualidad/1526580045_268563.html). La ejecución del laudo *Novaenergía* contra España ha sido suspendido por la justicia sueca siguiendo las directrices del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por tratarse de inversores de Estados miembros de la Unión Europea. Este laudo se sustanció ante la Cámara de Comercio de Estocolmo. El 17 de mayo de 2018, el Tribunal de Apelación de Estocolmo (*Svea Court of Appeal*) comunicó al Gobierno del Partido Popular que se suspendía indefinidamente el laudo de *Novaenergía* que había dictado la Cámara de Comercio de la misma ciudad. La decisión obligaba a pagar 53 millones de euros a los inversores. La anulación se basaba en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de marzo de 2018, que invalida que se puedan dirimir conflictos entre empresas y Estados en el marco de los tratados bilaterales entre socios comunitarios. En este caso, se cumple la prohibición porque la empresa tiene su domicilio en Luxemburgo. [Recuperado el 5 de julio de 2018].

(4) [https://www.elconfidencial.com/empresas/2018-05-16/abu-dabi-gana-un-arbitraje-a-espana-y-abre-el-frente-diplomatico-por-las-renovables\\_1564573/](https://www.elconfidencial.com/empresas/2018-05-16/abu-dabi-gana-un-arbitraje-a-espana-y-abre-el-frente-diplomatico-por-las-renovables_1564573/). El fondo de inversión *Masdar*, del Emirato Árabe Abu Dabi abrió un frente diplomático debido a los fuertes intereses económicos que tiene este país de Oriente Medio en España. La reclamación ante el CIADI la interpuso *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A.*, con sede en Holanda. *Masdar* es una filial del fondo estatal de Abu Dabi *Mubadala Development Company* y se dedica, sobre todo, a la energía termosolar. En 2014, el Ministro de Energía del Partido Popular, José Manuel Soria, visitó Abu Dabi con el Rey Emérito (D. Juan Carlos I) para rebajar la tensión creada por las pérdidas económicas del fondo debido a la nueva regulación de las energías renovables. Las estrechas relaciones entre las casas reales de España y Abu Dabi no fueron suficiente bálsamo para llegar a un acuerdo amistoso y el caso siguió adelante en el CIADI, que condenó a España a pagar a *Masdar* una indemnización de 64.5 millones más un interés del 0.9 desde que, en 2014, entró en vigor el recorte de las primas. [Recuperado el 10 de julio de 2018].

(5) [https://www.elconfidencial.com/empresas/2018-06-18/laudo-antin-arbitraje-ciadi-renovables-primas-termosolar\\_1580658/](https://www.elconfidencial.com/empresas/2018-06-18/laudo-antin-arbitraje-ciadi-renovables-primas-termosolar_1580658/). El laudo de *Antin* es de fecha de 15 de junio de 2018 y fue publicado íntegro en el periódico *El Confidencial Digital*. *Antin* ganó la demanda a España en el CIADI mediante un laudo que le condenó a pagar 112 millones de euros. [Recuperado el 20 de junio de 2018].

Ante esta situación, la Unión Europea ha abierto nuevos frentes de defensa para evitar la ejecución de los laudos arbitrales contra España. Esta defensa se fundamenta en dos líneas argumentales: las indemnizaciones de los laudos arbitrales se consideran ayudas de Estado ilegales y los arbitrajes de inversiones entre países miembros de la Unión Europea son contrarios al Derecho europeo porque no garantizan el principio de autonomía del Derecho de la Unión Europea.

En este trabajo se llevará a cabo una introducción sobre el controvertido marco legal que, lejos de contener sistemas de apoyo fiables para el desarrollo de las energías renovables, ha llevado a muchas empresas a una situación insostenible desde el punto de vista económico. Posteriormente se hará una breve referencia al laudo *Charanne* y, en particular, se estudiará el laudo *Eiser*, que se considera paradigmático por la relevancia que han tenido sus argumentos en otros laudos arbitrales dictados con posterioridad. Para finalizar, argumentaremos la línea de defensa que está siguiendo España para oponerse a la ejecución de los laudos arbitrales, basada en los últimos pronunciamientos de la Comisión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

## **II. LAS MEDIDAS DE «RECORTE» INTRODUCIDAS EN EL RÉGIMEN DE FOMENTO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES EN LOS ÚLTIMOS AÑOS**

Para comprender los efectos jurídicos y económicos desencadenados por las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, y sus normas reglamentarias, describiremos de forma esquemática los cambios que se han producido desde la aprobación del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (6).

El RD 661/2007 permitía dos sistemas de venta de energía: a) venta a tarifa regulada, diferente para cada tecnología, b) venta libre en el mercado de producción de energía eléctrica. La retribución venía dada por el precio

---

(6) La evolución del modelo español de apoyo a las energías renovables ha sido estudiado por muchos autores. Para hacer una evolución esquemática hemos elegido el trabajo de GALÁN VIOQUE (2015: 116-127), en el que se explican todos los cambios normativos que han llevado a cabo los distintos Gobiernos del Partido Socialista y del Partido Popular. Estos cambios del sistema de fomento de las energías renovables se han establecido a lo largo del tiempo por disposiciones infralegales, reglamentos, lo que ha tenido como consecuencia que hayan sido impugnados ante el Tribunal Supremo. Esto explica que los recortes que se llevaron a cabo a partir de 2012 hasta los actuales se aprobaran por normas con rango de Ley, como Reales Decretos-Leyes, para evitar las impugnaciones de las empresas ante el Tribunal Supremo y las posibles medidas cautelares que pudiera imponer la justicia.

resultante del mercado, si bien dicho precio venía complementado por una prima, específica para cada tipo de tecnología.

Esta regulación, que resultaba muy atractiva, atrajo a pequeños y grandes inversores nacionales y extranjeros, convirtiendo a nuestro país en uno de los líderes de producción de energía eléctrica procedente de fuentes renovable. Pero el estallido de la crisis financiera mundial de 2008 obligó al Gobierno a restringir sucesivamente las primas, hasta llegar a su definitiva derogación por el Real Decreto-Ley 9/2013.

En el nuevo contexto económico se sucedieron varias modificaciones normativas, en un breve lapso de tiempo, en las políticas de fomento que afectaron a la generación eléctrica fotovoltaica. Ello tuvo lugar a través del Real Decreto 1003/2010, de 5 de agosto; del Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre; del Real Decreto 1614/2010, de 8 de diciembre y del Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre.

Posteriormente se efectuaron otras modificaciones que afectaron a todas las tecnologías de producción de energía renovable por Real Decreto-Ley 1/2012, de 22 de enero; Ley 15/2012, de 27 de diciembre; Real Decreto-Ley 29/2012, de 1 de febrero, y Real Decreto-Ley 2/2013. Esta serie de medidas, aprobadas en cascada, tuvieron carácter retroactivo y se aplicaron a instalaciones que tenían reconocida una retribución primada para toda la vida útil de la instalación, mermando sus beneficios.

La reforma operada por el Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera y presupuestaria del sistema eléctrico, establece las bases de un nuevo marco retributivo para que las energías renovables puedan competir en el mercado y obtener una rentabilidad razonable. Esta norma fue el inmediato antecedente de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, que deroga el régimen retributivo especial y lo cambia por el régimen retributivo específico (7).

Este régimen retributivo específico se desarrolló en el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la producción energética a

---

(7) RUIZ DEL OLMO y DELGADO PIQUERAS (2014: 79-94) explican la evolución del régimen retributivo especial al régimen retributivo específico, poniendo especial énfasis en las novedades que incorpora el nuevo sistema retributivo en la Ley 23/2014, cuando aún no se habían aprobado los reglamentos que la desarrollan. Ya se anuncian aquí los recursos interpuestos ante el Tribunal Constitucional y ante el Tribunal Supremo, además de las reclamaciones internacionales fundamentadas en el Tratado de la Carta de la Energía. En la misma línea se encuentra el trabajo de ARANA GARCÍA (2014: 136-142) que da cuenta de la novedad y complejidad del régimen retributivo específico y destaca que «nos encontramos ante una reforma total y absoluta, sin parangón en nuestro país ni en el Derecho comparado». También critica las sentencias del Tribunal Supremo que se habían pronunciado a favor de las normas reglamentarias y hace referencia a las demandas internacionales de arbitraje presentadas contra nuestro país en ese momento.

partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicadas a determinadas instalaciones de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos. El problema es que las nuevas normas no contienen disposiciones transitorias o algún mecanismo compensatorio que garantice un cambio paulatino de un régimen favorable para las empresas a otro, sino que, por el contrario, se basa en premisas totalmente nuevas, vulnerando, en nuestra opinión, el principio de seguridad jurídica y confianza legítima que debe regir un mercado altamente regulado, como es el sector eléctrico.

El nuevo modelo de retribución se fundamenta en los principios de participación en el mercado, aseguramiento de una rentabilidad razonable y empresa eficiente y bien gestionada. Los reglamentos de desarrollo convierten esos términos en conceptos normativos estandarizados que, en algunos casos, no se corresponden con la realidad y, en otros, dan lugar a importantes pérdidas económicas para las empresas (8). Por otra parte, si antes se fomentaba la cantidad de energía producida, es decir, las instalaciones más productivas, ahora el sistema descansa sobre la potencia instalada y la eficiencia de costes.

El problema se plantea con las instalaciones preexistentes, aquellas que ya estaban proyectadas o puestas en marcha antes de la reforma normativa. A éstas se les impone la obligación de acudir al mercado, desapareciendo el anterior sistema de tarifas reguladas. No obstante, la Ley les asegura una rentabilidad razonable que girará sobre el rendimiento medio de las obligaciones del Estado en el mercado secundario a diez años, incrementado en un diferencial que actualmente se fija en 300 puntos básicos. Esta rentabilidad razonable, antes de impuestos, se determina en este momento en el 7,39%, aunque puede cambiar porque los parámetros retributivos están sujetos a revi-

---

(8) ALONSO MAS (2017a: 311-352) hace un estudio pormenorizado y crítico de los distintos elementos de cálculo del régimen retributivo específico y de los problemas jurídicos y económicos que plantea. Este trabajo es complejo por la utilización de conceptos normativos más vinculados al ámbito de la Economía que al del Derecho, pero resulta muy interesante para comprender el sector y las normas que lo regulan. Critica la autora que estamos ante valores estandarizados que pueden estar alejados de los valores reales que resulten de la contabilidad de la instalación. La dificultad técnica de estas operaciones hace que la regulación no sea transparente, por lo que el inversor no conoce con exactitud la retribución que le corresponde. Estos modelos, que son conceptos normativos estandarizados, en los que no se pueden subsumir todo tipo de instalaciones, ha llevado al cierre de empresas y a la pérdida de beneficios de las que se han mantenido en el mercado, cuyos inversores han visto reducidas sus ganancias. En el mismo sentido se pronuncia ARANA GARCÍA (2014: 136-142), quien explica el régimen retributivo específico de forma más sencilla para los que no están familiarizados con los conceptos técnicos.

sión cada seis años, divididos en dos semiperiodos de tres años en el caso de las energías renovables, lo que supone un atentado contra el principio de seguridad jurídica (9).

Las restricciones llegan a tal punto que las instalaciones que habían alcanzado con anterioridad a esa fecha la retribución que el Estado consideraba razonable ya no tenían derecho a ninguna ayuda, por lo que algunos promotores no han podido ni cubrir costes ni asegurarse una rentabilidad razonable. Como apunta ALONSO MAS, «*para las nuevas instalaciones se tiene en cuenta la retribución percibida bajo el sistema anterior; y, si dicha retribución ya percibida es igual o superior a la que correspondería a la instalación a lo largo de su vida útil conforme al sistema, nada le corresponderá percibir con arreglo a la nueva regulación*» (10).

Así pues, el cambio con carácter retroactivo de los presupuestos regulatorios en que se apoyaron los inversores nacionales y extranjeros para llevar a cabo sus proyectos tuvo como consecuencia directa un notable recorte de la rentabilidad de los mismos y, en algunos casos, el cierre de instalaciones que todavía estaban pagando los créditos a las entidades financieras.

Estas controvertidas y complejas normas han sido objeto de impugnación y de reclamación de responsabilidad patrimonial ante los Tribunales españoles, tanto ante el Tribunal Constitucional, que ratificó la validez de las normas con rango de ley, como ante el Tribunal Supremo, que convalidó los reglamentos que las desarrollan, si bien hubo tres de los siete magistrados que componen la Sala Tercera que emitieron votos disidentes (11). Por su parte, los inversores extranjeros todavía tenían abierta una vía jurisdiccional internacional basada en la infracción del Tratado de la Carta de la Energía.

---

(9) GARCÉS SANAGUSTÍN (2014: 28) critica que el regulador ha convertido una actividad industrial en una mera actividad financiera en la que no se tiene en cuenta la complejidad tecnológica del sector eólico ni su mantenimiento. El hecho de aplicar fórmulas matemáticas a todas las tecnologías carece de sentido en negocio industrial. Esta consideración coincide con la de ARANA GARCÍA (2014: 138), que opina que referenciar la rentabilidad razonable al rendimiento de las obligaciones del Estado a diez años no tiene ningún sentido, pues estamos ante un indicador que se utiliza para analizar rendimientos de instrumentos de deuda y nunca para retribuir activos a efectos de actividades económicas, aunque sean reguladas.

(10) La cita corresponde a ALONSO MAS (2017c: 4), en el trabajo dedicado a comentar el caso *Eiser*. GARCÉS SANAGUSTÍN (2014: 55 y 65) apunta que los promotores de energías renovables se convierten en quasi-concesionarios, debido a las gravosas situaciones jurídicas que soportan, colocándose en peor situación que si se hubiesen visto afectados por el ejercicio de las potestades sancionatorias y expropiatorias. Al menos en estos casos el ordenamiento jurídico les otorga unas garantías económicas, materiales y de procedimiento.

(11) Son muchos los trabajos dedicados a comentar las sentencias del Tribunal Supremo y los votos disidentes de los magistrados. Por todos ver ARANA GARCÍA (2014: 142-149); ALONSO MAS (2017a: 300-303); y REQUENI RODRIGO (2017: 372-381).

### III. EL TRATADO DE LA CARTA DE LA ENERGÍA Y LOS TRIBUNALES ARBITRALES

El Tratado de la Carta de la Energía (TCE) es el primer Tratado multilateral para la promoción y cooperación en el sector de la energía. Fue firmado el 17 de diciembre de 1994 y entró en vigor el 16 de abril de 1998. En 2005 se actualizó con la finalidad de responder adecuadamente a los retos de la globalización de los principales aspectos de la energía: seguridad, sostenibilidad y eficiencia (12).

Una de las principales finalidades es la protección de las inversiones en actividades económicas en el sector de la energía. En este sentido, se establecen una serie de medidas destinadas a garantizar las inversiones de entidades tanto públicas como privadas en cualquiera de los Estados signatarios del TCE, de forma que tales inversiones no estén a expensas de los cambios políticos, legislativos y de otro tipo. Con dicha finalidad, este Tratado fija ciertos requisitos jurídicos que se encuentran en la mayoría de los Tratados Bilaterales y Multilaterales de Inversiones, entre los que destacamos, a nuestros efectos, dos disposiciones consideradas básicas en relación a esta cuestión.

El art. 10 TCE establece que las partes contratantes han de fomentar y crear condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras partes realicen inversiones en su territorio. Entre esas condiciones está el compromiso de conceder en todo momento a las inversiones de otras partes contratantes un trato justo y equitativo. Estas inversiones gozan asimismo de una protección y seguridad completas, y ninguna parte contratante puede perjudicar en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, su gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación. Cada parte contratante ha de conceder en su territorio a los inversores extranjeros un trato no menos favorable que el que conceda a las inversiones de sus nacionales, siendo de aplicación la situación más favorable.

El art. 13 TCE prohíbe la adopción de medidas de nacionalización, expropiación o medidas de efecto equivalente, salvo por un motivo de interés público, de manera no discriminatoria, con arreglo al debido procedimiento legal y mediante el pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva.

Estos dos principios, comunes a la mayoría de los tratados de inversión, son el fundamento de la protección que el TCE otorga a los inversores.

Por otra parte, el art. 26 aborda la resolución de controversias entre un inversor y un Estado contratante, receptor de la inversión. El precepto pide que, en la medida de lo posible, las controversias se resuelvan amigablemente. Si

---

(12) LÓPEZ-IBOR MAYOR (2015: 23). DEL GUAYO CASTIELLA (2016: 52).

no es posible, el inversor afectado puede optar por someter una controversia para su solución ante los tribunales ordinarios o administrativos de la parte implicada, o de acuerdo con un procedimiento de solución de controversias previamente acordado. También permite acudir al sistema de arbitraje o conciliación internacional.

Si el inversor opta por el arbitraje, la controversia se somete al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), o a un único árbitro internacional o tribunal de arbitraje *ad hoc* establecidos en virtud del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o a un procedimiento de arbitraje ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. En virtud de esta previsión, se crea un tribunal que decide cuestiones en litigio con arreglo al TCE y a las normas del Derecho internacional aplicables.

El CIADI es una institución del Banco Mundial con sede en Washington y su régimen de arbitraje está sujeto al Convenio del CIADI y a normas que son independientes de cualquier Derecho estatal. Los laudos arbitrales son directamente ejecutados por este tribunal arbitral en los Estados contratantes del CIADI, y los recursos contra los mismos están limitados a mecanismos de revisión del procedimiento por el mismo tribunal arbitral (13).

Esta institución resulta muy útil a los inversores extranjeros, quienes pueden litigar contra un Estado en igualdad de condiciones, porque en estos procedimientos no se tienen en cuenta los privilegios y las potestades de los Estados que derivan de su soberanía. Pero también ha sido objeto de muchas críticas que cuestionan la legitimidad del arbitraje de inversiones por situar en el mismo plano intereses económicos de naturaleza privada con intereses de carácter general defendidos por los Estados.

La forma de proceder de este tribunal arbitral se ha convertido en un lucrativo negocio en el que se multiplican los conflictos y las demandas de arbitraje, creando una desventaja comparativa para los inversores nacionales y las pequeñas y medianas empresas, que no podrán acudir a este mecanismo de resolución de conflictos porque no tienen legitimación. LÓPEZ RODRÍGUEZ añade

---

(13) Sobre las particularidades del arbitraje de inversión como método de resolución de controversias ver LÓPEZ RODRÍGUEZ (2017: 34). Dentro de los distintos tribunales arbitrales, el más común es el CIADI, institución del Banco Mundial. Todos los Estados miembros de la Unión Europea, excepto Polonia, son parte del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, que entró en vigor en 1966. El régimen de arbitraje del CIADI es aplicable a la resolución de disputas entre nacionales de Estados contratantes del CIADI y otros Estados contratantes del CIADI, donde los primeros han realizado una inversión. Otros foros ampliamente aceptados en el arbitraje de inversiones, aunque en menor medida, son los tribunales *ad hoc*, como el UNCITRAL o el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

a las críticas anteriores la complejidad de los procedimientos y la falta de consistencia de las soluciones (14).

Todo ello está íntimamente relacionado con la globalización económica, que ha llevado a la uniformidad del Derecho internacional, en el que los Estados ven minusvalorada su capacidad normativa a favor de las grandes compañías de asesoría jurídica y económica, agentes privados que tienen gran influencia en la producción normativa, y que son los que asesoran a las empresas multinacionales. Un ejemplo de ello es la compañía *Allen & Overy* (Londres), la firma que ha representado a todos los demandantes que han ganado los litigios en materia de energías renovables en los tribunales arbitrales del CIADI. Ha de tenerse en cuenta que a través de la labor de consultoría, compañías privadas están incidiendo en la formulación de políticas públicas y en la regulación de las actividades económicas, sustituyendo a los entes públicos en su potestad regulatoria (15).

---

(14) LÓPEZ RODRÍGUEZ (2017: 35-37). La autora critica el arbitraje del CIADI porque lo considera más cercano a los intereses de las grandes compañías que a los Estados. «*Se aduce que el arbitraje de inversiones es una privatización intolerable de la justicia, puesto que las controversias de inversión no se originan en una relación de reciprocidad, sino en un contexto regulatorio. A este respecto, la resolución de este tipo de controversias se asemeja más al control judicial de la actividad de la Administración Pública que al arbitraje comercial, donde sólo se atiende a los intereses de las partes*». Para BELTRÁN DE FELIPE (2007: 35), mientras los tribunales nacionales están sometidos al imperio de la ley, los tribunales arbitrales están más interesados en proteger los derechos de los inversores que de hacer justicia. Su objetivo es proteger una parte frente a la otra, no hacer justicia neutral o imparcial. Ello puede conducir a no tener en cuenta los intereses del Estado de que se trate. En la misma línea se pronuncia CORDERO ÁLVAREZ (2007: 143), que califica a los tribunales arbitrales de tribunales privados en el que se imparte justicia privada.

(15) GONZÁLEZ GARCÍA (2004: 18-19, 27-28) pone de manifiesto la realidad de la globalización económica que lleva consigo la globalización del ordenamiento jurídico, en el que ahora participan compañías privadas dedicadas a la consultoría legal y económica de las grandes empresas multinacionales. El Derecho de la globalización se caracteriza por la uniformidad y el carácter desregulador. La uniformidad impone que las normas se apliquen en territorios lo más amplios posibles, para que puedan entrar todos los inversores que lo deseen y aprovechar las ventajas económicas que puedan derivar para las empresas. La desregulación no significa *arregulación*, sino *huida del Derecho Público*, que nos lleva a la sustitución del *hard law* por el *soft law*, y a la contractualización del Derecho en el refuerzo de los instrumentos de resolución de controversias. De tal modo que la desregulación no supone la ausencia de normas, sino que equivale a un desplazamiento de la capacidad normativa. En este sentido, son los operadores privados los que más han contribuido a su materialización, desplazando, paralelamente, la carga económica hacia los sujetos más débiles, concretamente los usuarios de los servicios. En efecto, en el caso que nos ocupa, las cantidades a las que condenan los laudos arbitrales deberían ser cargadas en los Presupuestos Generales del Estado o, en el peor de los casos, en la factura de la luz. En todo caso, el pago correspondería a los ciudadanos españoles.



#### **IV. LAS CONTROVERSIAS SUSCITADAS POR EL RÉGIMEN DE APOYO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES A LA LUZ DEL TRATADO DE LA CARTA DE LA ENERGÍA: LOS CASOS *CHARANNE* Y *EISER***

España, al modificar su régimen especial de generación de electricidad a partir de fuentes de energías renovables, pudo incurrir en la vulneración de las obligaciones que tiene establecidas en el TCE.

Las compañías energéticas internacionales y los fondos de inversión han presentado demandas de arbitraje internacional contra el Estado español por las sucesivas reformas operadas en el régimen especial de las energías renovables, especialmente por las últimas modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 9/2013 y la Ley 24/2013. Ello no tendría mayores consecuencias si los principios de seguridad jurídica y confianza legítima tuvieran un desarrollo paralelo en la jurisdicción nacional e internacional, pero como ya hemos apuntado en la introducción de este trabajo, no ha sido así.

Sin embargo, la cobertura del trato justo y equitativo hacia el inversor extranjero se ha convertido en un trato discriminatorio para el inversor nacional por el hecho de que el inversor extranjero gozaría de una doble protección, nacional e internacional, de la que carece el inversor nacional.

En este apartado haremos un breve comentario del caso *Charanne*, en el que se dio la razón al Estado español, y un análisis más exhaustivo del caso *Eiser*, que contiene la argumentación jurídica que seguirán el resto de los laudos condenatorios contra España.

##### **1. El laudo *Charanne***

Se analizará aquí el laudo de arbitraje N° 062/2012, de 21 de enero de 2016, dictado por la Cámara de Comercio de Estocolmo, que resuelve el caso *Charanne B.V. y Construction Investment S.A.R.L contra el Reino de España* que dio la razón a España y abrió el camino a las demás empresas para formular sus reclamaciones ante otros tribunales arbitrales (16). Pocos meses después se adoptó el laudo del caso *Isolux Infraestructure Netherlands B.V.* que también se resolvió a favor de España con los mismos argumentos.

Las dos empresas demandantes, dedicadas a la construcción y explotación de plantas de energía solar fotovoltaica, acudieron a la Cámara de Comercio de Estocolmo para reclamar la responsabilidad del Estado español

---

(16) HERNÁNDEZ MENDIBLE (2017: 237-251) analiza el laudo *Charanne* siguiendo la evolución de la reforma energética en el contexto de las obligaciones contraídas en el Tratado de la Carta de Energía. Vid. ALONSO MAS (2017c: 4-7). Esta autora nos explica la regulación de los laudos desde un conocimiento profundo del régimen económico de las energías renovables.

por las pérdidas derivadas de los cambios legislativos aprobados por España en 2010, bajo el auspicio del TCE.

Las normas discutidas fueron el Real Decreto 1565/2010 y el Real Decreto 1640/2010, por los que se regulaban y modificaban determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, y cuya finalidad era limitar las primas que recibían las energías renovables por la venta de energía. Los demandantes alegaron que, una vez establecidas las reglas del régimen especial en la generación de energía eléctrica en el Real Decreto 661/2007, se modificó el régimen regulatorio estableciendo unas condiciones menos ventajosas que las anteriores, vulnerando sus expectativas legítimas.

El Tribunal arbitral argumentó que esas normas reglamentarias que existían en el momento de la inversión y que fueron después modificadas, no pueden constituir un compromiso específico, porque «*convertir una norma reglamentaria en un compromiso específico tomado por el Estado hacia cada uno de los sujetos constituiría una limitación excesiva a la capacidad de los Estados de regular la economía en función del interés general*» (17). La obligación de otorgar un trato justo y equitativo a las empresas no implica que el marco regulatorio deba mantenerse inalterado. El marco regulatorio del sector energético no puede permanecer inmutable a lo largo de toda la vida útil de la instalación, pues esto supondría su congelación a lo largo de los años aunque cambiaran las circunstancias económicas o tecnológicas, quedando limitado cualquier cambio. Es decir, no existía un compromiso específico del Estado con los inversores, porque nos encontramos ante normas generales y abstractas que se habían modificado por la aparición de nuevas circunstancias.

Las modificaciones que se produjeron en 2010 no suprimían las características esenciales del sistema retributivo, pues los operadores siguieron recibiendo una tarifa primada, aunque más reducida. Por tanto, ni se violaron las expectativas legítimas del inversor ni hubo inobservancia del trato justo y equitativo que debe proporcionar el Estado español a los inversores extranjeros.

En la decisión arbitral se desestimó la demanda y se rechazaron el resto de las pretensiones formuladas por los demandantes, condenándolos de manera conjunta y solidaria a pagar los costos del arbitraje.

Destacamos también el voto disidente del árbitro *Guido Santiago Tawil* que manifestó su disconformidad con el alegato a las expectativas legítimas que integran el estándar de trato justo y equitativo, resolviendo que el ejercicio de la potestad del Estado afectaba a los derechos adquiridos y a las expectativas legítimas porque las demandantes habían realizado sus inversiones en función

---

(17) Laudo *Charanne*, parágrafo 493.

del régimen especial del Real Decreto 661/2007 y les había provocado un perjuicio sin establecer una compensación adecuada (18).

## 2. El laudo *Eiser*

El laudo arbitral del CIADI *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg contra el Reino de España*, de 4 de mayo de 2017 (19), condena a España a pagar 128 millones de euros más intereses, a favor de un inversor británico y otro luxemburgués que crearon en nuestro país tres plantas solares de gran capacidad.

Elegimos comentar este laudo por ser el primero que enjuicia las modificaciones normativas que se llevaron a cabo a partir del Real Decreto Ley 9/2013 y la Ley 24/2013. Sus razonamientos jurídicos han jugado un importante papel en los otros cuatro conflictos que ha perdido España ante los tribunales arbitrales por violación de sus obligaciones internacionales tal y como están contempladas en el TCE (20). Si bien un laudo arbitral no constituye un precedente vinculante para otros casos, puede tener gran relevancia en otros procedimientos arbitrales sobre energías renovables abiertos contra España por su interpretación de los términos trato justo y equitativo (21).

### A) Planteamiento general

Las empresas *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg*, durante el año 2007, invirtieron en el sector de la energía solar concentrada en España (plantas termosolares). Esta decisión se adoptó en el contexto del

---

(18) Parágrafo 12.

(19) Laudo *Eiser*. Caso CIADI n° ARB/13/36, de 4 de mayo de 2017.

(20) Recordamos que después de este laudo vinieron las condenas del CIADI por los casos *Novaenergía*, *Masdar* y *Antin*. Sobre el laudo *Eiser* se han publicado varios comentarios, entre los que destacamos los trabajos de FERNÁNDEZ MASIÁ (2017: 666-676) y de IGLESIAS SEVILLANO (2018: 173-193). Este último hace referencia a la STS 2797/2017, de 21 de junio, que rechaza la aplicación del laudo *Eiser*. El autor cuestiona si el laudo referido no debería tener un valor en nuestra jurisprudencia, al menos, interpretativo, con el fin de evitar la desigualdad que se ha producido entre inversores nacionales e internacionales. El trabajo de ALONSO MAS (2017c: 1-17) es el más riguroso desde el punto de vista de la normativa reguladora del sector eléctrico en materia de energías renovables.

(21) LÓPEZ RODRÍGUEZ y NAVARRO RODRÍGUEZ (2017: 204-205). Nos recuerdan las autoras que los tribunales arbitrales no están obligados por el principio *estare decisis*, es decir, no tienen el deber de decidir el caso basándose en el contenido de las decisiones anteriores sobre temas similares; por lo tanto, existe riesgo de inconsistencia en sus fallos. Pero lo más importante es que la protección del inversor extranjero lleve a conclusiones distintas de las establecidas para los inversores nacionales por la jurisdicción contenciosa.

régimen jurídico que entonces estaba en vigor, que preveía una regulación muy favorable para los productores de energías renovables. El marco normativo en aquel momento se concretaba en la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, que garantizaba a los inversores una rentabilidad razonable y preveía un régimen especial de producción eléctrica para los productores de energías limpias, y en el Real Decreto 661/2007, por el que se regulaba la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, basada en el sistema de primas.

La situación se complicó cuando el marco normativo fue eliminado y sustituido por otro totalmente distinto, mediante el Real Decreto-Ley 9/2014 y la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico. Como ya hemos apuntado, esas medidas fueron desarrolladas por el Real Decreto 413/2014 y en la Orden Ministerial IET/1045/2014 (a partir de ahora, «paquete normativo 2013-2014»).

Los demandantes, inversores extranjeros, acudieron al tribunal arbitral y alegaron, de conformidad con el TCE, que el nuevo marco jurídico en materia de energías renovables supone una expropiación ilícita de sus inversiones, violación del trato justo y equitativo y sometimiento de las inversiones a medidas exorbitantes.

## **B) La defensa de España: la excepción intra-UE**

El Reino de España, país demandado, alegó en su defensa que en este caso no podía considerarse que los inversores procedían de «*otra parte contratante*», tal y como exige el TCE, pues eran nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y, por tanto, el Derecho comunitario y sus mecanismos de resolución de conflictos deberían ser aplicados preferentemente sobre el TCE. También declaró que había existido una vulneración del art. 344 TFUE en el que se establece que «*los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativa a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto a los previstos en los mismos*».

Según la tesis del demandado, el art. 26 TCE excluye las controversias intraeuropeas y, por tanto, el tribunal de arbitraje no puede pronunciarse sobre los derechos de un inversor europeo dentro del mercado interior de la Unión Europea, asuntos sobre los que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea conserva la autoridad exclusiva en última instancia. Es decir, que el litigio enfrentaba al inversor de un Estado miembro con otro Estado miembro, por lo cual debería sustanciarse ante los tribunales de la Unión Europea (22).

El Tribunal arbitral, para argumentar en contra de la excepción intra-UE, parte de la lectura del art. 26 TCE y del principio de buena fe en la interpre-

---

(22) Laudo *Eiser*, párrafos 162 y 163.

tación de los Tratados. En su opinión, debe entenderse que «*los redactores de los tratados llevan a cabo su función de buena fe, y que no establecen trampas para incautos con significados ocultos y exclusiones implícitas de amplio alcance*» (23).

Asimismo, señala que su jurisdicción se deriva de los términos expresos del TCE y no es una institución del ordenamiento jurídico europeo, por tanto, no está sujeto a los requisitos de dicho ordenamiento jurídico. Tanto la Unión Europea como sus Estados miembros son partes del TCE, y si no hubieran querido la aplicación del mismo, podrían haber hecho en el momento de su ratificación una advertencia formal de que el Derecho de la Unión Europea prevalecería sobre el TCE por medio de una figura como la cláusula de desconexión. Tal cláusula no existe y, por tanto, la jurisdicción de este Tribunal arbitral se deriva de la adhesión a un Tratado vinculante en virtud del Derecho internacional. Literalmente se indica que

*«No estamos ante una institución del ordenamiento jurídico europeo y, por tanto, no está sujeto a los requisitos del dicho ordenamiento jurídico. Cualquier operación de interpretación del TCE debe hacerse con arreglo al Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual la regla fundamental es la interpretación de buena fe según el sentido corriente de los términos del tratado en su contexto»* (24).

El Tribunal arbitral no acepta que el TCE incluya una excepción implícita de prohibición de demandas intra-UE, ni que se pretenda privar al tribunal de su jurisdicción arbitral en virtud de lo dispuesto en los Tratados constitutivos de la Unión Europea, por lo que no existe ningún motivo que impida a España someter la diferencia a arbitraje. De esta forma, se establece una separación radical entre el Derecho internacional y el Derecho de la Unión Europea.

### **C) El significado del estándar trato justo y equitativo**

Se plantea en este punto en qué medida la protección que ofrece el Derecho internacional a los inversores y, en particular, la obligación de otorgar a éstos un trato justo y equitativo puede dar a la responsabilidad patrimonial del Estado receptor de la inversión (25).

El Tribunal afirma que los tratados en materia de inversiones no eliminan el derecho de los Estados a modificar sus regímenes regulatorios para adaptarse a las necesidades públicas y cambiantes. En este sentido, los inversores no

---

(23) *Ibidem*, parágrafo 186.

(24) *Ibidem*, parágrafo 207.

(25) *Ibidem*, parágrafo 362. FERNÁNDEZ MASÍ (2017: 675).

podían esperar que la regulación del Real Decreto 661/2007 permaneciera inmutable en el tiempo. Sin embargo, la obligación de otorgar trato justo y equitativo significa que los regímenes regulatorios aplicables a las inversiones existentes no se pueden alterar radicalmente, perjudicando gravemente a los inversores hasta el punto de que las inversiones no tengan ningún valor.

El cambio producido por el «*paquete normativo 2013-2014*» consagraba un nuevo régimen regulatorio completamente distinto de aquel bajo el que se realizó la inversión y, además, se aplicó no sólo a las plantas nuevas sino también a aquellas que ya habían sido instaladas, registradas y puestas en servicio.

Este nuevo régimen contempla un sistema que utiliza una hipotética nueva planta tipo para calcular la remuneración de las plantas existentes. La elaboración y diseño de este sistema no toman en consideración las características reales y los costos verdaderos asociados a la construcción y financiación de las plantas instaladas y en funcionamiento. Así pues, en la práctica se ha producido una importantísima reducción de los ingresos previstos conforme al marco regulatorio inicial, que no han permitido siquiera hacer frente a las deudas contraídas con las entidades bancarias.

Por otra parte, el concepto de rentabilidad razonable acuñado para el nuevo sistema, que se estima en el 7.39% antes de impuestos, no resulta adecuado, ya que este referente se basa en una inversión de poco riesgo con un margen de beneficios muy bajo, que no se ajusta a las inversiones reales, lo que pone en tela de juicio la justicia y equidad del cambio regulatorio (26).

La obligación de otorgar un trato justo y equitativo significa que los regímenes regulatorios aplicables a las inversiones existentes deben mantener cierta estabilidad y, en este sentido, el TCE protege a los inversores frente a un cambio total e irrazonable (27), como ha ocurrido en este caso. De hecho, si éstos hubieran podido conocer en el momento de la inversión estos cambios normativos no hubieran realizado esas inversiones.

El Tribunal afirma que hubo retroactividad en las normas discutidas porque se aplicaron sobre instalaciones que fueron financiadas y construidas sobre la base de un régimen regulatorio muy distinto. Sin embargo, no entra a valorar si se ha producido o no una expropiación ilegítima, como alegaban las demandantes.

Por lo tanto, resuelve que España violó la obligación establecida en el art. 10 TCE de otorgar un trato justo y razonable y, a continuación, procede a calcular la compensación económica que les corresponde a las empresas inversoras.

---

(26) Para un estudio en profundidad del laudo *Eiser* basado en el sistema retributivo de las instalaciones de energías renovables consultar ALONSO MAS (2017c: 13-14).

(27) *Ibidem*, parágrafo 363.

## V. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU RELACIÓN CON EL ARBITRAJE DE INVERSIONES EN EL SECTOR DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES

### 1. Planteamiento general

El contenido de los laudos arbitrales contra España es una cuestión controvertida tanto desde el punto de vista del Derecho internacional como desde el Derecho de la Unión Europea. Por una parte, si España no ejecuta los laudos arbitrales estaría violando el Derecho internacional y, por otra parte, el cumplimiento de los laudos podría constituir una violación de la legislación comunitaria, lo cual daría lugar a la apertura por la Comisión Europea de uno o varios procedimientos de infracción.

La Unión Europea ha tomado posiciones frente al problema por el que atraviesa España abriendo un nuevo frente de defensa. Ante las expectativas de los inversores de hacer efectiva las reclamaciones de daños dictadas por los tribunales arbitrales internacionales, la Comisión dicta una Decisión, el 10 de noviembre de 2017, en la que argumenta que cuando un Estado miembro concede ayudas estatales a los inversores de otros países, sin respetar la notificación de esas ayudas, el destinatario no puede, en principio, tener expectativas legítimas sobre la legalidad de las mismas. Cualquier compensación que se le otorgara a un inversor derivada de las reclamaciones de responsabilidad concedidas por un laudo se consideraría ayuda de Estado ilegal.

Este pronunciamiento tiene su antecedente inmediato en el caso *Micula* contra *Rumanía* (28) sobre incentivos en materia de aduanas. El laudo arbitral del CIADI, que ordenó a Rumanía pagar una multa a cinco demandantes, entre ellos *Micula* (29), por violación de las expectativas legítimas de los inversores

---

(28) Decisión UE (2015) 1470, de la Comisión, de 30 de marzo de 2015, relativa a la ayuda estatal SA38517 (2014/C) (ex 2014/NN) ejecutada por Rumanía, laudo arbitral *Micula contra Rumanía*, de 11 de diciembre de 2013, sobre incentivos en materia de aduanas, que alega la salvaguarda de autonomía y primacía del Derecho de la Unión Europea, garantizando que ningún otro órgano jurisdiccional puede vincular a la Unión Europea y a sus instituciones mediante una determinada interpretación del Derecho de la Unión Europea. Durante el transcurso del procedimiento arbitral, la Comisión intervino en el procedimiento en calidad de *amicus curiae* para explicar que los incentivos que allí se discutían eran incompatibles con las normas europeas de materia de ayudas regionales. El laudo arbitral, dictado el 11 de diciembre de 2013, concluyó que, al derogar los incentivos cuestionados, Rumanía había violado la confianza legítima de los demandantes.

(29) Las demandantes eran cinco empresas de los hermanos *Micula* que pedían al tribunal arbitral una compensación por haber suspendido un Decreto de urgencia (24/1998) que establecía exenciones al pago de derechos de aduanas, exenciones al impuesto sobre el valor añadido de determinados bienes, restituciones de derechos de aduana sobre materias primas y exenciones al pago de impuestos sobre los beneficios obtenidos por las inversiones,

bajo el Tratado Bilateral de Inversión Rumanía-Suecia, iría contra la prohibición de ayudas estatales recogidas en el art. 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE). El Tribunal de Bucarest concedió la ejecución del laudo, pero la Comisión requirió a Rumanía su paralización hasta no emitir una decisión final sobre la compatibilidad de la misma con el mercado interior. Entretanto, se incoó un procedimiento contra Rumanía considerando dicho pago como ayuda estatal. Al final, la Comisión confirmó que la indemnización constituiría una ayuda estatal ilegal e incompatible con el mercado interior. Este argumento, sin embargo, fue rechazado por el Tribunal del Estado de Nueva York, señalando que los laudos del CIADI no pueden ser revisados en cuanto al fondo.

## **2. La Decisión C(2017)7384 de la Comisión Europea, de 10 de noviembre de 2017**

La Decisión C(2017) 7384 final, de 10 de noviembre, sobre las ayudas estatales de apoyo a la generación de electricidad a partir de fuentes renovables, cogeneración y residuos, tiene su origen en el procedimiento preliminar de examen de ayuda de Estado que planteó España.

Este procedimiento examina, en el marco de las reglas europeas de ayudas de Estado, el sistema retributivo de las energías renovables en España instaurado desde la aprobación del Real Decreto-Ley 9/2013 y la Ley 24/2013, y el anterior, basado en las primas. La resolución es favorable, ratificando la legalidad del sistema español de apoyo a las energías renovables por no existir sobrerretribución e incorporando también los anteriores sistemas, que quedan validados. Lo curioso de esta norma vinculante es que hace referencia a los arbitrajes internacionales contra España dictados en aplicación del TCE, especialmente al caso *Eiser*.

En la parte final se posiciona a favor de España y señala que los laudos internacionales, cuando son de inversores que provienen de otros Estados miembros de la Unión Europea, no pueden aplicarse en la Unión Europea, y cualquier disposición que establezca este tipo de arbitrajes es contraria al Derecho de la Unión teniendo en cuenta los principios de libertad de establecimiento, libertad de servicios y libre circulación de capitales. La efectividad de los laudos pondría en peligro los principios generales de primacía, unidad

---

todos ellos aplicables hasta 2009. Tras la derogación de los incentivos establecidos en el Decreto, los hermanos *Micula*, de nacionalidad sueca, solicitaron, de conformidad con un tratado bilateral de inversiones, una indemnización por daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la derogación los anteriores incentivos. Decisión UE 2015/1470 de la Comisión, de 30 de marzo de 2015, DOUE L 232, de 4 de noviembre de 2015.



y eficacia del Derecho de la Unión Europea, confianza mutua y seguridad jurídica (30).

Ante el riesgo de conflictos entre un Tratado internacional y el Derecho de la Unión Europea, el tribunal arbitral deberá aplicar la legislación de la Unión Europea, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE).

Asimismo establece que cualquier compensación que se le otorgara a un inversor derivada de las reclamaciones de responsabilidad concedidas por un laudo se consideraría ayuda de Estado ilegal, puesto que los tribunales arbitrales no son competentes para autorizar la concesión de una ayuda estatal. Por tanto, no existe ninguna violación del trato justo y equitativo, ya que ningún inversor puede tener una expectativa legítima derivada de una ayuda estatal ilegal. Haciendo especial referencia al caso *Eiser*, afirma que si España pagara a estos inversores la cantidad a la que ha sido condenada, esta compensación constituiría una ayuda estatal de declaración obligatoria.

### 3. La compatibilidad de las ayudas de Estado en materia de energías renovables

Para conocer el esquema normativo que ha aplicado la Comisión al llamado régimen retributivo específico, que, como hemos apuntado, ha quedado validado, deberemos hacer referencia a la doctrina asentada por el TJUE en lo referente a los sistemas de apoyo a las energías renovables, y también a las Directrices 2014-2020 (31), que constituyen el parámetro jurídico que ha servido para establecer la compatibilidad del régimen retributivo específico con el sistema de ayudas de Estado.

El art. 107 TFUE declara, con carácter general, que serán incompatibles con el mercado interior las ayudas otorgadas por los Estados miembros con fondos estatales. Existe una consolidada jurisprudencia del TJUE de acuerdo con la cual, para que nos encontremos ante una ayuda estatal es preciso que: a) exista una ventaja competitiva para las beneficiarias de la ayuda; b) que ello incida o pueda incidir en los intercambios comunitarios; c) que la medida sea selectiva o falsee o pueda falsear la competencia; y d) que la medida haya sido financiado por el Estado o proceda de fondos estatales (32).

---

(30) La mayoría de los inversores pertenecen a los Estados miembros de la Unión Europea; incluso *Masdar*, que es un fondo de Abu Dabi, tiene una filial en Holanda.

(31) Comunicación de la Comisión. *Directrices sobre ayudas en materia de protección del medio ambiente y energía 2014-2020*. (2014/C 200/01).

(32) ALONSO MAS (2017b: 100-132). El trabajo citado estudia cada uno de los requisitos desde el punto de vista de la jurisprudencia europea, haciendo especial referencia al último de ellos por los problemas que plantea.

Hay que tener en cuenta que no sólo se consideran ayudas estatales las que provienen de los fondos públicos, sino también los beneficios fiscales o cualquier otro concepto que suponga una merma de los ingresos del Estado. El TJUE se ha pronunciado en numerosas sentencias sobre los sistemas de apoyo a las energías renovables, haciendo hincapié en el problema de que la ayuda provenga de fondos estatales o no.

El primer fallo sobre los sistemas nacionales que consistían en otorgar primas a la generación (*Feed in Tariff*) fue la Sentencia TJUE, de 13 de marzo de 2001, que dirimía el caso *Caso PreussenElektra AG contra Schleswag AG*, asunto C-379-98. Esta sentencia, que resolvió una cuestión prejudicial, determinó que el régimen privado que había establecido la Ley alemana, que obligaba a las empresas suministradoras de electricidad a adquirir la electricidad generada en su zona de suministro a un precio superior al del mercado, no podía calificarse como una ayuda de Estado, cuando el sobrecoste en que incurren es financiado con sus propios recursos por dichas empresas y otras empresas distribuidoras, sin comprometer en ningún caso fondos estatales. De esta forma, declaraba que, en la Unión Europea, eran posibles ciertas restricciones a la libre circulación de energías renovables, siempre que estuvieran justificadas en el interés ambiental.

Sin embargo, la rápida evolución del sector eléctrico y la intensa penetración de las energías renovables llevó a un cambio de criterio, y así se desprende de la Sentencia TJUE, de 19 de diciembre de 2013, sobre el asunto *Association Vent de Colère y otros, C262/12*. Esta Sentencia considera ayuda de Estado el mecanismo de compensación de sobrecostes en que incurren las empresas francesas en virtud de una obligación de compra de electricidad de origen eólico a un precio superior al del mercado, cuya financiación recaerá en los consumidores finales, previsto en la Ley francesa 2000-108, de 10 de febrero. Para compensar ese sobrecoste la Ley francesa había creado la Caja de Depósitos y Consignaciones, organismo público que gestionaba las tasas obligatorias fijadas anualmente por el Gobierno francés a pagar por los consumidores de electricidad. La naturaleza pública de este ente lleva al TJUE a concluir que los pagos que se realizan tiene la consideración de ayudas de Estado.

Podemos observar que los casos *Preussen Elektra* y *Asociation Vent de Colère* eran muy similares. Sin embargo, en el primero se consideró que no existía ayuda porque no estaban en juego fondos estatales, mientras que en el segundo se afirmó lo contrario (33).

---

(33) Ver una exposición de la evolución de la doctrina del TJUE en materia de sistemas de apoyo a las energías renovables en GALÁN VIOQUE (2017: 81-82). ALONSO MAS (2017b: 118 y 121). El TJUE ha señalado que «para que exista una ayuda pública no es necesario

Esta misma línea jurisprudencial se repite en la Sentencia del TJUE, de 10 de mayo de 2016, recaída en el asunto T-47/15, *República Federal de Alemania contra Comisión Europea*, en la que este Estado recurría la Decisión UE (2015/1585), de 25 de noviembre de 2014, que consideraba parcialmente ilegal el régimen de ayudas de Alemania. Por una parte, la Decisión estimaba que las tarifas reguladas y las primas de mercado, que garantizaban a los productores de electricidad procedente de energías renovables un precio más elevado que el del mercado, era compatible con el mercado interior. Por otra parte, consideraba que la obligación de compra de esta electricidad por los gestores de red a precios mínimos suponía una ventaja económica para los productores, al garantizarles, sin ningún riesgo, beneficios superiores a los que obtendrían en el mercado libre.

También se han cuestionado los certificados verdes, el otro sistema de apoyo utilizado por los países de la Unión Europea. El problema se plantea porque en muchos de los sistemas nacionales de certificados verdes se restringe la compra de estos certificados a los emitidos en sus propias fronteras. En Suecia solo se conceden a las empresas que producen energía eléctrica dentro de su territorio, es decir, se puede vender a otros países electricidad, pero no los certificados. De esta forma, la empresa *Ålands Vindkraft*, titular de un parque eólico situado en las Islas Åland (Finlandia), pero que vende energía a Suecia, no puede obtener certificados verdes, porque la normativa sueca exige para ello que la energía se haya producido en territorio nacional sueco. EL TJUE declara que sí cabe limitar territorialmente los sistemas de apoyo en aras a su eficacia, aunque todas las restricciones a la libre competencia deben estar justificadas y no deben ir más allá de lo necesario para lograr el objetivo pretendido (34).

---

*que haya una subvención pública. También hay ayuda pública cuando existe un beneficio fiscal o una disminución de los ingresos estatales». Cuando la medida resulta financiada por el Estado de forma directa no se plantea problemas, es ayuda pública. La cuestión que se dilucida en estas sentencias es si se consideran fondos estatales aquellos que provienen de las empresas de un sector económico, o de los consumidores, cuando dichos fondos, aun procediendo de sujetos privados, se forman en virtud de una obligación de Derecho Público. La respuesta es que si esos fondos procedentes de obligaciones de Derecho Público se gestionan por las propias empresas, no estamos ante una ayuda de Estado. Pero si existe un organismo público o privado, designado o encomendado por el Estado para realizar dicha gestión, estamos ante una ayuda financiada con fondos estatales, porque existiría un control del Estado sobre dichos fondos.*

(34) GALÁN VIOQUE (2017: 84-85). En el comentario de la Sentencia *Ålands Vindkraft*, de 1 de julio de 2014, dice que el TJUE se pronuncia a favor de la compatibilidad de los certificados verdes con las ayudas de Estado, aunque esta compatibilidad se condiciona a la situación jurídica existente en ese momento. Ahora bien, en el parágrafo 103 de la Sentencia envía «un mensaje subliminal a Estados como España que han reducido tan drásticamente sus sistemas nacionales de apoyo en perjuicio de instalaciones de energías renovables».

Todos estos conflictos han tenido una clara influencia en las Directrices 2014-2020, sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía (35). La finalidad de este documento es limitar los incentivos progresivamente y conseguir que las energías renovables se incorporen al mercado de la generación en igualdad de condiciones con el resto de las tecnologías. Estas Directrices señalan la necesidad de disminuir las ayudas públicas hasta su práctica desaparición y la completa integración de estas energías en el mercado, así como la importancia de avanzar hacia otros instrumentos y, en particular, hacia mecanismos competitivos de asignación, como los mecanismos de licitación (36). Se dejan fuera de estos mecanismos a las instalaciones que tengan una capacidad eléctrica instalada muy baja y a los proyectos de demostración. La Comisión reconoce que todavía existen tecnologías poco maduras que van a seguir requiriendo de medidas de fomento, por lo que permite a los Estados establecer procedimientos de licitación específicos.

Se distingue entre ayudas a la inversión y ayudas al funcionamiento en energías renovables, aunque estas últimas son más restrictivas que las de inversión. Estas ayudas no incentivan un beneficio mayor para las empresas, sino que cubren sus gastos normales de operación. Se limita la autorización de estos regímenes de ayudas a un periodo máximo de 10 años.

Las Directrices, si bien no se consideran normas jurídicas vinculantes para las instituciones europeas y Estados miembros, sí vinculan a la Comisión y establecen de forma transparente cuales son los criterios que deberá tener en cuenta para aprobar o no una ayuda en esta materia (37).

---

(35) Comunicación de la Comisión «Directrices 2014-2020, sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía» (2014/C 200/01)

(36) Sobre las ayudas de Estado a las energías renovables ver ESTOA PÉREZ (2015: 87-12). En este trabajo se analiza las nuevas Directrices de la Comisión en materia de ayudas al medio ambiente y la energía. En lo relativo a la generación de renovables, las Directrices adoptan el nuevo enfoque de la Unión Europea consistente en la limitación de los incentivos y la incorporación de la generación renovables al mercado en igualdad de condiciones con el resto de las tecnologías. ALONSO MAS (2017b: 97-157) analiza el concepto de ayuda estatal y su proyección sobre los sistemas de apoyo a las energías renovables.

(37) Sobre el valor jurídico de las Directrices ver PÉREZ RIVARÉS (2011: 16) para quien estamos ante una autolimitación de las facultades de apreciación de la Comisión en materia de ayudas estatales, aunque las califica de *soft law*. ALONSO MAS (2017b: 137) afirma que la finalidad de las Directrices relativas al otorgamiento de ayudas públicas consiste en establecer unas pautas que orienten la actuación de la Comisión cuando ésta examine las ayudas públicas, de forma que se garantice la seguridad jurídica, la confianza legítima y el principio de igualdad de trato en la compatibilidad o incompatibilidad de las ayudas estatales por parte de la Comisión. Ello sin perjuicio de que, en algún caso, pueda existir un apartamiento justificativo de esas Directrices. Para GALÁN VIOQUE (2017: 86-87) las Directrices tienen «un contenido cuasi-normativo y establecen de forma detallada los requisitos que deben cumplir los distintos regímenes de ayudas nacionales», que pueden ser tanto primas como certificados verdes.

La conclusión que se puede extraer de todo ello es que, si bien los recorres que ha traído el sistema retributivo específico de ayuda a las energías renovables han superado el filtro de la Unión Europea, está claro que las indemnizaciones de los laudos no pasarían, de ningún modo, el análisis de compatibilidad de la ayuda estatal con el Derecho europeo, y la Comisión incoaría expediente de infracción contra España. Estas indemnizaciones suponen el pago de una reclamación de responsabilidad patrimonial que debería pagar el Estado directamente a través de fondos públicos, independientemente de que después repercutiera esos costes públicos en la factura de la luz.

Después de todo lo ocurrido en el sector de las energías renovables, tal vez la solución de los futuros conflictos pasaría porque la Unión Europea creara un sistema de resolución de controversias justo e independiente que fuera capaz de ponderar por un lado, los intereses de los inversores ante cambios regulatorios abruptos y perjudiciales y por otro, hasta dónde puede llegar la potestad regulatoria de la Unión Europea y de los Estados miembros (38). En esta línea, IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA nos ofrece otra posibilidad válida e incluso más sencilla desde el punto de vista teórico, como es «*la instauración de mecanismos de cooperación entre distintos tribunales, sobre la base de una relación mutua de confianza legítima*» (39).

No obstante, parece que España reconoce que tendrá que hacer frente a indemnizaciones por reclamación de responsabilidad en materia de energías

---

(38) Esta posibilidad es la que apunta LÓPEZ RODRÍGUEZ (2017: 37 y 39-40) y nos parece la más acertada. No obstante, la creación de ese Tribunal de inversiones de la Unión Europea depende del consentimiento de los Estados miembros y no es una solución inmediata. También señala la autora, en cuanto a los Tratados internacionales, que «*no podemos dejar a los tribunales arbitrales comerciales, dispuestos a favorecer a los inversores, la interpretación de estándares jurídicos abiertos como trato justo y equitativo y expropiación indirecta, para prevenir abusos*». En este trabajo critica el sistema de tribunales de inversión en el ámbito comercial, apunta que la Unión Europea está avanzando hacia un Tribunal de inversiones propio a la luz del art. 207 TFUE, que otorga la competencia exclusiva en materia de inversiones extranjeras directas, convirtiéndose junto a la política comercial común en uno de los principales pilares de la acción exterior de la misma. En este nuevo enfoque se pretende equilibrar los intereses de los inversores con la potestad regulatoria de la Unión Europea y de los Estados miembros. Esta nueva visión respecto de las inversiones extranjeras ha sido introducida en los acuerdos bilaterales de libre comercio firmados por la Unión Europea con Canadá, Singapur y Vietnam, así como en el nuevo borrador de la posición europea sobre el TTIP, incluyendo novedades en cuanto al fondo (normas de protección de la inversión) y al procedimiento (mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado).

(39) IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA (2018: 16). La propuesta de este autor de establecer mecanismos de cooperación entre los distintos tribunales nos parece sumamente interesante. En el comentario a la Sentencia del TJUE, caso *Achmea*, que después analizaremos, apunta que la Unión Europea ha decidido aislar su ordenamiento jurídico del Derecho internacional, pero esto puede ocasionarle muchos conflictos jurídicos en un mundo globalizado en el que los fondos de inversión acuden a los países que mejores condiciones ofrecen.

renovables en la Disposición adicional 119ª de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado, en la que se permite, de forma excepcional, que los superávits de ingresos del sistema eléctrico puedan destinarse al pago de indemnizaciones en ejecución de resoluciones de litigios referidos a normativa del sector eléctrico.

## **VI. LA PIEZA CLAVE DE LA DEFENSA DE ESPAÑA ANTE LOS TRIBUNALES ARBITRALES: LA SENTENCIA *ACHMEA* DEL TJUE, DE 6 DE MARZO DE 2018**

### **1. Planteamiento general**

En este apartado se relata la controversia que ha dado lugar a esta Sentencia para comprender cómo los argumentos que utiliza el TJUE pueden ser extrapolables a los conflictos internacionales que sostiene España con los inversores que han acudido al CIADI. Aunque la Sentencia se refiere a un caso en materia de seguros de enfermedad, abre un precedente en el Derecho de la Unión Europea que podría aplicarse también al sector de las energías renovables.

La Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, STJUE), de 6 de marzo de 2018 (asunto C284/16), resuelve una petición sobre la cuestión prejudicial que se presentó en el marco de un litigio entre la *República eslovaca* y *Achmea B.V.* en relación a un laudo arbitral de 7 de diciembre de 2012, emitido por el tribunal arbitral previsto en el Tratado para el Fomento y la Protección Recíprocos entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca. El tribunal arbitral condenó a la República eslovaca a pagar a *Achmea* una indemnización de daños y perjuicios de 22,1 millones de euros (40).

En 2004, con motivo de una reforma del sistema sanitario, la República eslovaca permitió el acceso al mercado eslovaco de las empresas nacionales y de otros Estados que ofrecían prestaciones de seguro de enfermedad privado. *Achmea*, una empresa perteneciente a un grupo asegurador holandés, tras haber sido admitida como operadora de seguros de enfermedad, creó una filial en Eslovaquia para operar en este mercado.

Durante 2006, la República eslovaca dejó parcialmente sin efecto la liberalización del mercado de seguros de enfermedad privados. En particular, mediante una Ley de 25 de octubre de 2007, prohibió la distribución de los beneficios derivados de las actividades de seguro de enfermedad privado. Posteriormente,

---

(40) En 1991, Holanda y la República Checa y Eslovaca firmaron un tratado para fomentar las inversiones en ambos países. Estos acuerdos establecían un sistema de arbitraje internacional en caso de disputa. En 2004 la República eslovaca entró a formar parte de la Unión Europea.

el Tribunal Constitucional eslovaco declaró que esta Ley era contraria a la Constitución y, por tanto, Eslovaquia tuvo que autorizar de nuevo la distribución de los mencionados beneficios. *Achmea* estimó que esas medidas legislativas le habían causado un perjuicio económico e inició un procedimiento de arbitraje basado en el Tratado para el Fomento y la Protección Recíprocos entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca, denominado también de forma genérica Tratado Bilateral de Inversiones (en adelante, TBI).

Al haber sido elegido Francfort de Meno (Alemania) como lugar de arbitraje, el Derecho aplicable al procedimiento arbitral es el alemán, aunque el control del laudo se limita a su validez. En el marco del procedimiento arbitral, la República Eslovaca interpuso un recurso de anulación ante el Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Francfort, alegando que, como desde 2004 era Estado miembro de la Unión Europea, el tribunal arbitral era incompetente para conocer el asunto. Dicho órgano jurisdiccional desestimó el recurso mediante resolución que fue recurrida en casación por la República eslovaca ante el Tribunal Supremo Civil y Penal. Este último planteó una cuestión prejudicial en la que pregunta si este tipo de conflictos debe dirimirse o no por un tribunal arbitral, de acuerdo con lo establecido en el art. 8 TBI, o los inversores deberían acudir a los órganos judiciales de la Unión Europea (41).

El fallo de la STJUE declara que la disposición del art. 8 TBI acordado entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca, conforme a la cual un inversor de uno de esos Estados miembros puede iniciar, en caso de controversia, un procedimiento ante un tribunal arbitral, vulnera los artículos 267 y 344 TFUE.

En suma, según el TJUE los arbitrajes intracomunitarios de inversiones son contrarios al Derecho de la Unión porque pueden impedir la interpretación y aplicación de dicho ordenamiento jurídico.

## **2. El principio de autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea**

La primacía del Derecho de la Unión Europea con respecto al Derecho de los Estados miembros está totalmente aceptada en el plano teórico, pero

---

(41) Las conclusiones del abogado general fueron totalmente contrarias al pronunciamiento de la Sentencia *Achmea*. En su informe se defiende la compatibilidad del arbitraje internacional de inversiones con el Derecho de la Unión Europea. La cláusula de arbitraje incluida en el acuerdo celebrado entre los Países Bajos y Eslovaquia no implica una discriminación basada en la nacionalidad, es compatible con el procedimiento de remisión prejudicial y no menoscaba ni el orden de competencias fijado por los Tratados ni la autonomía del sistema jurídico de la Unión. Ver Conclusiones del abogado general M. Wathelet, de 19 de septiembre de 2017, *Achmea*, asunto C-284/16.

lo que se pretende dilucidar es si tal primacía existe también con respecto al Derecho internacional y, en concreto, al arbitraje de inversiones.

Para responder a estas cuestiones, el TJUE recuerda que, según reiterada jurisprudencia, «*un acuerdo internacional no puede vulnerar el orden de competencias fijado por los Tratados ni, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico de la Unión, cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia*» (42). Igualmente reitera la autonomía del Derecho de la Unión, tanto en relación con el Derecho de los Estados miembros como con respecto al Derecho internacional, justificada por la estructura constitucional de la Unión.

Esta autonomía se caracteriza por proceder de una fuente autónoma constituida por los Tratados, por su primacía sobre los Derechos de los Estados miembros y por el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a sus Estados. Estas características han dado lugar a una red estructurada de principios, normas y relaciones jurídicas mutuamente interdependientes que vinculan recíprocamente a la Unión Europea y a sus Estados miembros (43).

La existencia de una serie de valores comunes compartidos en el art. 2 TUE, según el Tribunal, «*justifica la confianza de los Estados miembros en esos valores y, por lo tanto, en el respeto del Derecho de la Unión Europea que los aplica*» (44). Como garantía de esa confianza mutua, los Tratados constitutivos han establecido un sistema jurisdiccional dirigido a preservar sus características específicas.

### **3. El tribunal arbitral no es un órgano jurisdiccional de un Estado miembro**

El sistema jurisdiccional de la Unión Europea está formado tanto por el TJUE como por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (art. 19 TUE), lo que implica una cooperación y coordinación que se lleva a cabo mediante procedimiento de remisión prejudicial previsto en el art. 267 TFUE. La cuestión prejudicial constituye el instrumento fundamental para la salvaguarda del Derecho comunitario y es el cauce por el que se garantiza su interpretación uniforme, su coherencia y plena eficacia.

El TJUE analiza si las controversias de las que debe conocer el tribunal arbitral, contemplado en el art. 8 TBI, pueden tener relación con la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión y concluye que «*el tribunal arbitral podrá verse obligado, en su caso, a interpretar o a aplicar el Derecho de la*

---

(42) Ver Sentencia *Achmea*, párrafo 32.

(43) *Ibidem*, párrafo 33.

(44) *Ibidem*, párrafo 34.



*Unión, en especial las disposiciones relativas a las libertades fundamentales, entre las que se encuentra la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales» (45).*

Si bien el procedimiento de remisión prejudicial constituye una garantía del principio de autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, según el art. 267 TFUE, sólo los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro pueden dirigir cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

En contra de la opinión del abogado general, la Sentencia afirma el tribunal arbitral no puede calificarse como órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros y tampoco puede plantear una cuestión prejudicial al TJUE para garantizar la aplicación uniforme del Derecho de la Unión Europea, lo que constituye un impedimento para la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión europea, de modo que garantice la plena eficacia de ese Derecho (46).

#### **4. La aplicación del art. 344 TFUE a las controversias inversor-Estado**

Según el art. 344 TFUE, «los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos». De esta disposición se deduce que solo se dirimen ante los Tribunales de Justicia de la Unión Europea las disputas entre Estados miembros o entre Estado miembros y la Unión Europea. Pero, teniendo en cuenta los argumentos de la Sentencia *Achmea*, ¿podrían los inversores acudir al sistema jurisdiccional de la Unión Europea?

En opinión de IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, los conflictos inversor-Estado deberían estar incluidos en el art. 344. Si el art. 8 del TBI, que se enjuicia aquí, que permite acudir a los inversores a los tribunales arbitrales en este tipo de

---

(45) *Ibidem*, párrafo 42.

(46) Esta opinión se fundamenta en otros tribunales que sí se consideran órganos jurisdiccionales de la Unión Europea y, por tanto, están legitimado para plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE. A este respecto, en el asunto en el que recayó la Sentencia de 12 de junio de 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), el TJUE dedujo que el tribunal que conocía el caso tenía la naturaleza de «órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros» porque constituía, en su conjunto, un elemento del sistema de resolución jurisdiccional de litigios en el ámbito tributario previsto por la Constitución portuguesa. Por otra parte, también considera que el Tribunal de Justicia del Benelux es parte de nuestro sistema jurisdiccional común. El procedimiento ante este Tribunal constituye un incidente en los procesos pendientes ante órganos jurisdiccionales nacionales, y sirve al objetivo de establecer la interpretación definitiva de las normas comunes a los tres Estados del Benelux, por lo que también tiene competencia para plantear cuestiones prejudiciales.

conflictos, no se considera compatible con los arts. 267 y 344 TFUE, deberemos aceptar que los inversores pueden ser partes demandantes ante el TJUE (47).

Esta opinión, a nuestro juicio, carece de fundamentación jurídica a la vista de los anteriores pronunciamientos del TJUE. No cabe duda de que en este punto el TJUE debería haber sido más claro y explícito, dadas las consecuencias que pueden derivarse de los distintos procedimientos arbitrales que hay abiertos en el sector de las energías renovables. En este sentido nos parece más acertada la propuesta de LÓPEZ RODRÍGUEZ de crear un Tribunal de Inversiones en la Unión Europea dónde podrían resolverse estos asuntos de acuerdo con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea (48).

Lo que se deduce de la Sentencia no es que los inversores extranjeros puedan o no acudir a las instancias jurisdiccionales europeas, sino que éstos, grandes compañías multinacionales y fondos de inversión, si están residenciados en un país de la Unión Europea, tienen la nacionalidad de un Estado miembro y, por tanto, en caso de controversia, la legislación comunitaria desplazará a los tribunales arbitrales creados en los tratados de inversión, porque éstos no aseguran la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión Europea.

---

(47) IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA (2018: 5). La mayoría de la doctrina se ha mostrado contraria a la posibilidad de que los inversores puedan acudir a los Tribunales de la Unión Europea. En este mismo sentido se han pronunciado los distintos tribunales arbitrales cuando se les han sido planteadas cuestiones jurisdiccionales relacionadas con el art. 344 TFUE. En contra de la posición mayoritaria, el TJUE, en el asunto *Achmea* considera que las disputas inversor-Estado están incluidas en el art. 344 TFUE, aunque no lo dice expresamente. Para este autor, el hecho de que las disposiciones de los APPRI intra-UE, que prevén el arbitraje inversor-Estado, deban considerarse incompatibles con el Derecho de la Unión Europea, necesariamente supone asumir la premisa de que los inversores pueden acudir al TJUE. Como aclaración apuntamos que las siglas APPRI hacen referencia a los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Se trata de tratados bilaterales de naturaleza recíproca que contienen medidas y cláusulas destinadas a proteger, en el plano del derecho internacional, las inversiones realizadas por los inversores de cada Estado Parte en el territorio del otro Estado Parte. Su objetivo es proporcionar un ambiente estable y favorable a la inversión que permita reducir los factores de incertidumbre política y jurídica que a veces afectan al desarrollo de los proyectos de inversión a los que se suele enfrentar la empresa en el exterior. Los APPRI equivalen a los Tratados Bilaterales y Multilaterales de Inversión.

(48) LÓPEZ RODRÍGUEZ (2017: 39). La necesidad de crear un Tribunal de arbitrajes de inversión en la Unión Europea se fundamenta en la competencia exclusiva de la Unión Europea en materia de inversiones extranjeras (art. 207 TFUE): «Esta circunstancia ha hecho que la Unión Europea haya interpretado esta competencia como una oportunidad para intentar un tratamiento comprensivo de los temas de comercio e inversión a nivel europeo, y para proponer una reforma profunda del sistema tradicional de protección de inversiones y de los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado». En esta línea ver *Investment in TTIP and beyond – the path for reform. Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court*, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc\\_153408.PDF](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF). [Recuperado el 12 de julio de 2018].

A *sensu contrario* habrá que entender que si un Estado no miembro de la Unión Europea demandara a un Estado miembro ante el CIADI, estaría sujeto a lo que dictaminara el tribunal arbitral, conforme al Derecho internacional. La razón es que este Estado tercero no se encuentra sujeto al ordenamiento jurídico europeo (49).

## 5. Las posibles consecuencias de la Sentencia *Achmea* en el marco del Tratado de la Carta de Energía

La Sentencia analizada plantea algunas preguntas: ¿La decisión tomada por el TJUE afecta a los arbitrajes intra-UE del Tratado de la Carta de Energía? ¿Significa esto que los fondos de inversiones con sede en los países de la Unión Europea no podrían reclamar en el CIADI por los recortes sufridos en materia de energías renovables?

Podríamos argumentar que el caso que nos ocupa no tiene nada que ver con los conflictos internacionales relativos a las inversiones en energías renovables, porque se trata de un tratado bilateral de inversiones en materia de seguros, pero la realidad es que la STJUE *Achmea* se ha convertido en pieza clave para la interpretación del Derecho de la Unión Europea por los tribunales arbitrales.

Recordemos aquí que esta controversia fue planteada por el Reino de España, sin éxito, en el caso *Eiser*, en la denominada «excepción intra-UE». El tribunal arbitral argumentaba que su jurisdicción derivaba del TCE y no estaba sujeto al ordenamiento jurídico europeo.

Para IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, la Sentencia *Achmea* puede significar el principio del fin de los tratados internacionales de inversión y su sustitución por un nuevo acuerdo intra-UE para todos los Estados miembros que contenga un mecanismo de arreglo de diferencias inversor-Estado (50).

GONZÁLEZ GARCÍA señala que la respuesta proviene de la misma Sentencia cuando dice que no está prohibido que se suscriban acuerdos que afecten a la protección de las inversiones extranjeras, pero sí está prohibido que afecten a

---

(49) IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA (2018: 8). Esta misma posición es defendida por el autor para los Tratados de Inversiones y los Tratados de Libre Comercio. No obstante, en la nota a pie de página núm. 57 hace referencia a otros autores internacionales que entienden que las decisiones del TJUE en *Achmea* pueden afectar también a Estados terceros.

(50) IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA (2018: 7). Para este autor, desde la Sentencia *Achmea* parece difícil que puedan constituirse nuevos tribunales arbitrales sobre la base de los tratados internacionales de inversiones, ya que tanto desde la óptica del derecho internacional tanto como del derecho de la Unión Europea las disposiciones relativas al arbitraje podrían considerarse incompatibles. Otra cuestión diferente es si los existentes acatarán el fallo de la Sentencia.

la interpretación y validez del Derecho de la Unión Europea. La razón es que en este tipo de arbitrajes se produce una alteración del Derecho aplicable, en la medida en que no se aplican ni el Derecho nacional ni el Derecho de la Unión Europea, sino que todo queda reducido a un estándar jurídico, como es el trato justo y equitativo, que se interpreta de forma negativa (51).

Por su parte, el TCE permite procedimientos arbitrales entre un inversor de un Estado miembro y otro Estado miembro, y además ha sido ratificado tanto por la Unión Europea como por los Estados miembros.

En principio los argumentos de la Sentencia son extrapolables a los conflictos que tiene abiertos España en el CIADI en materia de energías renovables, lo que supone la apertura de una línea de defensa para España, que permitiría impugnar la jurisdicción de los tribunales arbitrales creados sobre la base del TCE y solicitar la anulación de los laudos (52). Aun así, resulta difícil creer que los tribunales arbitrales del CIADI vayan a aplicar la Sentencia *Achmea*. Como ya hemos apuntado anteriormente, el CIADI ha dado lugar a un lucrativo negocio del que se benefician despachos profesionales especializados y fondos de inversión, y dado que tiene su sede en Estados Unidos, país de ideología marcadamente liberal, no creemos que esté dispuesto a poner fin al mercado de los arbitrajes (53).

Así se desprende del último laudo arbitral, caso *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.A.R.L. y Antin Energía Termosolar B.V. contra el Reino de España*, notificado a las partes el 15 de junio de 2018 (54), cuando ya era

---

(51) <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2018/03/07/anulacion-arbitrajes-inversores-tribunal-justicia-europeo/> [Recuperado el 18 de julio de 2018].

(52) IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA (2018: 8).

(53) GONZÁLEZ GARCÍA (2004: 14-15). Otra vez tenemos que traer a colación la globalización económica y la globalización del Derecho. La globalización del Derecho está conduciendo a su americanización, tanto en lo que afecta a su contenido sustantivo —liberalización— como a los modos de comportamiento de las Administraciones públicas. Esta americanización pretende transponer los modos de funcionar del Derecho estadounidense al resto del mundo. Añadimos aquí que los verdaderos actores del arbitraje internacional son los fondos de inversión internacionales, lo que llamamos coloquialmente «fondos buitres». Son ellos los que han animado y financiado a las empresas para demandar a España ante el CIADI y conseguir cantidades económicas que serían imposibles en cualquier otro foro. Según algunas fuentes periodísticas, al conocer la suspensión del laudo *Novaenergía*, dictado por la Cámara de Comercio de Estocolmo, los fondos buitres negociaron la compra del laudo *Eiser* con la finalidad de que la empresa se olvidara de los problemas de la ejecución. Si nos enfrentamos con los fondos de inversión, poco podemos hacer en el contexto económico internacional, porque estos capitales no se arredran ante nada ni ante nadie.

(54) Caso CIADI n° Arb/13/31, notificado a las partes el 15 de junio de 2018. *Antin Infrastructure Service Luxembourg S.à.r.l. y Antin Energía Termosolar B.V. contra Reino de España*. *Antin* es una firma francesa de inversión de infraestructuras en la que BNP es socio de la gestora y el principal inversor del fondo con el que arrancó su actividad. La solicitud de

pública la Sentencia *Achmea*, que condena a España a pagar 112 millones de euros.

En el caso *Antin*, se alegó la excepción intra-UE, que tampoco prosperó, al igual que en los laudos anteriores. Durante el procedimiento arbitral, la Comisión Europea presentó en dos ocasiones una solicitud de permiso para intervenir como parte no contendiente. El tribunal arbitral desestimó la primera solicitud porque la parte demandada no había presentado todavía sus objeciones jurisdiccionales; sin embargo permitió la presentación de una segunda solicitud de autorización para intervenir como parte no contendiente. El tribunal arbitral autorizó a la Comisión a presentar un escrito con los argumentos pertinentes sobre la interpretación del Derecho de la Unión Europea con el compromiso de cumplir con cualquier decisión sobre costas ordenada por el tribunal, a lo que la Comisión se negó y notificó que no iba a presentar su solicitud si se le condenaba a costas (55). Es decir, si la Comisión Europea hacía un alegato por escrito en defensa de España, asumiría sus propias costas por su participación como parte no contendiente.

En el otro extremo se encuentra el laudo *Novaenergía* dictado en su día por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, que obligaba a España a pagar 53,3 millones de euros —más intereses y costas del proceso— a la sociedad *Novaenergía*, con sede en Luxemburgo. Este laudo fue suspendido en mayo de 2018 por la Corte de Apelación de Suecia, tras el recurso presentado por la Abogacía del Estado. Esta suspensión estaría directamente relacionada con la STJUE que hemos analizado en este apartado.

## VII. CONCLUSIONES

En virtud del TCE se han dictado varios laudos arbitrales internacionales que condenan a España a pagar cuantiosas indemnizaciones a inversores extranjeros por el cambio abrupto del régimen retributivo de las energías renovables. La ejecución de estos laudos concedería a los demandantes, empresas y fondos de inversión, una clara ventaja competitiva que tendría incidencia en el mercado eléctrico europeo, y produciría un agravio comparativo a los inversores nacionales que, en el ejercicio de sus derechos, acudieron al Tribunal Supremo español y no vieron reconocidas sus pretensiones.

---

arbitraje fue registrada el 22 de noviembre de 2013, la demandante está representada por la firma *Allen & Overy*, Londres, y la demandada por la Abogacía del Estado español. *Allen & Overy* ha defendido a *Eiser*, *Masdar*, *Antin* y otros casos aún no resueltos.

(55) Ver parágrafos 59 a 67. Este laudo fue publicado íntegramente en el periódico digital *El confidencial*, en inglés el 18 de junio de 2018, recuperado el mismo día, pero ahora no se encuentra allí.

Todo ello ha planteado un serio conflicto sobre la compatibilidad del Derecho internacional, especialmente las decisiones de los tribunales arbitrales dictadas al amparo de los Tratados internacionales de inversiones, como el TCE, y el Derecho de la Unión Europea. Asimismo se ha suscitado un debate acerca de la conveniencia de mantener el sistema de arbitraje de inversión como medio de solución de controversias relativas a inversiones extranjeras.

Son varios los autores que cuestionan la legitimidad de los tribunales arbitrales en materia de inversiones por resultar muy atractivo para los inversores extranjeros, quienes encuentran a su disposición un ámbito en el que los Estados se despojan de sus privilegios y litigan en igualdad de condiciones con las empresas privadas para resolver sus controversias, situando en un mismo plano intereses de naturaleza estrictamente privada con los intereses generales. Esto lleva al desplazamiento del poder regulatorio de los Estados, que se ven privados de su soberanía sin atender a los principios generales que regulan sus ordenamientos jurídicos.

En este contexto, la Comisión Europea, en la Decisión C(2017) 7384, ha establecido que si se ejecutan los laudos arbitrales dictados en contra de España, las indemnizaciones se considerarán ayudas estatales que deberán ser notificadas. En todo caso, esas indemnizaciones resultarían ilegales, si tenemos en cuenta la evolución jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en lo referente a los sistemas de apoyo de energías renovables.

Además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado una Sentencia, con fecha de 6 de marzo de 2018, que se considera crucial para la defensa de los intereses de España en materia de energías renovables. El Tribunal entiende que un acuerdo internacional no puede vulnerar el orden de competencias establecido por los Tratados europeos, ni tampoco el principio de autonomía del Derecho de la Unión, tanto en relación con los ordenamientos de los Estados miembros como con respecto al Derecho internacional. El arbitraje de inversiones es incompatible con el Derecho de la Unión Europea porque no garantiza la aplicación e interpretación de su Derecho propio.

Esta Sentencia se refiere exclusivamente a controversias de inversiones en las que están implicados únicamente los Estados miembros, o los inversores con sede en esos Estados, que no estarían legitimados para acudir al sistema arbitral contenido en los Tratados internacionales de inversiones.

La pregunta es si el CIADI, un organismo internacional de resolución de conflictos, estará dispuesto a acatar la Sentencia del TJUE y a anular los laudos dictados hasta ahora. Nuestra respuesta, por ahora, es un no rotundo. Después de la publicación de la Sentencia del TJUE, el CIADI ha dictado el laudo *Antin*, que condena a España a pagar 112 millones de euros.

Quizás sea el momento de preguntarse en qué posición queda la Unión Europea en un mundo complejo y globalizado, donde coexisten marcos nor-

mativos que se superponen y complementan. La doctrina especializada en Derecho internacional apunta dos soluciones para salvar este inconveniente: o bien la creación de mecanismos de cooperación entre los distintos tribunales, o bien la instauración de un Tribunal de Inversiones en la Unión Europea capaz de aplicar los principios del ordenamiento jurídico común en las controversias inversor-Estado.

Sin duda nos encontramos ante un conflicto mediático cuyas consecuencias finales aún desconocemos, pero que está dañando la imagen de España en los mercados internacionales, en los que se presenta como un país poco fiable para recibir inversiones extranjeras en un sector que necesita grandes sumas de capital para expandirse, como es el de la generación de energía eléctrica procedente de fuentes renovables. El debate está servido y el último capítulo de esta historia aún no se ha escrito.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO MAS, María José (2017a): «El régimen de apoyo a las energías renovables tras la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico», en Inmaculada REVUELTA PÉREZ (dir.), *La regulación de las energías renovables a la luz del Derecho de la Unión Europea*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 279-359.
- (2017b): «Los sistemas de apoyo a las energías renovables desde el prisma de las ayudas de Estado», en Inmaculada REVUELTA PÉREZ (dir.), *La regulación de las energías renovables a la luz del Derecho de la Unión Europea*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 97-157.
- (2017c): «El régimen de apoyo económico a las energías renovables en España a la luz del Tratado Carta de la Energía: el caso *Eiser* contra España», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 69, pp. 1-17.
- ARANA GARCÍA, Estanislao (2014): «La nueva Ley del Sector Eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables», en José Francisco ALENZA GARCÍA (dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 133-155.
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (2016): «Arbitraje internacional de inversiones y derecho a regular de los Estados: el nuevo enfoque comunitario en la negociación del TTIP», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 58, pp. 13-43.
- COBREROS MENDAZONA, Edorta (2015): «La aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea por la Administración», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 103, septiembre-diciembre, pp. 171-207.
- CORDERO ÁLVAREZ, Clara Isabel (2007): «El arbitraje comercial internacional y la litispendencia jurisdiccional», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 40, pp. 141-180.

- DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo (2016): «La Carta Internacional de la Energía en 2015 y las energías renovables», *Cuadernos de Energía*, núm. 47, pp. 50-56.
- ESTOA PÉREZ, Abel (2015): «La limitación de las ayudas de Estado a las energías renovables: las nuevas Directrices de la Comisión europea y el caso español», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 53, pp. 87-112.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique (2017): «España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables: una representación en tres actos, por ahora», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, núm. 2, pp. 666-676.
- GALÁN VIOQUE, Roberto (2015): «El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica», en Isabel GONZÁLEZ RÍOS (dir.), *Estudios Jurídicos hispano-lusos de los servicios en red (Energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*, Madrid, Dykinson, pp. 97-137.
- (2017): «La integración de las energías renovables en el mercado energético», en Roberto GALÁN VIOQUE e Isabel GONZÁLEZ RÍOS (dirs.), *Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte 2020*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 69-95.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel (2014): «La aplicación del concepto de riesgo regulatorio al nuevo régimen jurídico de las energías renovables», en esta REVISTA, núm. 43-44, pp. 9-70.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio Víctor (2004): «Globalización económica, administraciones públicas y Derecho administrativo: presupuestos de una relación», *Revista de Administración Pública*, núm. 164, pp. 7-39.
- HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor Rafael (2017): «El Tratado sobre la Carta de la Energía y el arbitraje internacional de inversiones sobre fuentes de energías renovables. Caso *Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. versus Reino de España*», *Revista de Administración Pública*, núm. 202, pp. 223-253.
- IGLESIAS SEVILLANO, Hector (2018): «Los posibles efectos de un laudo arbitral sobre una jurisprudencia consolidada: una cuestión abierta. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 2797/2017, Sala tercera, Sección Tercera, de 21 de junio de 2017», *Revista de Administración Pública*, núm. 205, pp. 173-193.
- IRURETAGOINEA AGIRREZABALAGA, Iñigo (2018): «La sentencia del TJUE en el asunto *Achmea*: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)», *La Ley Unión Europea*, núm. 60, pp. 1-16.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, Ana Mercedes (2017): «El sistema de Tribunales de inversión. Posibles incompatibilidades con el Derecho Europeo», *Cuaderno Europeo de Deusto*, núm. 57, pp. 29-68.



- LÓPEZ RODRÍGUEZ, Ana Mercedes y NAVARRO RODRÍGUEZ, Pilar (2017): «Riesgo regulatorio en el sector de las energías renovables en España y poliarquía normativa: distintas soluciones para un mismo problema», en Autores Varios, *Riesgo regulatorio en las energías renovables II*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 185-213.
- LÓPEZ-IBOR MAYOR, Vicente (2015): «Las respuestas internas e internacionales a la protección del inversor en el sector energético: un nuevo reto en una economía globalizada», *Cuadernos de Energía*, núm. 44, pp. 20-34.
- REQUENI RODRIGO, Concha (2017): «La aplicación retroactiva del régimen retributivo específico establecido en el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio y la Orden Ministerial IET/1045/2014, de 16 de junio», en Inmaculada REVUELTA PÉREZ (dir.), *La regulación de las energías renovables a la luz del Derecho de la Unión Europea*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 361-403.
- RUIZ OLMO, Irene y DELGADO PIQUERAS, Francisco (2014): «La nueva regulación de las energías renovables: del régimen especial al régimen específico», en José Francisco ALENZA GARCÍA (dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 59-96.



# INTEGRACIÓN DE NUDGES EN LAS POLÍTICAS AMBIENTALES

ELISA MOREU CARBONELL

**SUMARIO:** I. EL NUDGE COMO HERRAMIENTA PARA EL ANÁLISIS CONDUCTUAL DEL DERECHO.– II. EN OCASIONES VEO NUDGES: 1. Delimitación positiva. ¿Es posible una definición jurídica del nudge? 2. Delimitación negativa. No es nudge todo lo que reluce.– III. LÍMITES Y RIESGOS ASOCIADOS AL USO DE NUDGES: 1. Límites jurídicos. 2. Límites técnicos. 3. Límites éticos: «cincuenta sombras de manipulación».– IV. CLASES DE NUDGES Y SU ENCAJE EN LA TIPOLOGÍA CLÁSICA DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA: 1. Según la regla de conducta o sesgo sobre el que impacta el nudge. 2. Según los niveles de aplicación del nudge: A) Nudges normativos. B) Nudges no normativos. 3. Según los sujetos: nudges públicos y nudges privados.– V. NUDGES VERDES O AMBIENTALES: 1. ¿Prohibición o nudge? La distribución de bolsas de plástico ligeras en Europa. 2. Análisis de experimentos.– VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.– VII. BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** Desde la perspectiva del análisis conductual del derecho, los nudges son una herramienta útil en manos de las administraciones públicas para orientar las conductas de los ciudadanos hacia determinadas objetivos deseables, sin recurrir a la coacción ni a los incentivos económicos. Sin embargo, la introducción de estas herramientas en el derecho público tropieza con algunos obstáculos: no sólo exige un gran rigor en su concepto y aplicación, sino que también plantea cuestiones técnicas y éticas. Este trabajo se asoma a todos estos problemas, ofreciendo un intento de reconstrucción sistemática y reflexionando sobre la forma de integrar los nudges en el derecho público y, en especial, en el derecho ambiental.

**Palabras clave:** derecho ambiental; análisis conductual del derecho; nudges en las políticas ambientales.

**ABSTRACT:** From the perspective of Behavioural Law, nudges are proving to be particularly useful for guiding citizen's behaviour towards certain desirable objectives without resorting to coercion or economic incentives. However, nudges have their limitations: they need to be carefully designed and implemented and raise both technical and ethical questions. This paper provides an overview of all these problems, offering a systematic reconstruction and reflecting on how to integrate nudges into Public Law and, in particular, into Environmental Law.

**Key words:** environmental law; behavioral law; nudge thinking to EU policies.

## I. EL NUDGE COMO HERRAMIENTA PARA EL ANÁLISIS CONDUCTUAL DEL DERECHO

El anglicismo *nudge* (y también «*nudging*») se puede traducir al español como «pequeño empujón»: es la acción de «*empujar suavemente o dar un golpecito en las costillas, sobre todo con el codo*» a fin de avisar, recordar o amonestar suavemente a alguien (1). Desde hace algún tiempo el término se ha filtrado en los textos económicos y jurídicos, especialmente desde la publicación en 2008 del libro «*Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*» de Cass R. Sunstein y Richard H. Thaler (2).

El término *nudge* nace en la teoría económica y de ahí se incorpora al ámbito jurídico. El economista Richard H. Thaler es el padre de la criatura y su contribución pionera en el campo de la economía conductual lo hicieron merecedor del Premio Nobel de Economía en 2017, si bien resulta patente la influencia del psicólogo Daniel Kahneman (3). La idea nos conduce a la arquitectura de las decisiones y de las ciencias del comportamiento (*behavioral science*), es decir, al análisis de las condiciones materiales y procesos que llevan a los seres humanos a decidir y actuar de una manera o de otra. Más que una teoría económica, es una combinación entre economía y psicología experimental.

Según los investigadores de las ciencias conductuales, nuestras acciones individuales vienen determinadas por múltiples factores. Somos seres complejos, de una racionalidad limitada, sumamente emocionales, estamos influidos por los demás y por las interacciones sociales pero también por el contexto y el entorno en el que tomamos las decisiones. La teoría conductual se basa en una premisa tan simple como que, entre dos opciones, las personas escogen

---

(1) Según la «Fundación del Español Urgente», Fundéu-BBVA (fundeu.es), en castellano existen conceptos similares como *acicate*, *incentivo* o *estímulo*, o los correlativos verbos *animar*, *espolear* o *incitar*, que constituyen alternativas válidas para evitar el anglicismo. De hecho, el trabajo de Zimmermann (2018, 17) recurre a la expresión «*acicate*» en lugar del anglicismo *nudge*. El término «*palanca*» también me parece apropiado para reflejar el significado del anglicismo.

(2) Cito por la traducción española «*Un pequeño empujón: el impulso que necesitas para tomar las mejores decisiones en salud*», editada por Taurus, 2009 (reimp. 2017).

(3) Daniel Kahneman, junto con Vernon Smith, recibió el Premio Nobel de Economía en 2002 por su contribución a la economía conductual y es autor del famoso libro que se ha convertido en un best-seller, *Pensar rápido, pensar despacio* (traducción española, ed. Debolsillo). Kahneman explica que nuestras decisiones y comportamientos surgen de forma inconsciente, automática, ultrarrápida, y eso nos permite tomar múltiples decisiones diarias minimizando nuestro esfuerzo y ahorrando recursos de atención. Pero esta forma de actuar se alimenta de estereotipos y asociaciones y nos suele alejar de la racionalidad matemática. Tampoco podemos olvidar el influjo de otros pioneros de la economía conductual, los premios nobel Akerlof y Shiller (2016), con sus trabajos sobre la manipulación y el papel del Estado para evitar las trampas del mercado.

a menudo la que es más fácil según su pensamiento intuitivo (la hamburguesa y las patatas fritas), y no la que es más adecuada (la verdura y la fruta). O dicho con otras palabras: es falso que las personas elijan «*lo mejor para ellas*» porque los hombres y las mujeres no somos «*completamente racionales*» (Thaler, 2000). La ciencia conductual demuestra que los individuos toman decisiones muy malas, que no habrían tomado «*si hubieran dispuesto de toda la información, capacidades cognitivas ilimitadas y un autocontrol absoluto*» (Sunstein y Thaler, 2009, 20).

¿Cómo conseguimos que el ciudadano adopte voluntariamente una u otra decisión? Un *nudge* es cualquier factor de la arquitectura de las decisiones que modifica la conducta de las personas de una manera predecible, sin prohibir ninguna opción ni cambiar de forma significativa los incentivos económicos. El *nudge* consiste en un «empujoncito» muy inteligente con el objetivo de sembrar, orientar, motivar, reforzar, sugerir, incitar la conducta de los ciudadanos y propiciar que avancen en la dirección conveniente. Gracias a ese leve toque o «palanca», la inercia permitirá avanzar por el camino correcto, igual que un barco puede llegar a su destino con el impulso de varias personas remando en una misma dirección, esfuerzo que realizan gustosos porque van allá donde desean ir. Por otro lado, hay que conjugar otros factores que influyen en la toma de decisiones, como la forma y el lenguaje en que se enuncian los problemas (4). La teoría del comportamiento nos ofrece un abanico de posibilidades y encuentra aplicaciones tanto en el sector privado, que hace tiempo que utiliza las técnicas de la persuasión (Gass y Seiter, 2018) (5), como en el sector público, que es el que ocupará nuestra atención.

---

(4) Aquí tienen relevancia las aportaciones de la *lingüística cognitiva*, que concibe el lenguaje como un sistema de patrones, estructuras o marcos (*frames*) que permiten a los sujetos percibir y categorizar el mundo exterior a partir de experiencias propias (Lakoff, 2004). Sobre la modernización del lenguaje jurídico y el impacto del análisis lingüístico del derecho, véase Moreu Carbonell (2016).

(5) Los empresarios son importantes arquitectos de las decisiones en numerosos ejemplos que abordan en su libro Sunstein y Thaler (2009, 20), con fines de publicidad y consumo, desde el orden de la colocación de los productos en el supermercado, pasando por la opción por defecto en los teléfonos móviles o las prestaciones de los seguros médicos. Más ejemplos en el informe de la OCDE (2017) en los ámbitos de consumo, educación, energía, medio ambiente, productos financieros, salud, impuestos, y otros.

Algunos *nudges* son «globales» o «virales» dado el éxito con el que se ha expandido su uso. Tuvo bastante repercusión mediática una medida adoptada por el aeropuerto de Amsterdam-Schipol, que consistió en dibujar una mosca en los urinarios masculinos y consiguió reducir en un 80% las salpicaduras indeseables, en lo que se considera un ejemplo de *nudge* exitoso. Los pasos de peatones «flotantes» o en 3D, que engañan al cerebro del conductor para que el vehículo frene, son otro ejemplo de *nudge* global. Empezaron a usarse en la India e Islandia y últimamente se han introducido en España, en concreto en Villarreal, Castellón (véase [https://verne.elpais.com/verne/2018/05/10/articulo/1525950271\\_016983.html](https://verne.elpais.com/verne/2018/05/10/articulo/1525950271_016983.html)).

El derecho también puede poner sus cimientos en las ciencias del comportamiento y echar raíces. El salto al análisis conductual del derecho (*Behavioural Law*) es una evolución lógica del análisis económico del derecho (*Law and Economics*), cuando adquiere conciencia de que el modelo de elección racional no es suficiente porque los humanos tomamos decisiones erróneas y padecemos sesgos cognitivos (Ulen, 2014). Es más: el derecho debe ser analizado a partir de los resultados de las ciencias de la decisión y jugando con los factores que influyen en el comportamiento humano, que es más realista que el análisis económico basado en la elección racional. Si el derecho es un instrumento para ordenar las relaciones humanas, conocer los factores que condicionan sus decisiones ofrece nuevos modelos para saber cómo se comportan los ciudadanos frente al derecho y también para mejorar el grado de cumplimiento de las normas jurídicas (Jolls, Sunstein, Thaler, 1998, 1508). Parfraseando a Thaler, «¿qué puede ser el derecho sino una ciencia sobre el comportamiento?».

Los gobiernos y autoridades, las administraciones públicas, los académicos, los jueces y otros profesionales del derecho pueden utilizar las herramientas de las ciencias conductuales para legislar mejor y para que sus políticas sean más eficaces, aunque para ello deben estar en condiciones de adentrarse en otras ciencias sociales (como la economía, la psicología conductual o la sociología) y científicas (la biología evolutiva, las neurociencias, e incluso la física), que no siempre están a su alcance (Lovallo, Clark y Courtney (2015). La interdisciplinariedad es una dificultad añadida a esta metodología aunque, como afirma Ponce Solé (2018, 20), la transdisciplinariedad es el verdadero reto de futuro para el Derecho administrativo. El análisis conductual del derecho recurre a las herramientas que utilizan las ciencias del comportamiento para estudiar la conducta de los ciudadanos, reflejándola en las normas jurídicas y en su aplicación (6).

En el ámbito del derecho público, que es el que nos interesa, el *nudge* es una herramienta que puede ser utilizada por las autoridades en el desarrollo de sus políticas, con el objetivo de animar a los ciudadanos a adoptar determinadas decisiones sin recurrir a la coacción ni a los incentivos económicos. Forma parte de una estrategia de intervención dirigida a orientar inercialmente las decisiones de las personas en la línea considerada correcta por el poder público, pero —y esto es importante— sin forzar la libertad ni la auto-

---

(6) El máximo representante del análisis conductual del derecho es Cass R. Sunstein, profesor de la Universidad de Chicago (USA) y coautor, junto a R.H. Thaler, del famoso libro sobre «*nudges*» de 2007, aunque en trabajos anteriores que se remontan a 1998 ya sentó las bases de esta nueva forma de analizar el derecho. Una buena introducción a sus tesis en Sunstein (2014a). Sobre las implicaciones jurídicas del derecho conductual véase también Adler, Finkelstein y Huang (2003), Lambert (2017, 623) y Rowell (2017, 722).

mía de los ciudadanos. El *nudgnig* se basa en el estudio y la aplicación de sesgos cognitivos para promover que los ciudadanos adopten determinadas decisiones que se consideran adecuadas para su bienestar personal y el de toda la sociedad. La clave del *nudge* es no restringir las opciones decisorias del ciudadano, que siempre tiene que tener la capacidad de elegir entre una alternativa, incluso una opción contraria al interés general (ambientalmente insostenible), si quisiera.

El *nudge* y la arquitectura de las decisiones se enmarcan en el llamado «paternalismo libertario» cuya razón de ser sólo puede entenderse en un contexto —digamos, muy norteamericano (7)— que defiende la intervención mínima del Estado y pone por encima de todo la garantía de la sacrosanta libertad personal (Sunstein, 2017a, 21) (8). Este matiz se ve muy bien en el trabajo de Camerer, Issacharoff, Löwenstein, O'Donogue y Robin (2003, 1211), que precisamente va dirigido a los «conservadores» con el objetivo de justificar ciertas políticas reguladoras. «*Los paternalistas libertarios queremos facilitar a las personas que sigan su propio camino; no queremos poner obstáculos a aquellos que desean ejercer su libertad*» (Thaler y Sunstein, 2009, 19). Para enfatizar esta idea, Goldin (2017, 681) afirma que los mandatos y prohibiciones son más paternalistas que los *nudges*, que dejan libertad de elección

---

(7) Bajo el mandato de presidente Barak Obama se creó el llamado *Social and Behavioral Sciences Team* (SBST), cuyos resultados y trabajos se pueden consultar en <https://sbst.gov>, aunque actualmente ya no está operativo.

(8) No es de extrañar que en el ámbito de la UE haya sido Reino Unido donde la teoría conductual ha tenido más éxito. El ex primer ministro, David Cameron, creó en 2010 una «*nudge unit*» integrada por un equipo de diez expertos, formalmente denominado *Behavioural Insight Team* (BIT) a quienes encomendó la tarea de encontrar fórmulas innovadoras para cambiar el comportamiento de los ciudadanos. Al respecto, D. Halpern (2015). Otras publicaciones académicas en <https://www.behaviouralinsights.co.uk> y en [www.behavioralinsightsteam.com](http://www.behavioralinsightsteam.com), con interesantes datos sobre su aplicación en sectores como la educación, la salud, el urbanismo sostenible, el consumo o la recaudación de impuestos.

Inspirados en el modelo británico, la cancillería alemana creó en 2015 un equipo de psicólogos y economistas conductuales para emplear los conocimientos de estas disciplinas en las políticas gubernamentales, dentro de la estrategia denominada «*Wirksam regieren*» (gobernar con eficacia), que tuvo gran repercusión mediática. El periódico *Süddeutsche Zeitung* denominó irónicamente a esta estrategia como «*política de los psicotrucos*» (<https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/verhaltensforschung-am-buerger-politik-per-psychotrick-1.2386755>). Sobre el análisis conductual del derecho y su recepción en Alemania, véanse Rehm (2015) y Smeddinck (2016).

El informe de la OCDE (2017) ofrece un panorama general del uso de los *nudges* en varios países como Australia, Canadá, Colombia, Dinamarca, Israel, Holanda, Nueva Zelanda, Noruega, Singapur, Sudáfrica, Turquía, además de la UE. Los Estados que han creado unidades administrativas especializadas en aplicar las herramientas del análisis conductual incorporan psicólogos y otros profesionales de las ciencias conductuales, en un ejemplo de interdisciplinariedad a la que antes me refería.

al ciudadano, así que propone eliminar la denominación de «paternalismo» por «casi-paternalismo libertario». En el mismo sentido, pero avanzando un paso más, Sunstein (2017c, 666) considera que incluso la libertad de elección puede ser paternalista, porque en ocasiones el ciudadano prefiere delegar en el Estado o en terceros su capacidad de decidir en materias como la salud (cuál es el mejor tratamiento médico) o la economía (el plan de pensiones más conveniente).

Importar esta construcción a la tradición (económica y jurídica) europea exigirá ciertas adaptaciones y reflexiones previas, porque nosotros disponemos de las herramientas coactivas que nos da el derecho, y ni los gobiernos ni los ciudadanos cuestionamos que determinadas conductas se impongan a la fuerza limitando nuestra libertad individual. En palabras de Velasco Caballero (2018), el *nudge* sólo es plenamente entendible en un contexto político como el norteamericano de los dos últimos decenios, en el que los académicos buscan con desesperación formas suaves de actuación del Estado que sean «soportables» en una sociedad individualista, apelando al derecho fundacional de libertad. Los *nudges* son, entonces, una forma de «*hacer de la necesidad virtud*»; al respecto, véase una muy interesante voz crítica en Rebonato (2013, 52). Quizás por esa razón, el impacto de este nuevo método de análisis ha sido escaso en nuestro país y especialmente en nuestra disciplina, como pone de relieve Amoedo Souto (2018, 3) (9).

Sin embargo, la génesis de los *nudges* en un contexto económico liberal, genuinamente norteamericano, no debe hacernos perder otra perspectiva de más largo alcance que se deriva del análisis conductual del derecho: el papel de la subjetividad (toma de decisiones, sesgos) de los operadores jurídico-administrativos y el análisis de la voluntad en el derecho administrativo. Y más ampliamente, nos conduce al germen del llamado «neuroderecho», una nueva disciplina que surge de la inserción de la neurociencia en el derecho (10).

---

(9) Por contraste, la ciencia del comportamiento ha tenido un impacto mayor en el Derecho penal y la criminología, llegando a cuestionar el principio del libre albedrío individual en la toma de decisiones. Véanse las líneas de investigación que desarrolla en España el grupo de investigación dirigido por E. Demetrio Crespo, de la Universidad de Castilla La Mancha (<http://dpenal.to.uclm.es/?p=1538>) o el grupo «*Behavior & Law*» ([behaviorandlaw.com](http://behaviorandlaw.com)). En el resto de disciplinas jurídicas también ha habido propuestas concretas, aunque el impacto ha sido menor, como en el derecho del trabajo (Beltrán, 2017) o el derecho tributario, como informa Ponce Solé (2015), en nota 8.

(10) Amoedo Souto (2018) hace una primera contribución al que llama «*neuroderecho administrativo*», con ramificaciones en el derecho administrativo sancionador, la responsabilidad patrimonial (cuantificación del dolor y daño moral, por ejemplo) o el empleo público, entre otros.



## II. EN OCASIONES VEO NUDGES

El *nudge* está de moda y se ha instalado en nuestro lenguaje jurídico. Pero no es *nudge* todo lo que reluce y corremos el riesgo de ver *nudges* por todas partes. El carné por puntos para reducir la siniestralidad al volante, ¿es un *nudge*? ¿Lo es la prohibición de usar bolsas de plástico? ¿O una campaña publicitaria para fomentar el reciclado de residuos orgánicos? Es posible que actores jurídicos como las administraciones públicas empleen *nudges* sin ser conscientes de ello. Como el derecho no puede ser definido como un conjunto de *nudges*, hay que intentar dar a este concepto un significado más o menos preciso, con contenido jurídico.

Esta labor de construcción del análisis conductual del derecho, que defina el concepto jurídico de *nudge*, cómo se puede integrar en las políticas públicas y su tipología, es una tarea pendiente. Aunque el objetivo de mi trabajo es mucho más modesto, formularé algunas ideas encaminadas a la delimitación jurídica del *nudge* (o *nudging*).

### 1. Delimitación positiva. ¿Es posible una definición jurídica del *nudge*?

El Comité Económico y Social Europeo (CESE), ha aprobado un dictamen con propuestas para integrar esta herramienta conductual en las políticas públicas de la Unión Europea. El dictamen lleva por título «*Integrar los nudges en las políticas europeas*» (2017/C 075/05) y resume en apenas cinco páginas el estado de la cuestión, con propuestas generales de integración de la ciencia conductual en las políticas públicas de los países miembros de la UE y en concreto en las políticas ambientales (11). El documento es embrionario y constituye más una toma de postura indicativa que un verdadero plan de acción, pero del dictamen podemos extraer algunos principios para configurar jurídicamente los *nudges*.

Estos son los principios que se deducen del dictamen del CESE:

(a) *Principio de subsidiariedad*. Parece que el *nudge* queda relegado a un papel auxiliar, a ser un instrumento complementario de las políticas públicas tradicionales que contribuye a mejorar y acelerar su efectividad «*con un coste mínimo*». El dictamen del CESE destaca que «*su flexibilidad y sencillez hacen que puedan utilizarse en diferentes contextos y por distintas categorías*

---

(11) Es significativo que el ponente del dictamen fuera Thierry Libaert, un experto profesor en ciencias de la información y de la comunicación, responsable del Laboratorio de Análisis de los Sistemas de Comunicación Corporativa (*Laboratory for the Analysis of Organizational Communication Systems*, LASCO) de la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica).

*de instancias al mismo tiempo: organismos intergubernamentales, unidades internas de cada ministerio, entes locales, ONG, instancias privadas, etc.*». En resumen, el recurso a los *nudges* tiene virtualidad cuando las políticas públicas tradicionales son ineficaces o demasiado costosas (Rivero Ortega, 2012).

Por otro lado, su utilización debe ser flexible para aprovechar al máximo su potencial, porque «*el nudge no es un instrumento milagroso ni completamente nuevo, aunque puede resultar complementario y útil para modificar determinados comportamientos*». Su principal interés radica en incitar a que los gobiernos tengan en cuenta la dimensión psicológica de las decisiones de los ciudadanos, y no sólo su racionalidad económica, en el diseño de las políticas públicas.

(b) *Principio de sectorialidad*. Digamos que los *nudges* resultan más adecuados para complementar ciertas políticas públicas, en concreto, las que «*responden a objetivos medioambientales y sociales*». ¿Por qué en estos ámbitos más que en otros? En primer lugar, porque no restringen la libertad individual y tienen un coste limitado, mientras que su impacto puede ser muy elevado. En segundo lugar, porque en esos campos (la salud, la educación, el medio ambiente) es posible que los ciudadanos sean más sensibles y más responsables en la toma de decisiones, de forma que el *nudge* simplifica su capacidad de decisión consciente y responsable. El empleo de los *nudges* es adecuado en ámbitos donde el estímulo, la orientación y el consejo resultan más eficaces que la regulación, la prohibición y la coacción, y por eso un campo eficaz de actuación es el de las «normas sociales» encaminadas a reducir ciertas conductas indeseables para la sociedad (fumar, consumir alcohol, obesidad, reciclar, ahorro energético, cuidar el entorno, no generar ruidos, etc). Se trata de políticas públicas destinadas a hacer más responsables las decisiones individuales (Shaffer, 2017, 727). Aquí encajan bien los *nudges*: no sólo son una medida poco o nada restrictiva de la libertad individual, sino que sus costes son escasos en relación con su impacto para orientar la conducta de los ciudadanos.

Para ilustrar esta afirmación pondremos un ejemplo de Thaler y Sunstein (2009, 87), que demostraría la eficacia de los *nudges* sociales para reducir el consumo abusivo de alcohol y tabaco en un ensayo realizado con jóvenes estudiantes. Sorprendentemente, una de las claves para solucionar el problema radica en el hecho de que los estudiantes pensaban que el abuso de alcohol estaba mucho más extendido de lo que realmente estaba; es decir, había una percepción falsa de la realidad (sesgo cognitivo) producido por la «regla de la disponibilidad» que genera una percepción errónea del riesgo. Como los jóvenes son muy sensibles a la regla de la influencia social y lo que piensan que hacen los otros jóvenes, el consumo de alcohol aumentaba por una percepción exagerada de lo que «todos» hacían (de lo que «los demás» bebían).

La teoría conductual nos dice que es más eficaz una campaña educacional para corregir la percepción falsa de la norma social con mensajes del tipo «*la gran mayoría de los jóvenes menores de 30 años no bebe*» o «*la mayoría (el 81%) de los estudiantes universitarios de Aragón consume menos de cuatro bebidas alcohólicas a la semana*», que una campaña con mensaje negativo o amenazante. Aplicado al tabaco, el *nudge* más eficaz sería «*la mayoría (el 90%) de los jóvenes no fuma*» (12).

(c) El *principio de transparencia* también debe regir para las políticas que utilicen *nudges*, ya que éstos deben entenderse, debatirse y compartirse para ser aceptados lo mejor posible, lo cual evitaría los riesgos de manipulación.

(d) Es necesario aprobar una *deontología de los nudges*. El CESE propone crear un código de buenas prácticas sobre los *nudges* elaborado por acuerdo entre todas las partes interesadas a escala europea (autoridades públicas, ciudadanos, empresas, asociaciones, etc.) que sea posteriormente desarrollado por los Estados miembros. Este código «podría publicarse» y debería ser también resumido en «una guía» que se distribuiría entre las instancias afectadas. El dictamen plantea la creación de una plataforma de iniciativas o un observatorio dedicado al tema. Además, el dictamen del CESE habla de un «*impacto negativo*» del uso de los *nudges* y la necesidad de garantizar su aceptabilidad ética bajo condiciones que debería recoger el código de buenas prácticas.

(e) *Evaluación y control*. El CESE considera conveniente desarrollar dispositivos de seguimiento y evaluación de los *nudges*, en función de diversos criterios (sociales, ambientales, económicos), para conocer la influencia exacta del *nudge* entre el público destinatario y su contexto, y permitir ajustarlo si los resultados resultan decepcionantes o incluso abandonarlo si se considera ineficaz.

Desde el punto de vista organizativo, el CESE se compromete a organizar las primeras jornadas europeas sobre *nudges* que constituirían «*una oportunidad única de intercambio de experiencias entre las partes interesadas en este instrumento dentro de la Unión Europea*» y a crear en el marco del CESE un nuevo órgano permanente de carácter transversal que se encargue de analizar la evolución de las aplicaciones de los *nudges* y otras cuestiones conexas como la economía circular, la economía colaborativa y la economía funcional, quizás al estilo de la «Behavioural Insight Team» del gobierno de David Cameron.

---

(12) En cambio, nuestros políticos insisten en difundir datos que provocan una distorsión de la realidad por el efecto de la regla de la disponibilidad y las valoraciones sesgadas del riesgo. Sería más apropiado informar que «*la mayoría de los jóvenes españoles entre 14 y 18 años no han bebido en los últimos 30 días*» que la información que ofrece la web oficial del Ministerio de Sanidad (<http://www.msssi.gob.es/campañas/campañas11/alcoholenmenoresnoesnormal/sabias.html>).

## 2. Delimitación negativa. No es *nudge* todo lo que reluce

Este último inciso del dictamen del CESE nos pone en alerta acerca de la necesidad de delimitar conceptualmente el *nudge* y el derecho conductual desde una perspectiva negativa (lo que el *nudging* no es).

En primer lugar y ante todo, creo que podemos afirmar que el *nudge* no es una nueva forma o modalidad independiente de actuación administrativa, sino una simple herramienta o instrumento para el análisis jurídico, que está al servicio de las distintas formas de actividad administrativa. El derecho conductual y la idea del *nudge* nos ofrecen pautas para mejorar la calidad de las normas y su eficacia (*better regulation*) y para simplificar los procedimientos, pero no constituye una categoría homogénea, sino un conjunto de herramientas dispersas con un objetivo único: orientar la conducta de los ciudadanos y sus decisiones hacia un objetivo de interés general.

Según el dictamen del CESE, *«para modificar el comportamiento de los individuos, las autoridades públicas disponen tradicionalmente de cuatro tipos de instrumentos: la información y la sensibilización, el incentivo económico, la legislación (prohibición u obligación) y la ejemplaridad. Sin embargo, estos cuatro instrumentos han mostrado sus limitaciones, concretamente, en lo que se refiere al comportamiento y al consumo responsable, es decir, a reducir el consumo de recursos naturales. En efecto, existe todavía un desfase entre la sensibilización de las personas y sus comportamientos diarios»*. Precisamente por eso, las ciencias del comportamiento proporcionan al jurista el instrumental para mejorar la eficacia de la norma, tanto en el plano normativo como en su aplicación. Si sabemos qué factores influyen en la conducta de los ciudadanos, el derecho será más eficaz, y para eso acudimos a las disciplinas que estudian las ciencias del comportamiento.

La regulación no es un *nudge*, aunque vaya dirigida a ordenar el comportamiento humano; la norma jurídica es prescriptiva, obligatoria y vinculante, y su incumplimiento puede acarrear sanción. Por tanto, no son *nudges* ciertos trámites procedimentales obligatorios (los informes, la participación ciudadana) o las obligaciones de transparencia e información activa de la Administración, aunque actúen como «palanca» para la mejora de la decisión administrativa. Ahora bien, sí es posible, como veremos, que la regulación incorpore *nudges* normativos porque las teorías de la ciencia conductual orientan tanto la regulación positiva (*nudges* normativos), como su aplicación (*nudges* no normativos). El *nudge* es un instrumento para el análisis conductual del derecho, lo cual no significa otra cosa que servirse de los conocimientos de la arquitectura de las decisiones para orientar determinadas políticas públicas o fomentar comportamientos beneficiosos para el conjunto de la sociedad.

### III. LÍMITES Y RIESGOS ASOCIADOS AL USO DE NUDGES

El dictamen del CESE es consciente de que «*el nudge tiene sus limitaciones*». El análisis conductual del derecho exige un gran rigor en su concepto y aplicación, y plantea cuestiones al mismo tiempo jurídicas, técnicas y éticas. Que los *nudges* no sean imperativos no significa que sean inocuos o neutros (Velasco Caballero, 2018). En estos, como en otros casos, el problema ético y moral no es menor. Aun cuando las personas quieran verse a sí mismas como libres y autónomas en su toma de decisiones, y por tanto, crean que la existencia de una opción por defecto (por ejemplo, una casilla premarcada en un formulario) no es más que una sutil e inofensiva sugerencia acerca de lo que debieran decidir, en realidad, estos *nudges* pueden determinar sensiblemente las decisiones de las personas. De hecho, y dada la influencia que los reguladores ya han reconocido a las opciones «por defecto», se está empezando a regular y prohibir su uso. Por ejemplo en materia de privacidad en internet o para proteger los derechos del consumidor (art. 60 bis de la Ley de Consumidores y Usuarios, Texto Refundido aprobado por R.D. Legislativo 1/2007).

Los *nudges* nos permiten cuestionar la potencial manipulación oculta que supone su utilización en el ámbito de las políticas públicas; ser escépticos acerca de las buenas intenciones del Estado cuando trata de influir en la decisión mediante una opción por defecto; cuestionar el verdadero lugar que ocupa la autonomía individual respecto de la utilización de *nudges* por parte del gobierno o el regulador; y quizá incluso, replantear la autonomía y la libertad individual (Monroy, 2018, 237). Los ciudadanos, a diferencia de lo que sucede con el empleo de las técnicas de fomento, podrían verse, en la práctica, desapoderados de su capacidad real de decidir, porque es muy sencillo manipular su voluntad con el objetivo de satisfacer el interés general.

Pero la respuesta a todas estas preguntas excede de los límites de mi trabajo.

Quizás por su limitada utilización en Europa, escasean los estudios sobre la eficacia de los *nudges* a medio y largo plazo y las diferentes repercusiones según sus destinatarios, culturas y contextos. Es necesario, por lo tanto, evaluar directamente o de forma aleatoria los efectos de los *nudges* para evitar que tengan efectos indeseados. Zimmermann (2016, 23) propone la necesidad de contar con un marco legal que contemple el riesgo de abuso de los *nudges*, de modo que los gobiernos y administraciones no deberían limitarse a promover acicates positivos, sino que tienen la obligación de regular las manipulaciones perniciosas, muy frecuentes en el ámbito de los *nudges* privados.

Es cierto que el empleo de dicha técnica debe de ir acompañado de un adecuado sistema de garantías para los ciudadanos. Pero también creo que

este sistema garante ya existe: es nuestro ordenamiento jurídico-administrativo, marco normativo suficiente para controlar el uso de los *nudges* y de las otras herramientas conductuales. Al menos en un plano regulador, tenemos todos los principios necesarios (arts. 3.1 y 4 de la Ley 40/2015, LRJSP (13), simplicidad, participación, objetividad, transparencia) y fórmulas de control (recursos, vía de hecho). Lo único que nos falta, al menos en España, es una formación suficiente de los gestores públicos en las herramientas de la ciencia conductual, necesaria tanto para diseñar las políticas públicas basadas en los *nudges*, como para evaluar sus efectos y, sobre todo, para controlar su uso.

## 1. Límites jurídicos

Desde un punto de vista jurídico, los *nudges*, evidentemente, quedan sujetos a las reglas de un Estado de derecho: respeto a los derechos fundamentales, principio de legalidad, responsabilidad y control judicial de la actuación administrativa (Velasco Caballero, 2018). Por otro lado, la generalización de métodos conductuales no sustituye a la obligación de transparencia o publicidad activa (Ley 19/2013, de 9 de diciembre, y correlativas leyes de transparencia de las comunidades autónomas), ni tampoco a los medios tradicionales de intervención, bien sea a través de la regulación, la sanción o los incentivos económicos. Como he dicho, el *nudge* debe quedarse en un discreto segundo plano instrumental.

Por ejemplo, en relación con los cultivos transgénicos, la psicología conductual demuestra que informar a los ciudadanos de que un alimento ha sido producido con semillas manipuladas genéticamente puede reducir su consumo, lo que provocaría un aumento del precio de los alimentos y otras externalidades negativas, como mayor gasto de recursos naturales en la producción de alimentos. Sin embargo, un *nudge* orientado a evitar tales efectos indeseables no legitima el incumplimiento de la norma sobre etiquetado obligatorio de los alimentos, pues no sería admisible que el Estado o la empresa censurara ciertas informaciones a los ciudadanos.

Otro de los retos del uso de los *nudges* es garantizar la confidencialidad y la protección de datos, para impedir que la información disponible sobre los hábitos de conducta de los ciudadanos pueda ser utilizada con fines ajenos al interés general. Este reto también está suficientemente cubierto por la normativa vigente de protección de datos de carácter personal.

Los *nudges* pueden ser controlados por los tribunales, porque un ejercicio abusivo podría constituir vía de hecho susceptible de recurso contencioso-ad-

---

(13) Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en adelante LRJSP.

ministrativo (arts. 25.2 y 30 de la Ley 29/1998, LICA) y porque, al menos en un plano teórico, podrían dar lugar a responsabilidad administrativa si concurrieran todos sus requisitos (art. 106.2 CE). Incentivar una conducta contraria a la libertad de empresa o a la libertad personal exigiría, por ejemplo, reserva de Ley (art. 53.1 CE).

## 2. Límites técnicos

Desde un punto de vista técnico, no deben subestimarse las limitaciones asociadas al uso de *nudges*. En el experimento que relatan Sunstein y Thaler (2009, 88), se utilizaron *nudges* sociales con el objetivo de disminuir el consumo de energía. ¿Cómo? Informando a los hogares de cuánta energía habían consumido en las semanas anteriores y dando información precisa del consumo medio de energía en los hogares de su zona, acompañado de un *feedback* visual (emoticono triste o contento) (14). El efecto sobre la conducta fue claro, y los hogares que gastaban energía por encima de la media redujeron su consumo de forma significativa. Pero, a la inversa, quienes descubrieron que consumían menos energía que sus vecinos incrementaron su consumo de forma relevante. Como dicen con humor estos autores, «*si se quiere orientar a las personas hacia una conducta socialmente deseable, en ningún caso hay que hacerles saber que se está comportando mejor que la norma social*».

El dictamen del CESE también plantea el problema de la duración temporal del impacto o efectividad de los *nudges*. Aún no sabemos si las intervenciones basadas en esta estrategia podrían aportar modificaciones duraderas o si resultan adecuadas para modificar el comportamiento de la población de un país. Los estudios se han centrado en sus efectos a corto plazo y en el laboratorio. En el ámbito del consumo de recursos naturales y electricidad, algunos estudios han demostrado que el efecto repetido de los *nudges* sociales tiende a disminuir con el tiempo. El efecto a largo plazo de los *nudges* depende de su capacidad para cambiar de raíz las costumbres, si bien una vez que se ha producido el cambio hay razones para creer que los comportamientos van a persistir. En cualquier caso, el *nudge* resulta más difícil de graduar o modular que una norma imperativa.

Zimmermann (2016, 23) pone de relieve que hay personas que se dejan influir más que otras por esta clase de incentivos, y que tampoco está claro cómo se logra modificar las conductas y cuánto perdura su efecto. Por otro

---

(14) El Ayuntamiento de Zaragoza incluye en su factura del agua el dibujo de la mascota de la Exposición Internacional de 2008, «*Fluvi*», que aparece triste o contento en función de si el consumo se ha mantenido estable, ha crecido o ha disminuido.

lado, la interdisciplinariedad es un obstáculo importante para la puesta en práctica de los *nudges*, que requieren de una creatividad excepcional y de un trabajo en equipo entre economistas, psicólogos, juristas, ingenieros, y otros profesionales, difícil de conjugar en los *nudges* públicos.

### **3. Límites éticos: cincuenta sombras de manipulación**

Sunstein (2016a, 78) es muy consciente de los riesgos que conlleva el uso de *nudges* en las políticas públicas, esas «cincuenta sombras de manipulación» a las que con humor dedica un capítulo entero de su libro sobre la ética de la influencia.

Los críticos apuntan que manipular es sacar provecho de los sesgos cognitivos del ciudadano, así que los *nudges* siempre son manipulación porque nos convierten en «marionetas del Estado» (Zimmermann, 2018, 22). El *nudge* sólo sería inocuo cuando el ciudadano es consciente de la influencia que ejerce sobre él; sin embargo, esto nos conduciría a un callejón sin salida, porque si el ciudadano es consciente de que lo están dirigiendo a través de *nudges*, su decisión no será autónoma. Zimmermann (2018, 23) señala otro problema ético en la utilización de los *nudges*, y es que funcionan a través de la activación de un «sentimiento de vergüenza» o de «culpa» de modo que las decisiones no se toman por voluntad propia, sino por miedo a lo que pensarán los demás, muy propios del *nudge* social. Los expertos no se ponen de acuerdo sobre la corrección ética de este efecto perverso del *nudge*, aunque, respetando el marco de los derechos fundamentales, no encuentro inconveniente en aprovechar este sesgo psicológico para conseguir un mejor cumplimiento de las normas jurídicas.

La frontera entre persuasión, información y manipulación es difícil de dibujar (Sunstein, 2016a, 78). El dictamen del CESE pone un ejemplo muy simple: entre los numerosos hoteles que animan a sus clientes a reutilizar las toallas, algunos presentan estadísticas deliberadamente infladas de usuarios que ya lo hacen, no tanto para engañar a sus clientes, sino como una suerte de «profecía autocumplida» que pretenden que se convierta en verdadera. Sin embargo, el recurso a la mentira (datos falsos) y el abuso del derecho (vulneración de la protección de datos o la intimidad) no resulta ética ni jurídicamente aceptable, menos aún en los *nudges* públicos, por mucho que pueda conducir a que el ciudadano adopte decisiones virtuosas o deseables. El fin no justifica los medios y, como he dicho, el derecho dispone de las herramientas precisas para perseguir tales desviaciones.



#### IV. CLASES DE NUDGES Y SU ENCAJE EN LA TIPOLOGÍA CLÁSICA DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA

El dictamen del CESE es consciente de los borrosos contornos que presentan los *nudges* cuando afirma que «*apela a diferentes mecanismos*», incluyendo una descripción de ejemplos concretos.

##### 1. Según la regla de conducta o sesgo sobre el que impacta el *nudge*

Las ciencias del comportamiento demuestran que el ser humano juega con dos tipos de pensamiento: uno intuitivo y automático (*sistema 1*) y otro reflexivo y racional (*sistema 2*), y que utiliza una serie de reglas básicas, pautas de indagación o «atajos mentales» que le permiten formular juicios con rapidez (Kahneman, 2011). Muy resumidamente, estas reglas básicas serían las siguientes:

— *Regla del anclaje y ajuste*. Según esta regla básica, el ser humano tiende a encajar sus decisiones en datos que ya conoce y en problemas semejantes de su entorno, que actúan como «anclas». Aquí, el sesgo se produce porque los ajustes pueden ser insuficientes o incompletos. Por otro lado, las «anclas» funcionan como *nudges*, ya que pueden influir en la toma de decisiones. El ejemplo que citan Sunstein y Thaler (2009, 41) son las cifras que sirven como punto de partida para un proceso decisorio (por ejemplo, una indemnización por daños), ya que cuanto más se pide más se suele obtener.

— La llamada *regla de la disponibilidad* tiene en cuenta la facilidad con la que vienen a nuestra mente patrones similares cuando tenemos que adoptar decisiones vinculadas con la estimación de riesgos. En otras palabras: la apreciación de un riesgo depende de que el ciudadano recuerde más o menos fácilmente los acontecimientos que lo provocaron, y esto tiene que ver con la accesibilidad y la visibilidad del riesgo. Esta regla es muy maleable y tiene muchos sesgos; los gobiernos lo saben, y por eso tienden a asignar los recursos de forma coincidente con los temores de los ciudadanos, más que en respuesta al peligro real. Por eso, las decisiones mejoran si se reciben *nudges*, sobre todo informativos, en la dirección de las verdaderas probabilidades. Una buena forma de aumentar la confianza de los ciudadanos es recordar situaciones parecidas que se solucionaron satisfactoriamente.

— Por último la *regla de la representatividad o la semejanza* alude al impacto de los estereotipos en la toma de decisiones, ya que la imagen estructurada y aceptada por la mayoría puede ser determinante de nuestras decisiones. En relación con ello, el ser humano confunde las fluctuaciones aleatorias con pautas causales porque el sistema intuitivo no maneja bien la probabilidad.

Las reglas básicas resultan muy útiles para el ser humano, pero adolecen de numerosos sesgos cognitivos, especialmente de tipo social, porque tendemos a hacer lo mismo que hace la mayoría (Kahneman, 2011). Por otro lado, las decisiones que adoptamos también dependen de otros rasgos humanos que provocan inercias que actúan como sesgos cognitivos, como el optimismo, el exceso de confianza, la aversión a las pérdidas, el falso consenso, la maldición del conocimiento, el sesgo del *status quo*, el sesgo del presente o el de la confirmación (15). Tampoco hay que despreciar el impacto del «enmarcado» (del inglés, *framing*), que alude a la forma y el lenguaje en que se presentan los problemas (Moreu Carbonell, 2016).

En cualquier caso, conociendo las herramientas básicas de la ciencia conductual y sus sesgos, estamos en mejores condiciones de utilizar *nudges* para orientar las decisiones que toman los ciudadanos. Sunstein y Thaler (2009) y Sunstein (2014a, 3) identifican como *nudges*, entre otros:

(a) El *nudge* de las opciones predeterminadas (*defaults*) o de la «opción por defecto», que parte del consentimiento implícito del ciudadano, orientado a romper las inercias vinculadas con el sesgo de la aversión a las pérdidas o de conservación del *status quo*. La ciencia conductual demuestra que cuando el ciudadano conserva la posibilidad de elegir entre varias opciones, el *nudge* de la opción por defecto, tanto en su modalidad de «optar por salir» o no formar parte (*opt-out*), como en su versión de «optar por entrar» o formar parte (*opt-in*), es un buen orientador de conductas deseables. Por ejemplo, Sunstein (2016a, 163) explica que la Universidad de Rutgers (USA) consiguió una reducción de más del 44% de ahorro en papel simplemente cambiando la opción por defecto de las impresoras, eligiendo por defecto la opción de impresión a doble cara.

(b) El *nudge* de la elección consciente y activa (*active choosing*) consiste en garantizar que el ciudadano va a poder elegir libremente entre una o varias alternativas con diferentes opciones, por ejemplo, entre usar energía verde o

---

(15) Las investigaciones de la psicología conductual sugieren que estos sesgos se filtran en la toma de decisiones de los ciudadanos (Thaler, 2000, 300). Según el *sesgo del optimismo*, los seres humanos tendemos a ser optimistas acerca del futuro. El *sesgo de la confianza excesiva* nos dice que los individuos creen que sus capacidades están por encima de la realidad. Según el *efecto del «falso consenso»*, tendemos a pensar que los demás son justo como nosotros. Y en virtud del llamado «*sesgo del conocimiento*», resulta muy difícil percatarnos de que lo que sabemos resulta poco o nada obvio para otras personas que están menos informadas que nosotros. El *sesgo del status quo* alude a la tendencia natural de los seres humanos a aferrarse a su situación actual (más en Monroy, 2017, 218). Y la *aversión a la pérdida* indica que para el ser humano es dos veces mayor la desgracia de perder algo que la alegría de ganar eso mismo. El *sesgo de la confirmación* alude al hecho de que la gente tiende a usar la información de modo que sus creencias, expectativas o hipótesis resulten confirmadas. El *sesgo del presente* evita la planificación a medio y largo plazo, porque el sistema intuitivo es miope y la inercia es poderosa.

convencional, entre donar órganos o no donarlos. Este sistema, sin embargo, tiene el inconveniente de que provoca una escasa participación social y dificulta la implicación activa en la toma de decisiones. Por eso, conviene introducir lo que Hedlin y Sunstein (2016, 110) denominan «elección obligada» o «requerida», esto es, una elección que resulte obligatoria en el momento de realizar ciertos trámites (por ejemplo, si para renovar el carné de conducir se obligara a elegir si el ciudadano quiere o no donar sus órganos).

(c) La fuerza de la norma social (*nudge* social) asume el objetivo de informar a los ciudadanos sobre lo que hace y piensa la mayoría, ya que el ser humano tiende a ser gregario y sus conductas pueden orientarse atrayendo la atención hacia lo que los demás hacen o eligen. Cuando la autoridad fiscal del Reino Unido envió cartas a los contribuyentes morosos indicando que la mayoría de las personas pagaban sus impuestos a tiempo, la tasa de pago se incrementó de forma significativa en más de 5 puntos porcentuales (BIT 2018, 5).

(d) El *nudge* de las ganancias contrarresta el sesgo de la aversión que los humanos tenemos a las pérdidas, y que nos lleva a no hacer cambios, es decir, a un fuerte deseo de conservar las posesiones.

(e) El *nudge* informativo o educativo consiste en facilitar más información a los ciudadanos con el objetivo de que adopten mejores decisiones. Las ciencias conductuales nos dicen, sin embargo, que la información no tiene efectos continuos, es decir, que la racionalidad de la decisión no es proporcional ni creciente en función de la cantidad de información recibida. Es cierto que la curva de la racionalidad de la decisión dibujada a partir del volumen de información disponible se eleva con los primeros *quantum* de información, pero luego se hace plana o incluso desciende. Es decir que, a partir de cierto momento, la utilidad marginal de suministrar más información deviene cero o negativa.

(f) Una modalidad de este *nudge* informativo es el que consiste en informar sobre las consecuencias de sus decisiones anteriores utilizando las tecnologías (*smart disclosure* o *midata project*), una suerte de publicidad activa inteligente.

En realidad, el *nudge* informativo coincide con la que tradicionalmente se denomina actividad de comunicación pública. Ambos tienen idénticos rasgos característicos: por un lado, el fomento de la corresponsabilidad social, y, por otro, la transparencia como principio democrático y de actuación de las administraciones públicas. La comunicación pública utiliza, como el *nudge*, la persuasión: tiene intención de influir. Ambos son una actividad intencionada: el comunicador del mensaje tiene el propósito de influir, es decir, modificar o cambiar una conducta o una creencia del receptor del mensaje. Y, en segundo lugar, no se anula la libertad de elección del ciudadano (Moreu Carbonell, 2005, 48).

(g) El recurso a las presentaciones lúdicas atiende a la importancia del lenguaje y de la forma en la que se facilita la información a los ciudadanos (*frames*). En Reino Unido se enviaron cartas a los contribuyentes que no habían pagado el impuesto de circulación de vehículos; cuando se incluyó una imagen del automóvil en cuestión, el pago se incrementó de un 40 a un 49% (BIT 2018, 5).

## 2. Según los niveles de aplicación del *nudge*

El uso de *nudges* en el derecho público tiene un objetivo común: mejorar los resultados de las normas y de las políticas públicas y alcanzar ahorro y eficiencia en la gestión pública. Desde esta perspectiva, se relaciona con principios ya asentados como la buena regulación o regulación inteligente (*smart regulation*), el buen gobierno, la simplificación, la transparencia, la información e incluso con la administración electrónica. El modelo dominante de *command and control*, de prohibición y sanción, que es la vía más común de intervención administrativa al servicio del interés general, se resquebraja con las aportaciones de las ciencias del comportamiento, que también aceleran la evolución de los modos clásicos de la actividad administrativa (Barnés 2015, 27).

Ponce Solé (2018, 9 y 12) califica el *nudging* como una nueva modalidad de actividad administrativa o como «una actividad de fomento sofisticada y científicamente informada», un fomento no basado en incentivos económicos, sino en utilizar el conocimiento de las reglas que informan la toma de decisiones y, sobre todo, sus sesgos cognitivos, para promover en los ciudadanos determinadas decisiones que se consideran adecuadas para su bienestar personal y el interés general (dejar de fumar, reciclar la basura, reducir los residuos, pagar a tiempo los impuestos o donar órganos). En mi opinión, el *nudge* no es ni una nueva forma de actuación (acto, contrato, norma) ni una modalidad distinta de actividad administrativa (fomento, servicio, información, inspección), sino un *simple instrumento al servicio de todas ellas*, cuya principal novedad es el recurso a los conocimientos de la ciencia conductual. Tanto las ciencias conductuales como el *nudge* tienen carácter instrumental, se limitan a ser herramientas al servicio de formas ya conocidas de actuación administrativa. En la medida en que los *nudges* públicos expresan sugerencias, recomendaciones o llamamientos podrían calificarse como «fórmulas informales de actuación» o actuaciones materiales de la administración (Shulte, 1993, 235).

El análisis conductual y el *nudging* aplicado a las políticas públicas están muy próximos a la ciencia política, en tanto que sistema para explicar el comportamiento político de la sociedad y el ejercicio del poder. En unos casos lo podremos identificar con las formas de actuación administrativa e incluso tendrá carácter normativo, y en otros casos se limitará a ser una «actuación no formalizada» porque, a pesar de afectar a la conducta de sus destinatarios,

carece de contenido regulador, es decir, no pretende establecer efectos jurídicos, derechos u obligaciones, no busca crear, modificar, extinguir o declarar situaciones jurídicas, no ordena, prohíbe o permite conducta alguna. Podrá haber una decisión previa del poder público, lo que la doctrina conductual llama «*diseño de la arquitectura de la decisión*» (decidir la forma de un formulario, introducir una opción por defecto, aprobar una campaña informativa); sin embargo, no todos los *nudges* tienen carácter normativo.

Si esto es así, el *nudge* no añade nada a las formas y categorías clásicas de la actividad administrativa. ¿Es realmente una técnica nueva con características diferenciadas? Sobre esta cuestión tengo que reconocer un sesgo o prejuicio personal, y es que no puedo evitar mirar los *nudges* con desconfianza: tengo la sospecha de que estamos ante un simple concepto de moda vacío de contenido, al menos en el ámbito jurídico. En palabras de Alfaro (2017), los *nudges* «*han acabado por significar cualquier cosa*» y, además resulta muy limitado el conocimiento de física o neurología al que los profesores de derecho o economía podemos aspirar y su utilización no puede ser sino superficial, o sea, una simple metáfora. Bienvenidos sean, pues, para destacar la importancia de las ciencias conductuales en las políticas públicas y en la regulación; pero creo que no es necesario dedicar más líneas a su encaje jurídico en alguna de las categorías clásicas.

Será suficiente con una distinción básica entre *nudges* normativos y no normativos (Velasco Caballero, 2018), y dentro de los segundos, su tipología está en función de la modalidad de actuación administrativa en la que puedan encajar. Una ayuda económica es un acicate para ahorrar energía o para consumir productos sostenibles; en sentido psicológico o económico es un *nudge*, pero en sentido jurídico es una subvención.

### **A) Nudges normativos**

En primer lugar, el *nudge* se puede utilizar en el plano normativo, tanto en la fase previa de elaboración, como en la propia norma jurídica. En general, los conocimientos que proporciona la ciencia conductual tienen un cauce de expresión adecuado en los principios para la mejora de la calidad normativa y buena regulación (art. 129 de la Ley 39/2015, LPAC). De hecho, el artículo 4.1 de la LRJSP recuerda que las Administraciones públicas deberán siempre «*elegir la medida menos restrictiva*» para los derechos individuales o colectivos, motivando su necesidad para la protección del interés público y justificando su adecuación para lograr los fines que se persiguen, evaluando periódicamente los efectos y resultados obtenidos.

Por eso, los conocimientos de la ciencia conductual resultan especialmente adecuados en la fase de planificación, justificación, tramitación y elaboración

de la norma. La naturaleza de la norma jurídica, que por definición es coactiva o prohibitiva, no admite —no debe admitir— capacidad de decisión del ciudadano (art. 6.1 del Código civil: «*la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento*»), pero conocer los factores que orientan la conducta de los ciudadanos sí permite justificar mejor una u otra opción normativa y, por tanto, mejorar la calidad de las normas. Si el legislador (o el ejecutivo) estima que prohibir fumar en lugares públicos va a disminuir el tabaquismo, que imponer un carné por puntos reducirá la siniestralidad en las carreteras, o que prohibir el uso de bolsas de plástico disminuirá el volumen de residuos, es posible —aunque probablemente irreal— que haya tenido en cuenta los resultados de las teorías conductuales.

Hay *nudges* como la opción por defecto, en cualquiera de sus dos formas (*opt-out* u *opt-in*), que resultan muy eficaces en el plano normativo. Los teóricos del análisis conductual del derecho ponen como ejemplo de *nudge* normativo la regulación del consentimiento implícito para la donación de órganos (Sunstein y Thaler, 2009, 203). Según el artículo 5 de la ley española de transplantes (Ley 30/1979, de 27 de octubre), la obtención de órganos procedentes de fallecidos podrá realizarse «*si no consta oposición expresa del fallecido*», en lo que constituye un ejemplo de *nudge* normativo de opción por defecto, en su modalidad de *opt-out* (opción por salir).

Esta categoría de *nudge* normativo resulta especialmente efectivo en el campo del derecho ambiental, más incluso que los mandatos y prohibiciones y potencialmente más eficaz que la información, la educación o los incentivos económicos (Sunstein, 2016, 161). Sin embargo, no siempre es adecuado por razones éticas o económicas (Hedlin y Sunstein, 2016, 110).

## **B) Nudges no normativos**

Los *nudges* resultan especialmente útiles en un plano aplicativo porque ofrecen herramientas para analizar si las reglas que rigen las relaciones humanas son eficientes y en qué grado, y permiten orientar mejor las políticas públicas según el principio de eficiencia (art. 3 LPAC). Es más: creo que el hábitat natural del *nudge* es, precisamente, la aplicación de la norma y las mejoras procedimentales, porque permite encontrar el mejor modo de hacerla cumplir voluntariamente por los ciudadanos, sobre todo en ámbitos en los que el cumplimiento voluntario encuentra con naturales reticencias como ocurre en el derecho tributario o sancionador (16).

---

(16) Véanse las aportaciones y experimentos desarrollados en Reino Unido con este objetivo: reducir el fraude que cuesta miles de millones de libras cada año al erario público (BIT, 2012).

El *nudge* es, en realidad, una herramienta para la simplificación. En el seno de las ciencias del comportamiento se ha acuñado el acrónimo inglés EAST (compuesto por las palabras «simple, atractivo, social y a tiempo», del inglés *easy, attractive, social, timely*) para designar esta metodología de diseño de las políticas públicas (BIT, 2018, 4).

— La simplificación («*hazlo simple*») se consigue utilizando *nudges* como el de las opciones predeterminadas, reduciendo obstáculos y trabas y cambiando el lenguaje.

— La persuasión («*hazlo atractivo*») con una presentación que atraiga la atención del ciudadano, utilizando reglas de la publicidad (a través de imágenes, colores o personalización) y también diseñando recompensas o sanciones. Este *nudge* se ha mostrado muy eficaz para mejorar el cumplimiento del impuesto de vehículos, si en las notificaciones administrativas se incluye una imagen del vehículo que hace más visible la idea de pérdida (BIT, 2018, 20).

— Con la expresión «*hazlo social*» se alude al poder del *nudge* social. Se trata de mostrar que la mayoría de las personas están llevando a cabo el comportamiento deseado, y se completa con el poder de las redes sociales.

— Por último, «*hazlo a tiempo*» sugiere la conveniencia de contactar con los ciudadanos cuando es más probable que sean receptivos, considerando los costes y beneficios inmediatos. Por ejemplo, si se notifica a los deudores de multas con un mensaje SMS antes de que se abra el plazo de ejecución, se duplica el porcentaje de pago voluntario (BIT 2018, 6).

La simplificación administrativa y la supresión de barreras formales se benefician de la incorporación de las técnicas y los métodos propios de las ciencias conductuales. No obstante, el paso hacia la regulación es muy lento, cuesta que se vean reflejados en la norma jurídica. De los *nudges* podemos esperar mejoras marginales en ámbitos sectoriales seleccionados, como el derecho ambiental, cuyos resultados deberían en todo caso ser objeto de control, seguimiento y análisis a medio y largo plazo.

En este sentido, los *nudges* son especialmente útiles en el procedimiento administrativo, como cauce de comunicación con los ciudadanos (*nudges* procedimentales). Como se ha dicho, los trámites procedimentales obligatorios regulados en la legislación de procedimiento administrativo (audiencia, información pública, informes, etc) no son *nudges*, aunque orienten la decisión administrativa. Sin embargo, los *nudges* procedimentales pueden mejorar o hacer más eficaces estos trámites.

Por ejemplo, la psicología conductual nos dice que el simple hecho de incluir el nombre del destinatario en una comunicación, de enviar correos electrónicos personalizados, en lugar de mensajes genéricos, incrementa significativamente la proporción de personas implicadas en determinado objetivo. Sin embargo, las notificaciones administrativas, desde el punto de vista de su

contenido, siguen siendo incomprensibles para el ciudadano medio y dan la espalda a nuevas formas de comunicación como las aplicaciones de mensajería instantánea (whatsapp y similares). Es cierto que el artículo 41 de la LPAC eleva a «medio preferente» el uso de medios electrónicos, pero los requisitos que exige relativos a la identidad de los sujetos hacen complicado su uso por parte de las administraciones públicas.

Otro ámbito sectorial de aplicación de *nudges* no normativos sería la actividad administrativa de fomento (*nudges* de fomento). No es un secreto que los individuos son más propensos a llevar a cabo una acción si existe un incentivo de por medio y que frecuentemente los gobiernos utilizan estímulos económicos para motivar cambios de comportamiento (beneficios fiscales, subvenciones). Las ciencias conductuales proporcionan alternativas de fomento sin necesidad de incentivo económico, y también herramientas para maximizar sus resultados. Por ejemplo, la «*nudge unit*» de Reino Unido realizó un ensayo de control aleatorio en una administración local para probar la efectividad de las loterías como medio para incrementar la tasa de registro en el padrón, que consiguió un 3,3% de incremento cuando el premio fue de 1000 libras y de un 4,2% cuando fue de 5000 libras (BIT, 2018, 26). La lotería es un buen ejemplo de cómo los sorteos con premios pueden aumentar ciertas decisiones de modo más efectivo que las campañas informativas puerta a puerta.

### 3. Según los sujetos: *nudges* públicos y *nudges* privados

El empujoncito en que consiste el *nudge* puede venir de distintos sujetos-actores y tener destinatarios diversos. Hablamos así de *nudges* públicos, cuando quien decide su utilización es una autoridad pública o administración, y de *nudges* privados, cuando se utilizan en el ámbito privado y mercantil.

Pero incluso cuando se trata de *nudges* públicos, no siempre está clara la frontera entre quién decide la conducta deseable que se pretende orientar, si el propio poder público en defensa del interés general, o la sociedad que, a través de mecanismos de participación y presión, orienta al poder público hacia tales o cuales objetivos. Es frecuente que, como ocurre con la publicidad institucional, la autoridad o poder público ponga en marcha una campaña para promover conductas que interesan al sector privado (consumir tal o cual producto). La cuestión clave es la definición y la medida de «lo deseable» que justifica el uso del *nudge*, aunque creo que esta pregunta tiene una respuesta sencilla en nuestro ordenamiento, ya que el diseño de las políticas públicas debe respetar el principio de participación ciudadana y éstos pueden orientar igualmente el camino hacia el interés general (art. 3.1 a) LRJSP).

Evidentemente, el principal destinatario del *nudge* es el ciudadano, pero también pueden dirigir la conducta de las autoridades públicas y órganos



administrativos que toman decisiones con efectos externos, y también de los empleados públicos para mejorar la organización interna (Cuddy, Kohut, Neffinger, 2015 y Velasco Caballero, 2018). Desde esta perspectiva, el análisis conductual nos permite conocer y analizar qué sesgos y errores afectan al legislador y a los órganos administrativos, especialmente colegiados (jurados, tribunales) y poder establecer medidas que neutralicen esos sesgos (*debiasing*) a fin de que tomen decisiones más acertadas (Ponce Solé, 2018).

## V. NUDGES VERDES O AMBIENTALES

Sunstein (2014b) y Hedlin y Sunstein (2016a, 140) confían en el instrumento de los *nudges* para promover la energía verde, reducir las emisiones contaminantes a la atmósfera y, en general, proteger el medio ambiente, a pesar de que las externalidades negativas no pueden evitar la aplicación de normas coercitivas (Ekardt y Wieding, 2016, 12). De sus contribuciones se deduce que para la protección ambiental no hay un *nudge* mejor que otro (Ölander y Thøgersen, 2014, 353): hay que saber adaptarse a los contextos y circunstancias concretas, a través de análisis empíricos. Todas las herramientas conductuales pueden funcionar con éxito en función del objetivo que se pretende conseguir, aunque, en general, el sesgo del *status quo* o nuestra inclinación a la comodidad resultan muy eficaces para promover los objetivos de la protección ambiental. Lo cierto es que hace ya más de veinticinco años que la doctrina alemana se dio cuenta de que en este ámbito sectorial estaba cobrando fuerza una «nueva forma de orientación estatal de comportamiento recogida en recomendaciones, advertencias y llamamientos» reconducibles a la etiqueta de actuación administrativa informal (Shulte, 1993, 113), en la que parcialmente encaja la herramienta del *nudge*. El salto es cualitativo porque supone asumir que las decisiones del ciudadano en temas ambientales no son racionales, sino intuitivas, que adolecen de numerosos sesgos cognitivos y que pueden ser moduladas mediante la arquitectura de las decisiones.

Las evidencias demuestran que el *nudge* de la opción por defecto, en su modalidad de «optar por salir» (*opt-out*), tiene un elevado nivel de compromiso y por eso los gobiernos lo usan para reducir las emisiones contaminantes o para cualquier otro objetivo ambiental. Si el objetivo es proteger el medio ambiente y ahorrar dinero en el proceso, los *nudges* normativos de opción por defecto constituyen una herramienta útil dentro del repertorio regulador, además de las formas clásicas (mandatos, prohibiciones e incentivos económicos), que son necesarios atendiendo a las externalidades ambientales (Sunstein, 2016a, 161). Sin embargo, es preciso conocer que en determinados contextos las políticas de «adhesión automática» son contraproducentes, especialmente cuando están implicadas cuestiones morales, como ocurre en las donaciones de órganos, o

cuando la adhesión forzosa impone mayores gastos a los ciudadanos, como ocurre con las energías limpias cuyo coste económico suele ser más elevado.

Otra opción es dar a los ciudadanos la posibilidad de adoptar una decisión consciente acudiendo a *nudges* educativos o informativos, preferiblemente en su modalidad de elección requerida u obligada (por ejemplo, con ocasión de la realización de ciertos trámites). Gracias a los *nudges* los ciudadanos pueden ser conscientes de las consecuencias ambientales de sus actos (Sunstein y Thaler, 2009, 213). Para la protección ambiental, los individuos suelen hacer lo que consideran correcto en parte porque saben que los demás o la mayoría los verán (*nudge* social), así que es muy conveniente explotar esta vía de influencia, siendo conscientes de sus limitaciones.

### **1. ¿Prohibición o *nudge*? La distribución de bolsas de plástico ligeras en Europa**

El Gobierno español aprobó el Real Decreto 293/2018, de 18 de mayo, sobre reducción del consumo de bolsas de plástico, que traspone al ordenamiento interno la Directiva (UE) 2015/720, por la que los Estados miembros deben adoptar medidas para reducir de forma sostenida el consumo de bolsas de plástico ligeras. La Directiva no impone su prohibición, sino que proporciona un abanico de opciones a los Estados miembros siempre que sean proporcionadas y no discriminatorias, entre las que se incluyen el establecimiento de objetivos nacionales de reducción, la introducción de instrumentos económicos, así como, en su caso, restricciones a su comercialización. Dichas medidas son flexibles dependiendo de la incidencia de las bolsas de plástico ligeras en el medio ambiente, si se valorizan o desechan, de sus propiedades a efectos de durabilidad y otras. En cualquier caso, uno de los objetivos es *«a) la adopción de medidas que garanticen que el nivel de consumo anual no supere las 90 bolsas de plástico ligeras por persona a más tardar el 31 de diciembre de 2019, y 40 bolsas de plástico ligeras por persona a más tardar el 31 de diciembre de 2025»*, así como *«b) la adopción de instrumentos que garanticen que, a más tardar el 31 de diciembre de 2018, no se entreguen gratuitamente bolsas de plástico ligeras en los puntos de venta de mercancías o productos, a menos que se apliquen instrumentos igualmente eficaces»*.

Desde la puesta en marcha del *Plan Nacional Integrado de Residuos 2008-2015* y la vigencia de la Ley 22/2011, de residuos, las administraciones públicas españolas han adoptado diversas medidas para reducir el consumo de este tipo de envases: acuerdos voluntarios con las empresas de distribución, campañas de sensibilización, establecimiento de impuestos, fomento del uso de bolsas permanentes, fijación de un precio, entre otras. El consumo de bolsas de plástico ligeras se ha conseguido reducir prácticamente a la mitad, pasando de 317 bolsas por habitante en 2007 a 144 bolsas por habitante en 2014,

muy lejos aún del objetivo de la UE. El nuevo reglamento de 2018 pretende seguir reforzando estos cambios en las pautas de consumo de las bolsas de plástico. Entre todas las medidas disponibles, la norma ha elegido una solución transitoria: desde el 1 de julio de 2018 se prohíbe la entrega gratuita de bolsas de plástico en los puntos de venta, de modo que los comerciantes cobran un precio por cada bolsa ligera que entreguen al consumidor. A partir del 1 de enero de 2021 la prohibición será absoluta.

En todo caso, la directiva y el reglamento otorgan especial importancia a la información y a las campañas de concienciación sobre las consecuencias negativas para el medio ambiente del consumo excesivo de bolsas de plástico ligeras. Por eso, la norma obliga a todas las administraciones implicadas (Estado, comunidades autónomas y entes locales) a realizar campañas de información y sensibilización sobre el efecto en el medio ambiente derivado del consumo excesivo de bolsas de plástico ligeras (art. 6 del RD). Estamos, en definitiva, ante un campo de acción propicio para el empleo de las herramientas de las ciencias conductuales y el empleo de *nudges*. ¿Identificamos alguno en la norma española?

El cobro de un precio al consumidor por cada bolsa de plástico que reciba en el comercio podría calificarse de *nudge* normativo de opción por defecto, ya que la norma impone al consumidor la solución de no utilizar bolsas de plástico ligeras en el comercio, aunque el consumidor conserva la opción de elegir si quiere que se las entreguen, aunque sabe que le va a costar dinero. Hasta el año 2021, el gobierno no prohibirá la entrega de bolsas de plástico en los comercios, dejando libertad y capacidad de decisión al consumidor: frente a la prohibición, el gobierno ha optado por el «empujón», aunque sea transitoriamente (17).

## 2. Análisis de experimentos

En cualquier caso, no estoy en condiciones de realizar un análisis conductual del derecho ambiental español ni de proponer qué *nudges* resultan

---

(17) Sobre la prohibición se ha suscitado una interesante polémica en Chile, cuando la asociación de industriales del plástico, ASIPLA, presentó un recurso de control previo de constitucionalidad contra el proyecto de ley que prohíbe la entrega de bolsas plásticas de comercio en todo el territorio nacional (boletín n° 9133-12), por considerar que impone «una prohibición en el desarrollo de una actividad económica lícita», con vulneración de los derechos constitucionales a la libertad de empresa, la igualdad ante la ley y no discriminación. A juicio de ASIPLA, «si los principales consumidores de bolsas plásticas (los establecimientos comerciales) dejan de comprar bolsas plásticas, para entregarlas a sus consumidores, la actividad económica de producción y venta de bolsas plásticas deja de existir, o como actividad, se le impone un obstáculo/ impedimento insoslayable». El Tribunal Constitucional de Chile concluye que las medidas contenidas en el proyecto de ley «se encuentran ajustadas a la Constitución Política de la República». Sobre esta polémica véase Cordero (2018).

más apropiados para conseguir uno u otro objetivo de protección ambiental. El objeto de mi trabajo es mucho más modesto: me limitaré a recopilar proyectos de *nudges* ambientales experimentados en otros países, especialmente en EE.UU., por si pudieran ser adaptables a nuestro contexto. ¿Qué aplicaciones concretas tienen los *nudges* en el ámbito del derecho ambiental?

Nótese bien que no todos son *nudges* públicos, es decir, no todos han sido promovidos por el poder público ni han formado parte de alguna política gubernamental. Al contrario, muchos de los ejemplos expuestos parten del sector privado y de la propia industria, ya que una característica del *nudge*, como he dicho, es la dificultad para establecer las fronteras de lo conveniente para la sociedad y para determinar quién debe decidir la conducta deseable que se va a promover.

Sunstein y Thaler (2009, 211) están convencidos de que los objetivos ambientales pueden conseguirse con *nudges* y una mejor arquitectura de las decisiones, a partir de algunos ejemplos y «*posibilidades prometedoras*», aun siendo conscientes de que «*unos suaves nudges pueden parecer ridículamente insuficientes, algo así como capturar a un león con una trampa para ratones*». En el marco de la UE el enfoque tradicional de los problemas ambientales ha sido gravar el comportamiento perjudicial, acudiendo al instrumento fiscal completado por un sistema de límites e intercambio (mercados de derechos de emisión). Y es que en Europa, a diferencia de lo que ocurre en EE.UU., no tenemos tantos problemas para poner en marcha políticas ambientales coercitivas que sean toleradas por los ciudadanos, ni necesitamos buscar medidas tipo *nudge* para encontrar «*formas políticamente más aceptables*» y hacer factible que los políticos se pongan de acuerdo en aplicarlas (Sunstein y Thaler, 2009, 218).

El informe de la OCDE (2017, 108) y el elaborado para el Nordic Council of Ministers (2016), además del trabajo de Sunstein (2018) ofrecen abundantes ejemplos de experimentos y proyectos que han utilizado las herramientas de la ciencia conductual para la protección ambiental, tanto para la reducción de emisiones contaminantes, como para la protección de la naturaleza y la biodiversidad o la reducción de residuos.

— Como ejemplo pionero de *nudge* verde se cita el denominado «*inventario de emisiones tóxicas*» que se puso en marcha en EE.UU. con la Ley de Emergencias y del Derecho a Saber aprobada en 1986, y que se propone adaptar para luchar contra el cambio climático. No olvidemos que EE.UU. desertó hace años del Protocolo de Kyoto. El inventario ha tenido como efecto sorprendente que, sin obligar a ningún cambio de conducta en las empresas, simplemente con medidas informativas, consiguió una reducción considerable de las emisiones a la atmósfera: ninguna empresa quiere figurar en el inventario, da mala publicidad (véase también Sunstein y otros, 2017, 1431).

— Según los estudios de la arquitectura de las decisiones, el uso de contadores inteligentes constituye otro ejemplo de *nudge* ambiental basado en la provisión de *feedback* inmediato (Sunstein, 2014b). En Europa, las autoridades reguladoras de Italia, seguidas de Suecia, Dinamarca y Reino Unido, empezaron a instalar contadores inteligentes en 2000, con datos de consumo en tiempo real. También en España, Endesa los empezó a instalar en 2010, aunque su impacto sobre el ahorro energético de las familias es nulo, como denuncia la Fundación Renovables porque el consumidor no tiene verdadera autonomía ni conoce su consumo eléctrico. En nuestro país, los consumidores no tienen acceso en tiempo real a sus contadores de electricidad; así que harían falta unos buenos *nudges* informativos combinados con otros incentivos para conseguir una mayor eficiencia energética derivada de estas medidas (18).

— Fuera del contexto norteamericano, otro ejemplo de *nudge* ambiental lo puso en marcha la agencia italiana de la energía (AEEGSI) que inició en 2015 un experimento para rediseñar los contenidos de las facturas de gas y electricidad, valorando cuál era la reacción de 300 participantes frente a la información individual sobre su consumo a través de aplicaciones y redes sociales. El experimento demostró que la información sobre el consumo de energía en términos de coste (cuántos euros me va a costar o cuántos euros voy a ahorrar) es más eficaz que en términos de uso ineficiente (cuánta energía gasto).

— Por su parte, la autoridad holandesa para los mercados y los consumidores (ACM) se propuso mejorar la transparencia en los contratos de energía a través de *nudges* informativos y sociales. En primer lugar, consiguió una mayor percepción de la probabilidad de sanciones por parte de la autoridad reguladora, con datos sobre sanciones impuestas a las compañías incumplidoras. En segundo lugar, informando de que las grandes compañías eléctricas cumplen la norma para influir en las pequeñas empresas incumplidoras que tienden a fijarse en lo que hacen las grandes. Los resultados de este experimento fueron satisfactorios.

— El gobierno de Sudáfrica adoptó en 2016 diversas medidas basadas en la economía conductual con el objetivo de promover rutinas más eficientes de consumo energético. El experimento se diseñó en un edificio administrativo de 24 plantas, mediante *nudges* educativos-informativos y sociales que se difundieron a través de medios electrónicos. Se combinaron medidas informativas positivas, del tipo «*recuerda apagar la luz al salir*», con medidas de competición social entre los empleados de las distintas plantas del edificio, comparando los niveles de consumo en los distintos pisos para provocar el interés de los

---

(18) Según datos de ENDESA, los contadores inteligentes superan actualmente los 13 millones de unidades (<https://www.endesaclientes.com/contador-inteligente.html>). El informe de la Fundación Renovables en <https://fundacionrenovables.org>.

empleados. La información no supuso una reducción considerable de energía (apenas el 2%); en cambio, la competición entre pisos consiguió un 14% de reducción del consumo.

— Los gurús de la influencia social también ponen sus herramientas al servicio de la protección de la naturaleza. Sustain y Thaler (2009, 87) citan un estudio que se realizó en el Parque Nacional del Bosque Petrificado en Arizona (EE. UU.) para reducir, en la medida de lo posible, una práctica que amenazaba la existencia misma del parque, y era la manía de los visitantes de llevarse muestras de recuerdo, a pesar de las señales informativas ya existentes que imploran que nadie se lleve fragmentos de rocas. Pues bien, en este experimento se modificó el contenido de las señales. ¿Cómo? Sustituyendo la tradicional señal de información negativa (del tipo: «*Prohibido retirar fragmentos de madera petrificada*») por una información positiva: «*Muchos visitantes se han llevado madera petrificada del parque, lo que ha modificado el estado natural del bosque*». El *nudge* social dio resultado.

— La autoridad ambiental de Costa Rica puso en marcha un proyecto en 2014 con el objetivo de ahorrar agua, consistente en combinar un *nudge* social (comparando los consumos entre hogares y entre barrios) con un *nudge* informativo mediante campañas de sensibilización y orientación de medidas de ahorro dirigidas a los ciudadanos. El *nudge* social se mostró, también aquí, especialmente eficaz, porque consiguió una reducción del consumo de agua entre 3,5 y el 5,6% según los barrios.

— El gobierno de Dinamarca modificó en 2016 las opciones por defecto para reducir el consumo de nuevos electrodomésticos y promover un consumo más sostenible, fomentando la reparación frente a la sustitución y conseguir un aumento del ciclo de vida de los teléfonos móviles. El experimento implicaba a jóvenes entre 14 y 28 años y primero se tantearon sus expectativas y preferencias en torno a la compra de teléfonos de segunda mano. Las conclusiones fueron claras: la mayoría de los jóvenes compran un teléfono móvil nuevo sin averiguar antes si es viable reparar el viejo. Sin embargo, también se llegó a la conclusión de que esos mismos jóvenes (un 87%) estarían dispuestos a reparar el móvil viejo si la opción de reparación se ofreciera en el mismo comercio. La solución, entonces, pasaría por ofrecer esta posibilidad a los consumidores que acuden a comprar un teléfono móvil cuando el viejo se rompe o estropea.

— También la Comisión Europea ha liderado experimentos en distintos países europeos para descubrir cómo la información que se ofrece a los consumidores es capaz de promover elecciones conscientes de productos eficientes (electrodomésticos y automóviles) a través de *nudges* comparativos con información de datos de consumo y emisiones contaminantes. Los ensayos confirman así la interferencia de sesgos cognitivos como el *statu quo* y la inercia del consumidor. En el caso de los coches, mientras el 33% de los participantes

afirman que comprarían un coche eléctrico o híbrido, sólo el 1,9% de ellos lo tienen, y además ha quedado acreditado que el impacto ambiental del coche influye muy poco en la compra, después de otros atributos como el precio, la seguridad o el diseño. Los ensayos de las ciencias del comportamiento nos indican que para concienciar a los consumidores son mucho más efectivas las etiquetas que ofrecen información sobre el ahorro de gasolina o energía (en dinero) que sobre las que informan sobre la reducción de emisiones.

— La agencia italiana de agricultura y alimentación (CHAFAEA), a través de un experimento llevado a cabo entre los visitantes de la Expo de Milán en 2015, demostró igualmente que los consumidores apenas se dejan llevar por criterios ambientales y que se guían por otras razones como el precio, el valor nutricional o los ingredientes del producto que compran en los supermercados.

## VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Cualquier propuesta de análisis conductual del derecho que incluya la integración de *nudges* en las políticas públicas debe estar fundamentada en la experimentación jurídica (Doménech 2004, 146). Porque, y en esto quiero hacer especial hincapié, los *nudges* públicos sólo son eficaces si van acompañados de los correspondientes análisis empíricos que ofrezcan datos suficientes que los justifiquen (BIT 2017, 50). Aunque sea necesaria, no basta con una formulación teórica —como hacemos los académicos—, porque para poner en marcha los conocimientos de las ciencias conductuales hay que estar en condiciones de utilizar el método empírico-analítico basado en la experimentación (Ponce Solé, 2018, 21) y preocuparse más por el trasfondo social de las soluciones dogmáticas (Atienza, 2013, 109). Es inexcusable diseñar experimentos para verificar una determinada hipótesis: en este caso, que el ser humano toma decisiones de una u otra manera y que el *nudge* contribuye a adoptar tales decisiones. La única forma de emplear los hallazgos del análisis conductual para producir un mejor derecho es partir del análisis empírico, superando los sesgos que impiden la innovación de la ciencia jurídica española (Doménech, 2016).

La academia anglosajona, sobre todo norteamericana, y también la israelí, hace tiempo que utilizan esta metodología (Croson y Creich, 2014, 335). Pero en España es inusual que los juristas académicos sepan manejarse en el análisis empírico, a diferencia de lo que hacen las universidades de aquellos países. Las facultades de derecho siguen siendo resistentes a incluir esta metodología en sus grados, bien sea por cuestiones vinculadas con la carrera profesional, bien porque los estudiantes de Derecho «*no tienen ninguna base de estadística y prefieren la seguridad del aprendizaje repetitivo estilo loro que la incertidumbre de tener que pensar y resolver problemas*» (Barragué, 2017).

Es probable que podamos encontrar ejemplos de estas prácticas en las administraciones españolas, sobre todo *nudges* de carácter informativo y publicitario (campañas de fomento de consumo de energías renovables). Sin embargo, no se utilizan conscientemente después de un análisis conductual. Son una suerte de «*nudges*» inconscientes, un *totum revolutum* de medidas heterogéneas que van desde las meramente informativas, a la subvención en sentido técnico-jurídico. El legislador y la administración española están completamente al margen del conocimiento y uso de las ciencias conductuales, que en cambio sí se emplean conscientemente en el sector privado (Ponce Solé, 2018). Frente al *nudge* privado que es ubicuo, el *nudge* público es inconsciente, así que ha llegado el momento de darle visibilidad.

Retomo, para terminar, el escepticismo que mostraba al comienzo de este trabajo hacia la propagación de los *nudges*, que quizás cabría calificar como nueva tendencia jurídica vinculada con la globalización y el impacto del sistema jurídico norteamericano. Como decía, el aterrizaje de los *nudges* en el derecho continental europeo no resulta fácil, ni siquiera necesario, debido a nuestra tradición de Estado social fuertemente intervencionista. Aquí, en una cultura jurídica acostumbrada al «orden y mando», a los servicios públicos y a los monopolios y a las medidas fiscales, difícilmente los *nudges* podrían ser calificados como paternalistas. Además, los experimentos que se han puesto como ejemplo ofrecen una imagen distorsionada de los *nudges* como herramientas algo pueriles, con un impacto limitado y de calibre menor, alejados de los grandes principios jurídicos y de las políticas públicas que preocupan a los gobiernos y legisladores. Sin embargo, aquí radica, a mi juicio, la utilidad del análisis conductual del derecho: en una suerte de «revolución de las pequeñas cosas» susceptible de provocar cambios útiles para avanzar o mejorar en el cumplimiento de la norma y en la eficacia de las políticas públicas. Las herramientas de la ciencia conductual, y entre ellas los *nudges*, sirven para introducir pequeñas reformas, sencillas y factibles, capaces de mejorar las políticas públicas.

Afirma Sunstein (2016a, 59) que la arquitectura de las decisiones es un músculo que se ejercita con entrenamiento. Por eso, los Gobiernos tienen que conocer las herramientas de la ciencia conductual y del *nudging* en sus decisiones estratégicas sobre sostenibilidad (OCDE, 2017, 128). Sobre todo es imprescindible evaluar sus efectos, porque hoy las ciencias del comportamiento permiten desarrollar herramientas para probar lo que funciona y lo que no (Sunstein, 2016b, 123), sin olvidar el análisis coste-beneficio (Sunstein, 2004, 38). Siguiendo el ejemplo de la «*nudge unit*» del Reino Unido, es preciso que los responsables públicos sean capaces de manejar los hallazgos de las ciencias del comportamiento, al menos a un nivel básico, para aplicarlas a sus políticas. Ni los *nudges* ni otras herramientas de la ciencia conductual pretenden resolver por sí solos los problemas de la conservación de la naturaleza y del cambio



climático, pero sí pueden contribuir a ofrecer soluciones adecuadas desde la perspectiva coste-eficiencia y a integrar los necesarios test experimentales en la planificación y validación de las políticas públicas.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ADLER, Matthew, FINKESTEIN, Claire y HUANG, Peter H. (2003): «Preferences and rational choice: new perspectives and legal implications», *University of Pennsylvania Law Review* vol. 151, nº 3, pp. 707-715.
- AKERLOF, George A. y SHILLER, Robert J. (2016): *La economía de la manipulación: cómo caemos como incautos en las trampas del mercado*, edición española, Deusto.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús (2017): «Analogías excesivas: sobre el AED 3.0, la física y la psicología económica», *Almacén de Derecho*, [almacenederecho.org](http://almacenederecho.org).
- AMOEDO SOUTO, Carlos Alberto (2018): «Del nudging a las neurociencias, o el nacimiento del neuroderecho (¿administrativo?)», *Comunicación presentada al Seminario de Teoría y Método*, STEM, Santiago de Compostela, mayo 2018.
- ATIENZA, Manuel (2013): *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Pasos Perdidos, Madrid, especialmente el prólogo, pp. 9-29.
- BARNÉS, Javier (2015): *Transformaciones (científicas) del Derecho Administrativo. Historia y retos del derecho administrativo contemporáneo*, Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo, Global Law Press, Editorial Derecho Global, Sevilla, en <http://es.globallawpress.org>.
- BARRAGUÉ, Borja (2017): *Análisis empírico y conductual del derecho*, Master en Investigación Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid, en <http://uam.academia.edu>.
- BEHAVIOURAL INSIGHTS TEAM, BIT (2011): *Behaviour change and energy use*, 35 pp. en <http://www.cabinetoffice.gov.uk/>.
- (2012): *Applying behavioural insights to reduce fraud, error and debt*, 38 págs., en <http://www.cabinetoffice.gov.uk/>.
- (2017): *Update Report 2016-2017*, 52 pp. en <http://www.cabinetoffice.gov.uk/>.
- (2018): *EAST. Cuatro maneras simples de aplicar las ciencias del comportamiento*, edición en español, 53 págs, en <http://www.cabinetoffice.gov.uk/>.
- BELTRÁN, Ignasi (2017): «Behavioral economics: ¿y si introducimos pequeños empujones (nudges) en el derecho del trabajo?», en <http://ignasibeltran.com>.

- CAMERER, Colin, ISSACHAROFF, Samuel, LÖWENSTEIN, George, O'DONOGUE, Ted y ROBIN, Matthew (2003): «Regulation for conservatives: behavioral economics and the case for asymmetric paternalism», *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 151, pp. 1211-1254, en [https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol151/iss3/](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol151/iss3/).
- CORDERO, Luis (2018): «Dos formas de regular: el empujón o la prohibición, pero no una inconstitucionalidad», *El Mercurio online*, Santiago de Chile, en [www.elmercurio.com](http://www.elmercurio.com).
- CROSON, Rachel y TREICH, Nicolas (2014): «Behavioral Environmental Economics: Promises and Challenges», en *Environmental and Resource Economics*, Springer, European Association of Environmental and Resource Economists, vol. 58(3), pp. 335-351.
- CUDDY, Amy J.C., KOHUT, Matthew y NEFFINGER, John (2015): «Pour être un bon leader, créez du lien», *Harvard Business Review*, juin-juillet 2015, especial dedicado a «*Le pouvoir de l'influence. Comment l'acquérir, l'utiliser, la conserver*».
- DOMÉNECH, Gabriel (2004): «Los experimentos jurídicos», *RAP*, n° 164, pp. 145-187.
- (2016): «Que innoven ellos. Por qué la ciencia jurídica española es tan poco original, creativa e innovadora», *Indret. Revista para el Análisis del Derecho* 2/2016, en [www.indret.com](http://www.indret.com).
- EKARDT, Felix y WIEDING, Jutta (2016) «Nudging and environmental Law. Perspectives and examples», en <https://www.researchgate.net/publication/303413152>.
- GASS, Robert H. y SEITER, John S. (2018): *Persuasion. Social influence and compliance gaining*, 6ª ed., Routledge, New York.
- GOLDIN, Jacob (2017): «Libertarian Quasi-Paternalism», *Missouri Law Review*, vol. 82-3, pp. 669-682, en <http://scholarship.law.missouri.edu/mlr/vol82/iss3/7>.
- HALPERN, David (2015): *Inside the Nudge Unit: how small changes can make a big difference*, Ebury Press, 400 pp.
- HALL, Marissa G. y otros (2018): «Public support for pictorial warnings on cigarette packs: an experimental study of US smokers», *Journal of Behavioural Medicine* n° 41: 398-405, <https://doi.org/10.1007/s10865-018-9910-2>.
- HEDLIN, Simon y SUNSTEIN, Cass R. (2016): «Does active choosing promote green energy use? Experimental evidence», *Ecology Law Quarterly*, vol. 43, Issue 1, pp. 107-142.
- JOHN, Peter, SANDERS, Michael, WANG, Jennifer (2014): «The Use of Descriptive Norms in Public Administration: A Panacea for Improving Citizen

- Behaviours?», en <https://ssrn.com/abstract=2514536> y <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2514536>.
- JOLLS, Christine, SUNSTEIN, Cass R. y THALER, Richard (1998): «A Behavioral Approach to Law and Economics», Faculty Scholarship Series, Paper 1765, en [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1765/](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1765/).
- KAHNEMAN, Daniel (2011): *Pensar rápido, pensar despacio*, Debolsillo, reimpresión mayo 2017, 666 pp.
- KUENZLER, Adrian y KYSAR, Douglas A. (2014): «Environmental Law», ob. col. E. Zamir y D. Teichman, eds, *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University Press, pp. 748-782.
- LAKOFF, George (2004): *No pienses en un elefante. Lenguaje y debate político*, Universidad Complutense.
- LAMBERT, Thomas A. (2017): «From Gadfly to Nudge: The genesis of libertarian paternalism», *Missouri Law Review*, vol. 82, Issue 3, pp. 623-642.
- LOVALLO, Dan, CLARKE, Carmina y COURTNEY, Hugh (2015): «De l'art de décider», *Harvard Business Review*, février-mars 2015.
- MONROY, Daniel A. (2017): «Nudges y decisiones inconscientes: sesgo de *status quo* y políticas públicas en Colombia», *Desafíos*, 29-I, pp. 211-247.
- MOREU CARBONELL, Elisa (2005): *La Administración anunciante. Régimen jurídico de la publicidad institucional*, Aranzadi.
- (2016): «Nuestro lenguaje», ponencia presentada en el *Seminario de Teoría y Metodología del Derecho Público*, STEM, Universidad de Zaragoza.
- NORDIC COUNCIL OF MINISTERS (2016): «Nudging and pro-environmental behaviour» TemaNord 2016:553, en <https://norden.diva-portal.org/>
- OCDE (2017): *Behavioural insights and public policy. Lessons from around the world*, OECD publishing, Paris, en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264270480-en>.
- ÖLANDER, Folke y THØGERSEN, John (2014). «Informing Versus Nudging in Environmental Policy», *Journal of Consumer Policy*, vol. 37, pp. 341-356.
- PONCE SOLÉ, Juli (2015): «La negociación de reglamentos tributarios», *Revista Quincena Fiscal* n° 1/2015, Aranzadi.
- (2018): «Derecho administrativo, nudging y ciencias del comportamiento: neurociencia, psicología y economía. ¿Es posible y útil la transdisciplinariedad bien realizada?», ponencia presentada en el *Seminario de Teoría y Metodología del Derecho Público*, STEM, Universidad de Santiago de Compostela.
- REHM, Rebekka (2015): «Verhaltensforscher im Kanzleramt. Nicht nur wirksam, sondern auch transparent regieren», *Institut für Wirtschaftspolitik an der Universität zu Köln* n° 11/2015.

- REBONATO, Riccardo (2013): «A Critical Assessment of Libertarian Paternalism», en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2346212>.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo (2012): *La necesaria innovación en las instituciones administrativas. Organización, procedimiento, función pública, contratos administrativos y regulación*, INAP.
- ROWELL, Arden (2017): «Once and Future Nudges», *Missouri Law Review* vol. 82, pp. 709-726.
- SÁNCHEZ-GRAELLS, Albert (2016): «Economic analysis of Law, or economically-informed legal research», ob. col. Dawn WATKINS y Mandy BURTON (eds), *Research Methods in Law*, Routledge, en <https://ssrn.com/abstract=2798193>.
- SHAFFER, Victoria A. (2017): «Nudges for health policy: effectiveness and limitations», *Missouri Law Review*, vol. 82, Issue 3, pp. 727-736.
- SHULTE, Martin (1993): «Actuación administrativa informal como instrumento de protección estatal del medio ambiente y de la salud», *Documentación Administrativa* n° 235-236, pp. 113-133.
- SMEDDINCK, Ulrich (2016): «Innovative Ansätze im Umweltrecht – Standortauswahlgesetz und Nudge-Ansatz: rechtswissenschaftliche Forschung zu Emotionen und Verhalten als Perspektive», ob. col. Hoffmann-Riem, Wolfgang, dir. *Innovationen im Recht, Schriften zur rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung*, n° 11, Nomos, pp. 401-438.
- SOCIAL AND BEHAVIORAL SCIENCES TEAM, SBST (2016): *Annual report*, en <https://sbst.gov>.
- SUNSTEIN, Cass R. (2004): «Cost-benefit analysis and the environment», en *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper* N. 227, pp. 1-38.
- (2014a): «Nudging: a very short guide», *Consumer Pol'y* 583, en <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:16205305>.
  - (2014b): «Automatically Green: Behavioral Economics and Environmental Protection», *Harvard Environmental Law Review*, vol. 38, No. 1.
  - (2016a): *The ethics of influence. Government in the age of behavioral science*, Cambridge University Press, 224 pp.
  - (2016b): «People prefer system 2 nudges (kind of)», *Duke Law Journal*, vol. 66, 121-168.
  - (2017a): *Paternalismo libertario: ¿por qué un empujoncito?*, Herder Pensamiento, edición a cargo de Manuel Cruz.
  - (2017b): «Changing climate change 2009-2016», en <https://www.ssrn.com/abstract=2927812>.
  - (2017c): «Keynote: forcing people to choose is paternalistic», *Missouri Law Review*, vol. 82, issue 3, pp. 643-667.

- (2018): «Changing climate change, 2009-2016», *Harvard Environmental Law Review*, vol. 42, pp. 231-285.
- SUNSTEIN, Cass R. y THALER, Richard H. (2009): *Un pequeño empujón. El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*, Taurus.
- SUNSTEIN, Cass R. y otros (2017): «How People Update Beliefs about Climate Change: Good News and Bad News», *Cornell Law Review* vol. 102, pp. 1431-1443, en <https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol102/iss6/1>.
- THALER, Richard H. (2000): «Del homo economicus al homo sapiens», traducción del original en inglés publicado en *Journal of Economics Perspectives*, n° 14, en *Themis. Revista de Derecho*, n° 58, Pontificia Universidad Católica de Perú, pp. 299-306, en <http://revistas.pucp.edu.pe>.
- (2005): *Misbehaving: The Making of Behavioral Economics*, Penguin.
- ULÉN, Thomas S. (2014): «La importancia del derecho conductual», traducción del original en inglés, ob. col. E. Zamir y D. Teichman, eds, *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University Press, pp. 93-124, disponible en [http://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n3/TeoriaDerecho\\_02.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n3/TeoriaDerecho_02.pdf)
- ULLMANN-MARGALIT, Edna (2017): *Normal rationality: decisions and social order*, Oxford University Press.
- VELASCO CABALLERO, Francisco (2018): «Nudges y Derecho administrativo», en <https://franciscovelascoballeroblog.wordpress.com>.
- ZIMMERMANN, Sarah (2016): «¿Incentivo o manipulación?», *Mente y Cerebro* n° 78, pp. 17-23 en <https://www.investigacionyciencia.es/revistas/mente-y-cerebro/numeros>.



# ENTIDADES DE CRÉDITO Y MEDIO AMBIENTE: INTRODUCCIÓN Y FOMENTO DE CRITERIOS DE SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL EN EL SECTOR FINANCIERO

JAVIER ESTEBAN RÍOS

*SUMARIO: I. EL PAPEL DEL SECTOR FINANCIERO EN LA SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL. UNA PREOCUPACIÓN NO TAN NOVEDOSA.– II. LAS ENTIDADES DE CRÉDITO COMO SUJETOS PRIVILEGIADOS PARA LA PROMOCIÓN DE LAS FINANZAS SOSTENIBLES.– III. ALGUNAS EXPERIENCIAS EN LA MATERIA.– IV. LA IMPLICACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS PLANES.– V. LAS POSIBLES MEDIDAS A APLICAR SOBRE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO PARA FOMENTAR UNA FINANCIACIÓN SOSTENIBLE: 1. Actuaciones relacionadas con la información disponible: A) La importancia de la información. B) Hacia una clasificación o taxonomía de las actividades sostenibles. C) El etiquetado de los productos financieros sostenibles y la utilización de índices ambientales. D) La consideración de parámetros de sostenibilidad en los estudios de mercado, las calificaciones crediticias y el asesoramiento a la clientela. E) El suministro de información al mercado, con vistas a que este ejerza su disciplina. 2 La incidencia de los criterios ambientales en el perfil de riesgo y la realización de test de estrés ambientales: A) La influencia de elementos medioambientales en el riesgo. B) La imposición de pruebas de resistencia. 3 Limitaciones a las grandes exposiciones. 4 Medidas con incidencia directa sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito: A) Las exigencias de solvencia de las entidades de crédito. B) Medidas a aplicar en materia de solvencia y eventuales limitaciones.– VI. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN.– VII. BIBLIOGRAFÍA.*

*RESUMEN:* El aumento de la preocupación por la incidencia del actuar humano en el medio ambiente es innegable. En este sentido, es determinante la importancia del papel que pueda desempeñar el sistema financiero, como encargado de la canalización de los recursos hacia las inversiones ambientalmente sostenibles. Dentro de este sector financiero la banca tendrá, en particular, un rol central en lo que a la implementación del desarrollo sostenible se refiere, tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo. En cualquier caso, en la práctica, se ha observado como las entidades de crédito no estarían llevando a cabo, de forma generalizada, prácticas financieras sostenibles. Para poner fin a esta situación, y lograr la introducción de criterios de sostenibilidad ambiental en los procesos de toma de decisiones de financiación, las políticas a implementar serían de lo más diverso, identificándose distintos grados de intensidad de la intervención pública sobre la libertad de las entidades de crédito (elaboración de un marco homogéneo de clasificación de actividades, obligaciones de remisión de información, medición de los riesgos, realización pruebas de resistencia, imposición de limitaciones a las exposiciones

en actividades no sostenibles o requisitos prudenciales específicos). Sean cuales fueren las alternativas regulatorias escogidas, y para su elección, deberá llevarse a cabo una cuidadosa ponderación de los bienes en conflicto, respetando la naturaleza del modelo prudencial vigente, centrado en el riesgo, y evitando incidencias en la credibilidad de un sistema basado en la confianza y, por tanto, muy sensible al cambio.

*Palabras clave:* finanzas sostenibles; banca sostenible; supervisión bancaria; entidades de crédito; finanzas verdes; medio ambiente; Unión Europea; cambio climático; riesgos medioambientales; desarrollo sostenible.

*ABSTRACT:* Nowadays, there is an undeniable growing concern about the impact of human activities on the environment. In this sense, the financial system can play a crucial role as responsible for the channeling of resources towards sustainable investments. Within the financial sector, banking institutions have, in particular, a central role in the implementation of sustainable development, from both a quantitative and qualitative point of view. Nevertheless, in practice, it has been observed that credit institutions are not conducting generalized sustainable practices. In order to change this situation, achieving the introduction of environmental criteria in the financial decision-making processes, there are diverse policies that could be enforced and which would involve different degrees of public intervention in the freedom of credit institutions (build up an activity classification framework, impose reporting obligations, measure environmental risks, conduct stress test, set limits to large exposures in non-sustainable activities or specific prudential requirements). Whatever the regulatory option was, a careful weighing of public and private interests involved must be carried out. This judgment should respect the nature of the prudential model in force, which is risk-based, and should avoid impacts on the credibility of a trust-based system, which is, therefore, very sensitive to changes.

*Key words:* sustainable finance; sustainable banking; banking supervision; credit institutions; green finance; environment; European Union; climate change; environmental risks; sustainable development.

## **I. EL PAPEL DEL SECTOR FINANCIERO EN LA SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL. UNA PREOCUPACIÓN NO TAN NOVEDOSA**

El aumento de la preocupación por la incidencia del actuar humano en el medio ambiente es innegable. En este sentido, en los últimos años, la comunidad internacional ha optado por renovar y reforzar la apuesta por un desarrollo y una economía más sostenibles, a través de la adopción del Acuerdo de París sobre Cambio Climático (1) y de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (2).

---

(1) Me refiero al Acuerdo de París sobre Cambio Climático, alcanzado el 12 de diciembre de 2015. Para una aproximación al mismo y al estado de su ratificación, se recomienda la consulta del siguiente enlace: <https://unfccc.int/process/the-paris-agreement/the-paris-agreement>.

(2) La Agenda 2030 de las Naciones Unidas, y los 17 objetivos a alcanzar, se contienen en la Resolución 70/1, aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015:



El pretendido avance hacia una economía hipocarbónica, y la necesaria adaptación del modelo productivo vigente, tienen derivadas en los más diversos ámbitos, también en el financiero. En este sentido, es innegable la importancia del papel que pueda desempeñar el sistema financiero, como encargado de la canalización de los recursos hacia las distintas inversiones. Así, la introducción de criterios de sostenibilidad ambiental en los procesos de toma de decisiones de financiación podría servir para orientar los fondos hacia alternativas con un menor impacto sobre el medio ambiente.

La relevancia del sistema financiero no radica, por lo tanto, en la incidencia directa de sus actividades sobre el entorno, pues el volumen de emisiones y consumo de recursos naturales del mismo puede considerarse relativamente bajo (3). Al contrario, el principal impacto medioambiental de los intermediarios financieros es de tipo indirecto, relacionado con las actividades económicas que desarrollan los receptores de los fondos canalizados.

Esta conexión entre sistema financiero y medio ambiente no es, sin embargo, una realidad tan novedosa. Existen diversos estudios que han puesto de manifiesto los estrechos vínculos que unen sistema financiero y medio ambiente, subrayando la necesidad de incorporar y valorar criterios ambientales a la hora de escoger entre alternativas de negocio (4).

Sobre el particular, además, se considera que, desde una perspectiva macroeconómica, los costes asociados a la implementación de medidas para mitigar el cambio climático se incrementan de forma exponencial cuanto mayor sea la demora en la actuación (5). Así, se estima que, entre los años 2000 y 2016, el número anual de catástrofes anuales vinculadas al clima creció un 46% (6), suponiendo las pérdidas económicas debidas a condiciones meteorológicas extremas unos 117.000 millones de euros en 2016 (7).

---

Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Documento accesible desde: [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&referer=/english/&Lang=S](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&referer=/english/&Lang=S).

(3) El consumo de energía, agua o papel por el sector financiero, así como la generación de emisiones y residuos, aunque importantes, pueden considerarse relativamente bajos, de acuerdo con BOUMA y JEUCKEN (1999: p. 26). Y ello especialmente si se compara dicho sector con otros, como el de la alimentación, en los que las externalidades ambientales negativas superan el valor añadido generado, de acuerdo con el Informe de KPMG (2012: p. 57).

(4) Destacan los ya clásicos trabajos de BLACCONIERE y PATTEN (1993: p. 112-125); HAMILTON (1995: p. 28-37) o JEUCKEN (2001).

Para una aproximación más reciente a la problemática, se recomienda la consulta de CHAMOCHÍN (2017); GREGORIQUO y RAMIAH (2015) o REXHEPI (2016: p. 35-49).

(5) Sobre esta necesidad de actuar de forma temprana, PANEL INTERGUBERNAMENTAL DEL CAMBIO CLIMÁTICO (IPCC) (2014: p. 15) o STERN (2015).

(6) De acuerdo con AMANN, AYEB-KARLSSON, BELESOVA, BOULEY, WATTS, et al. (2017: p. 587).

(7) Estimación de AMANN, AYEB-KARLSSON, BELESOVA, BOULEY, WATTS, et al. (2017: p. 615)

Pese a ello, en el ámbito microeconómico, se observa como los operadores, en términos generales, no desarrollan políticas concretas, por cuanto los mismos no han de asumir individualmente las externalidades ambientales negativas que su actuar genera (8).

## **II. LAS ENTIDADES DE CRÉDITO COMO SUJETOS PRIVILEGIADOS PARA LA PROMOCIÓN DE LAS FINANZAS SOSTENIBLES**

La alusión realizada a la importancia del papel desempeñado por el sistema financiero, a la hora de enfrentar los problemas que plantea la adaptación hacia un modelo económico más sostenible, se ha planteado en términos ciertamente amplios. Es por ello que, a efectos del análisis a desarrollar, tendrá lugar una relevante concreción del objeto de estudio.

Dentro del complejo sistema financiero pueden localizarse los más diversos agentes, en atención a su tipo de negocio, su estructura, su naturaleza o su regulación. Sin embargo, de entre todos ellos, va a ponerse el foco sobre las entidades de crédito, como sujetos que monopolizan la relevante actividad de captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito u otros fondos reembolsables procedentes de particulares (9).

Esta referencia a las entidades de crédito obedece a su papel fundamental en la concesión de financiación, tanto a través de préstamos y créditos a favor de los particulares, como mediante la aportación de capitales para grandes operaciones de inversión a medio y largo plazo (10). A su vez, y por un simple elemento de proximidad, se optará por observar el papel de las entidades de crédito puesto que las mismas son más relevantes en la UE y la zona euro que en el ámbito de otras jurisdicciones. Y ello, dado el predominio de la financiación bancaria en el volumen total de financiación, rondando el 50% en la eurozona frente a una cuarta parte en EE.UU. (11).

---

(8) SCHOENMAKER y VAN TILBURG (2016: p. 319).

(9) La reserva de actividad a favor de los sujetos autorizados como entidades de crédito, con la paralela prohibición de realización de actividades de intermediación crediticia a sujetos no autorizados, se contiene tanto en el artículo 9.1 de la Directiva 2013/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, como, en el caso español, en los artículos 3.1 y 3.3 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

(10) La relevancia del papel de las entidades de crédito, y en particular de la banca, en las actividades de financiación se pone de manifiesto, por ejemplo, en EHLERS (2014: p. 12-13) o en el documento HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON SUSTAINABLE FINANCE SECRETARIAT (2018: p. 47).

(11) De acuerdo con el Boletín Económico número 5/2016 del Banco Central Europeo, p. 34. Para el periodo 2002-2016 la financiación bancaria de las sociedades no financieras

La banca tendrá, por tanto, un rol central en lo que a la implementación del desarrollo sostenible se refiere, tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo (12). El gran volumen de fondos manejados, la pluralidad de líneas de negocio e instrumentos financieros empleados, la experiencia del sector en el análisis y evaluación de los distintos riesgos y las labores de asesoría prestadas a inversores y receptores de fondos, apuntalan el protagonismo de las entidades de crédito (13).

Además de ser un relevante vector para el cambio, las entidades de crédito tendrían un genuino interés en la financiación de actividades sostenibles, puesto que gran parte de sus activos se hallan expuestos a los diversos riesgos relacionados con el cambio climático (14). Pese a que sea particularmente complejo valorar la incidencia de este tipo de riesgos, habría de prestarse especial atención a los posibles efectos perniciosos que los mismos pudieran tener tanto en las posiciones y operativa de los bancos europeos, como en la estabilidad financiera (15).

De hecho, ciertos problemas ambientales, como el colapso de ecosistemas y la pérdida de biodiversidad, los desastres naturales, el fracaso en la adaptación al cambio climático o la escasez de agua, aparecen en el decálogo de principales riesgos mundiales que elabora el Foro Económico Mundial de Davos (16).

En cualquier caso, en la práctica y en su conjunto, las entidades de crédito no estarían llevando a cabo, de forma generalizada, prácticas financieras

---

de la zona euro supuso un 50% del total de financiación, mientras que para EE.UU. esta cifra se situó en torno al 25%. Esta diferencia se ha reducido respecto del periodo previo a la crisis, 2002-2008, cuando los valores de financiación bancaria eran aproximadamente del 70% para la eurozona y del 40% para EE.UU. (accesible desde: <http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesBCE/BoletinEconomicoBCE/2016/Fich/bebce1605.pdf>).

(12) La relevancia cuantitativa y cualitativa de la banca en materia de sostenibilidad ambiental se sostiene por BOUMA y JEUCKEN (1999: p. 23).

(13) Este determinante papel de la banca, en relación con la adopción de políticas de crecimiento sostenible, y la importancia de tener en cuenta los riesgos ambientales por las entidades de crédito, se ha abordado, entre otros, por BOUMA, JEUCKEN y KUNKERS (2000); GOEL, NATH y NAYAK (2014: p. 45-62); BOUMA y JEUCKEN (1999); OYEGUNLE y WEBER (2015); UNIVERSITY OF CAMBRIDGE/UNEP FINANCE INITIATIVE (2014) o WEBER (2012).

(14) En este sentido, se estima que, en la eurozona, las exposiciones en sectores sensibles a las políticas medioambientales se encontrarían entre el 40 y el 54% del total, de acuerdo con BATTISTON; MANDEL; MONASTEROLO; SCHUETZE y VISENTIN (2016: p. 2).

(15) Los riesgos para la estabilidad financiera de los cambios medioambientales han sido señalados por el supervisor macroprudencial de la Unión Europea, en el documento ADVISORY SCIENTIFIC COMMITTEE OF THE EUROPEAN SYSTEMIC RISK BOARD (2018).

(16) Me refiero al decálogo contenido en el FORO ECONÓMICO MUNDIAL (2018).

sostenibles (17). Y ello porque dichas entidades se centrarían en la obtención de rentabilidad a corto plazo, requiriéndose un enfoque largoplacista para las inversiones que tienen en cuenta la incidencia medioambiental, pues las mismas suelen tener tasas de retorno inmediatas más bajas (18).

### III. ALGUNAS EXPERIENCIAS EN LA MATERIA

Como ya se ha referido, no nos encontramos ante una problemática totalmente novedosa, aunque, contra lo que pudiera parecer, no son los países occidentales los que han tomado la iniciativa en la implementación de políticas concretas.

Antes al contrario, los ejemplos más relevantes de regulación orientada al alcance de unas finanzas y una banca sostenibles se localizan en Estados que no se ubican entre los más desarrollados. A pesar de que los países desarrollados fueron los primeros en plantear este tipo de cuestiones, los mismos se han centrado en la aplicación de principios y mecanismos no obligatorios (19). Han sido, por tanto, otros Estados los que han procedido a emplear medidas ambientales de mayor calado, probablemente movidos por una mayor dependencia directa de los recursos naturales y por una mayor exposición a los riesgos que se ciernen sobre los mismos (20).

En este sentido, es determinante el papel de la Red de Banca Sostenible (más conocida como SBN, por las siglas en inglés de «Sustainable Banking Network»). La misma es una plataforma que, auspiciada por la Corporación Financiera Internacional (IFC) del Banco Mundial, se integra por las agencias reguladoras y asociaciones bancarias de 31 mercados emergentes. El principal objetivo de esta Red de Banca Sostenible, creada en 2012, es el desarrollo de las finanzas y préstamos sostenibles, considerando los elementos medioambientales y sociales presentes, todo ello a través de la puesta en común de iniciativas y la asistencia mutua.

El hecho es que, en el seno de esta organización, al menos 15 Estados han procedido a la aplicación de políticas nacionales concretas orientadas al fomento de una banca más sostenible, bien sean medidas de tipo vinculante,

---

(17) Sobre el grado de concienciación de las entidades de crédito, recurriendo a diversos estudios y ejemplos internacionales, se recomienda la lectura de MARQUÉS SEVILLANO y ROMO GONZÁLEZ (2018: pp. 126-127).

(18) A los problemas de enfoque de corto y largo plazo se refieren, en el apartado de su trabajo relativo al papel de la banca, SCHMIDHEINY y ZORRAQUÍN (1996: pp. 99-116).

(19) Se refiere a esta situación BISWAS (2011: p. 8).

(20) Sobre ejemplos aplicativos concretos de políticas financieras y bancarias ambientales en Estados en desarrollo se recomienda la lectura del documento SUSTAINABLE BANKING NETWORK (2017).

guías, principios o metas a alcanzar (21). A modo de ejemplos, por su particular peso específico en el escenario mundial, se hará una breve referencia a la situación de Brasil y de China.

Por lo que se refiere a Brasil, existe una combinación entre medidas de aplicación voluntaria y directamente vinculantes (22). Así, además de defenderse una orientación sostenible en sede de principios, se ha exigido la evaluación de las exposiciones a los riesgos sociales y ambientales, atendiendo a las consecuencias que estos riesgos pudieran tener en el capital regulatorio. Asimismo, las entidades bancarias deberán hacer pública determinada información acerca de este tipo de riesgos, a los efectos de que el mercado ejerza la oportuna disciplina.

En cuanto a la situación de China, el enfoque ha pasado por promover herramientas para la correcta identificación y definición de los préstamos que pueden considerarse verdes, clasificando distintas industrias susceptibles de calificarse como sostenibles, a los efectos de que las entidades bancarias puedan canalizar financiación hacia las mismas (23). Al mismo tiempo, se ha creado un instrumento para el cálculo de los beneficios medioambientales de este tipo de préstamos verdes, recogiendo los ahorros en términos de emisiones de CO<sub>2</sub>, contaminación y uso de agua.

Al margen de este tipo de iniciativas, dirigidas por los reguladores y supervisores de distintos Estados, podemos encontrar actuaciones llevadas a cabo por las propias entidades o por otros sujetos. Así, por ejemplo, las agencias de calificación crediticia avanzan poco a poco en la introducción, en sus métodos de evaluación, de factores de riesgo medioambiental (24).

Destacar, también, por su relevante alcance, la adopción, por parte de 94 entidades de crédito de 37 países, de una serie de principios, los Principios del Ecuador (25). Estos principios tienen por objeto servir de marco común y referencia

---

(21) Así, Bangladesh, Brasil, China, Colombia, Ecuador, Indonesia, Kenia, Marruecos, México, Mongolia, Nigeria, Perú, Sudáfrica, Turquía y Vietnam, de acuerdo con SUSTANAIBLE BANKING NETWORK (2017: p. 4).

(22) Situación de Brasil, a partir de la aprobación de la Circular 3.547, de 7 de julio de 2011, del Banco Central do Brasil, que establece los procedimientos y parámetros relativos al Proceso Interno de Evaluación de la Adecuación del Capital, analizada por SUSTANAIBLE BANKING NETWORK (2017: p. 6).

(23) A la orientación de China en la materia, con un camino que se inicia en 2006, se refieren AIZAWA y CHAOFEI (2010: pp. 119-144); JIN y MENGQI (2011: pp. 1979-1986) o SUSTANAIBLE BANKING NETWORK (2017: p. 7-8).

(24) Así, por ejemplo, Standard & Poor's (S&P), en su documento STANDARD & POOR'S (2014).

(25) Se trata los Principios del Ecuador, para cuya consulta me remito al documento ENTIDADES FINANCIERAS DE LOS PRINCIPIOS DEL ECUADOR (EPFI) (2013). Por lo que respecta a España, al menos ocho entidades se encuentran adheridas a estos Principios del Ecuador: Banco Santander, Popular, Sabadell, Bankinter, Bankia, Caixabank, Instituto de Crédito Oficial y BBVA.

a las entidades adheridas, para la introducción de criterios ambientales y sociales en las políticas, normas y procedimientos internos de asesoramiento y financiación de proyectos. En particular, el grado de diligencia, la información a requerir, y los procedimientos a emplear por las entidades de crédito, variarán según sea el nivel de riesgo e impacto ambiental y social del proyecto a financiar (26).

#### IV. LA IMPLICACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS PLANES

A continuación, se hará referencia a la situación vigente en el ámbito de la Unión Europea, así como a los cambios y propuestas planteadas. Sobre este particular, la situación de letargo institucional en la que se encontraban los reguladores de la Unión se ha visto alterada en los últimos tiempos.

El cumplimiento de los objetivos ambientales comprometidos por la Unión, particularmente en términos de emisiones, requiere de unas exigentes inversiones, que se han estimado en unos 180.000 millones de euros anuales hasta 2030 en los sectores de generación de energía renovable, transporte bajo en emisiones o construcciones eficientes energéticamente, entre otros (27). Estas cuantiosas inversiones no pueden cubrirse únicamente por el sector público, por muy relevantes que sean los esfuerzos en dicho sentido, como en el caso de los 250.000 millones de euros movilizados por el Fondo Europeo para Inversiones Estratégicas (FEIE), de los que aproximadamente un tercio se habrían destinado a sectores ambientalmente sostenibles (28).

Es por ello que, para alcanzar las cifras de financiación necesarias se requerirá, además de la señalada aportación de fondos públicos, la movilización de capitales privados. A partir de esta premisa las instituciones de la Unión pasarían a la acción.

En la búsqueda de las vías para conseguir esta contribución del sector privado, la Comisión Europea constituiría, a finales de 2016, un Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Finanzas Sostenibles que, en enero de 2018, presentaría su informe final acerca de la estrategia que debería seguir la UE para aproximarse a un sector financiero sostenible (29). Dicho informe final

---

(26) En este sentido, el Principio Número 1, «Revisión y categorización», distingue entre tres categorías de proyectos (A, B y C), según sea el nivel de impacto ambiental y social de los mismos.

(27) Cifra obtenida del informe del HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON SUSTAINABLE FINANCE SECRETARIAT (2018: p. 2).

(28) La aportación del Fondo Europeo para Inversiones Estratégicas (FEIE), y su ampliación hasta el 2020, se señalan en el informe del HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON SUSTAINABLE FINANCE SECRETARIAT (2018: p. 2).

(29) Se trata del informe ya referido, presentado el 31 de enero de 2018, HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON SUSTAINABLE FINANCE SECRETARIAT (2018).

viene a recoger una serie de recomendaciones, abogando por la incorporación urgente de factores ambientales en la toma de decisiones de inversión, en aras de incrementar la contribución del sistema financiero al crecimiento sostenible.

A partir del referido informe, y con apoyo en las dimensiones social y ambiental de las políticas de la Unión Europea (30), la Comisión presentaría en marzo de 2018 un Plan de Acción para financiar el desarrollo sostenible, en el que ya pueden localizarse medidas concretas a aplicar (31).

Este plan de acción contiene tanto acciones de tipo legislativo, nuevas o adaptación de otras ya existentes, como otras de tipo no legislativo, acompañándose un calendario y secuenciación de las principales medidas a implementar (32). Dichas acciones, en suma, pretenden la reorientación de fondos hacia inversiones sostenibles, la toma en consideración de los riesgos derivados del cambio climático y el fomento de una mayor transparencia en el ámbito financiero (33).

A su vez, en el ámbito de la gobernanza, se han planteado cambios y adaptaciones para reforzar el marco regulatorio y supervisor, a través de la intervención de las Autoridades Europeas de Supervisión, en particular de la Autoridad Bancaria Europea (34). En este sentido, se recomienda una ampliación del mandato de estas agencias, incluyendo elementos de sostenibilidad, una actualización del Código Normativo Único para abordar tales elementos y una extensión de los riesgos a contemplar, abarcando los relacionados con el cambio climático y otros riesgos a largo plazo (35).

La Comisión Europea ha ido todavía más allá, planteando, a largo plazo, una estructura de gobernanza estable, de carácter público-privado, y en la que se integrarían expertos, participantes en el mercado y organismos públicos, como las referidas Autoridades Europeas de Supervisión, la Agencia

---

(30) Así, por ejemplo, los artículos 3.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

(31) Se trata del documento de 8 de marzo de 2018 de la COMISIÓN EUROPEA (2018).

(32) El minucioso calendario con las medidas a aprobar se contiene en el Anexo II de la Comunicación de la COMISIÓN EUROPEA (2018).

(33) Un corolario de los objetivos de la Comisión Europea puede observarse en COMISIÓN EUROPEA (2018: p. 2).

(34) Estas Autoridades Europeas de Supervisión (AES) son agencias independientes de la Unión Europea, que tienen por fin principal la armonización de la regulación y supervisión prudencial a nivel de toda la Unión, en aras de alcanzar un Código Normativo Único (conocido como «Single Rulebook»). Actualmente existen tres AES, con competencias en materia de entidades de crédito (Autoridad Bancaria Europea), mercados de valores (Autoridad Europea de Valores y Mercados) y seguros (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación).

(35) En este sentido, se ha pronunciado HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON SUSTAINABLE FINANCE SECRETARIAT (2018: p. 41-43). Las orientaciones del Grupo de Expertos serían recogidas por la Comisión en COMISIÓN EUROPEA (2018: p. 14).

Europea de Medio Ambiente (AEMA), el Banco Europeo de Inversiones (BEI) o Eurostat (36).

## **V. LAS POSIBLES MEDIDAS A APLICAR SOBRE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO PARA FOMENTAR UNA FINANCIACIÓN SOSTENIBLE**

Como se ha adelantado, el sector bancario se encuentra en una situación privilegiada para la promoción de actividades económicas sostenibles y, al mismo tiempo, es uno de los más expuestos a los riesgos derivados de los cambios que pudieran acontecer en el medio ambiente. La conjunción de ambas circunstancias otorga una importancia capital a las entidades de crédito, lo que conlleva que el análisis que se realice a continuación vaya a centrarse en este tipo entidades.

Dichas entidades de crédito han ido paulatinamente tomando conciencia acerca de la relevancia ambiental de su actuar y de los riesgos a los que se enfrentan, lo que ha llevado a la aplicación voluntaria de ciertas medidas a iniciativa de los propios operadores (37). Sin embargo, el marco regulatorio y los supervisores no han desarrollado, particularmente por lo que se refiere al ámbito de la Unión Europea, una política específica en la materia, que permitiera subsanar las limitaciones de un modelo basado en el espontáneo voluntarismo del sector (38).

Ya se ha afirmado que la situación ha dado un vuelco, existiendo una preocupación a nivel de la Unión, preocupación que ha de materializarse en una serie de medidas específicas y concretas. El debate ahora no se centra en determinar si es conveniente, o no, actuar, sino en cómo ha de articularse la oportuna actuación sobre el sector bancario.

En este sentido, las políticas a implementar serían de lo más diverso, identificándose distintos grados de intensidad de la intervención pública sobre la libertad de las entidades de crédito (39).

De este modo, por ejemplo, podría habilitarse un marco homogéneo de identificación y medición de los riesgos con vistas a clasificar los activos,

---

(36) De acuerdo con COMISIÓN EUROPEA (2018: p. 14).

(37) A esta conclusión llegan ACHETA y WEBER (2014: p. 5) o NIETO (2017: p. 13).

(38) A la inacción de los poderes públicos se refiere UNIVERSITY OF CAMBRIDGE/UNEP FINANCE INITIATIVE (2014: p. 7).

(39) Me refiero a medidas específicamente destinadas a las entidades de crédito, al margen de otras políticas de carácter general que pudieran aplicarse, como podrían ser la fijación de tasas a las emisiones, para tratar de dar precio a las externalidades negativas, o el fomento de alternativas sostenibles, principalmente a través de técnicas subvencionales.



según fuera el grado de incidencia de tales riesgos en los mismos, y a permitir su correcta valoración. Asimismo, sería posible arbitrar obligaciones de publicidad y de remisión general de información, acerca de las posiciones de las entidades de crédito en activos expuestos a riesgo medioambiental, a los efectos de que operara una debida disciplina de mercado.

De igual manera, podrían plantearse pruebas de resistencia, que analizaran las consecuencias de la concurrencia de diversos factores ambientales sobre los balances y resultados de las entidades de crédito. Por último, cabría prever limitaciones a las exposiciones en las actividades menos sostenibles o requisitos prudenciales específicos, en términos de capital regulatorio, según sean la estructura y composición de los activos mantenidos por dichas entidades de crédito.

En cualquier caso, sean cuales fueren las alternativas regulatorias escogidas, y para su elección, deberá llevarse a cabo una cuidadosa ponderación de los bienes en conflicto, respetando la naturaleza del modelo prudencial vigente, centrado en el riesgo (40), y evitando incidencias en la credibilidad de un sistema basado en la confianza y, por tanto, muy sensible al cambio (41). Así, la debida introducción de criterios de sostenibilidad no debe desvirtuar la naturaleza de un complejo y útil modelo regulatorio.

La toma en consideración de estas limitaciones aconsejaría la introducción progresiva de las modificaciones, reservando las herramientas más incisivas para un momento en el que pueda apreciarse un mayor grado de consolidación del nuevo enfoque medioambiental (42).

Asimismo, respecto del alcance subjetivo de este tipo de medidas, se ha entendido que las mismas deberían abarcar a todas las entidades de crédito, con independencia de su tamaño o relevancia (43). Y ello por cuanto el gran volumen de fondos cuya movilización es necesaria requiere de la implicación de la totalidad del sector. No obstante, en aras de evitar una excesiva complejidad, de una ya extremadamente complicada regulación, las herramientas que se implanten deberían ser diseñadas desde un prisma de proporcionalidad, evitando innecesarios perjuicios y barreras para las entidades más pequeñas.

---

(40) Sobre la influencia del riesgo como justificador de la supervisión administrativa sobre los particulares, destacar las aportaciones contenida en CIERCO SEIRA (2004: pp. 73-126); CIERCO SEIRA (2013: pp. 195-212); ESTEVE PARDO (2009) o GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ (2013: pp. 15-142).

(41) Acerca de la posibilidad de afectar a la credibilidad del marco regulatorio, basado en el riesgo, se pronuncia la Comunicación COMISIÓN EUROPEA (2018: p. 11).

(42) Hacia esta aplicación progresiva, con medidas a implementar en el corto, medio y largo plazo, parece orientarse el documento COMISIÓN EUROPEA (2018), conteniéndose las fechas de las concretas acciones en el Anexo II.

(43) De acuerdo con el HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON SUSTAINABLE FINANCE SECRETARIAT (2018: p. 68).

## 1 Actuaciones relacionadas con la información disponible

### A) La importancia de la información

El primero de los ámbitos en el que pueden incidir las reformas a operar en materia bancaria, para permitir el acomodo de la conducta de las entidades de crédito a criterios de sostenibilidad, es el de la información (44).

Como sabemos, la información es el *input* básico necesario para una correcta adopción de decisiones pues, a falta de una información clara y suficiente, la voluntad formada no podrá entenderse entera, perfecta y libremente conformada. Asimismo, ante una información insuficiente o asimétrica, el mercado no servirá para una correcta fijación de precios y distribución de recursos.

Es por estas razones que, como base y antecedente del resto de potenciales medidas a adoptar, será fundamental la existencia de mecanismos de suministro de información en materia medioambiental, debiendo referirse los mismos, además, a diversos elementos. Por una parte, será necesario que las distintas actividades a financiar y los productos financieros puedan calificarse, o no, como sostenibles y en qué grado. Por otro lado, se requerirá que la información resultante fluya hacia el mercado, en general, y hacia los clientes bancarios, en particular, con vistas a que todo agente interesado pueda evaluar la situación de las entidades y su exposición al riesgo de sostenibilidad.

A su vez, este oportuno flujo de información también es del todo necesario para que el supervisor pueda controlar la situación, gestión y estrategias de las entidades supervisadas, a fin de comprobar el correcto cumplimiento de la regulación vigente. En este sentido, recuérdese el minucioso régimen de información impuesto a los supervisados, en el que se establecen tanto obligaciones periódicas como puntuales.

Así, por una parte, existen obligaciones de llevanza de contabilidad y elaboración de estados financieros que, aunque con criterios propios, son compartidas con otros sujetos. Además, se establecen obligaciones de remisión de informaciones específicas al supervisor con diferentes periodicidades (mensual, trimestral, semestral o anual), de acuerdo con modelos preestablecidos y sobre una gran cantidad de materias distintas (solventía, tipos de interés, liquidez, remuneraciones, apalancamiento, exposiciones al riesgo, cobros y pagos...) (45). Por último, y sin perjuicio de las obligaciones de remisión

---

(44) Sobre la importancia de la información, y los obstáculos para que la misma fluya, MARQUÉS SEVILLANO y ROMO GONZÁLEZ (2018: pp. 130-131).

(45) Los requerimientos de información a remitir al supervisor se contienen en una pluralidad de normas. Así, sin ánimo de exhaustividad, y por lo que respecta a la Unión Europea y a España, los artículos 99.5, 99.6, 101.4, 394.4, 415.3 o 430.2 del Reglamento

de información predefinidas, el supervisor mantendrá la potestad de exigir cualquier otra información que precise en el desempeño de las funciones que le son encomendadas, especialmente cuando se susciten dudas acerca de la correcta observancia de la regulación vigente.

A continuación, se referirán ciertas herramientas, en materia de información, que pueden ser de relevancia para la transición hacia una banca ambientalmente sostenible.

## **B) Hacia una clasificación o taxonomía de las actividades sostenibles**

Como premisa para permitir que la financiación fluya hacia actividades que se consideran sostenibles se requerirá un común criterio para calificar una determinada actividad económica como sostenible.

En este sentido, para deslindar las actividades que pueden considerarse sostenibles de las que no lo son, es necesaria la habilitación de un sistema de clasificación común que, con claridad y rigor, aporte seguridad a los financiadores que pretendan orientar sus fondos a iniciativas económicas respetuosas con el medio ambiente (46). Dicha clasificación debería distinguir entre sectores y actividades, partiendo de diversos indicadores y umbrales que permitan determinar el impacto medioambiental.

Desde luego, la elaboración de este tipo de clasificaciones es una labor de una enorme complejidad técnica, que requiere, además, de la existencia de

---

(UE) n° 575/2013, el Capítulo VI (Obligaciones de información y publicación) del Título III de la Ley 10/2014, las Normas 62 a 66 de la Circular 2/2016 del Banco de España, las Normas 67 a 69 y 72 de la Circular 4/2017, de 27 de noviembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros, la Circular 1/2009, de 18 de diciembre, del Banco de España, a entidades de crédito y otras supervisadas, en relación con la información sobre la estructura de capital y cuotas participativas de las entidades de crédito, y sobre sus oficinas, así como sobre los altos cargos de las entidades supervisadas, el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/2070 de la Comisión, de 14 de septiembre de 2016, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con las plantillas, definiciones y soluciones informáticas que han de utilizar las entidades al informar a la Autoridad Bancaria Europea y a las autoridades competentes, de conformidad con el artículo 78, apartado 2, de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, y el Reglamento de Ejecución (UE) n° 680/2014 de la Comisión, de 16 de abril de 2014, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con la comunicación de información con fines de supervisión por parte de las entidades, de conformidad con el Reglamento (UE) n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo.

(46) Pese a que se haya optado por el concepto de clasificación, en el ámbito de la Unión suele recurrirse a la noción de taxonomía, más comúnmente relacionada con disciplinas como la Biología.

herramientas para medir de forma fiable las externalidades medioambientales de las actividades. Es por ello que debería adoptarse un enfoque progresivo, comenzando por clasificar las actividades de mitigación del cambio climático, cuyo impacto es más fácilmente observable, para ir agregando paulatinamente el resto de actividades económicas (47).

Para dotar de una mayor seguridad jurídica al marco clasificatorio escogido, cuando el mismo se haya contrastado y validado, sería conveniente su integración en el derecho positivo (48). Esta positivización serviría, también, para que una determinada actividad, clasificada o no como ambientalmente sostenible, pudiera ser objeto de políticas específicas de fomento y apoyo o, por el contrario, de penalización.

### **C) El etiquetado de los productos financieros sostenibles y la utilización de índices ambientales**

Al mismo tiempo, con base en la clasificación de las actividades económicas arriba señalada, resultaría de gran utilidad, ahorrando tiempo y recursos a los inversores y clientes, contar con etiquetas que determinen si un determinado producto financiero ofertado es, o no, sostenible.

En este sentido, la estandarización de los productos y la simplificación de los mecanismos para su evaluación emergen como dos factores fundamentales para incrementar la confianza de quienes han de contratar, particularmente en el caso de los inversores minoristas, y para favorecer el tráfico en masa.

Como ejemplo particular de este tipo de clasificaciones, puede hacerse referencia a las diversas iniciativas de lanzamiento y comercialización de los denominados bonos verdes, a través de los que se financian proyectos ambientalmente sostenibles. Si bien, en la actualidad, el mercado de bonos verdes está experimentando una relevante expansión, el mismo no alcanza todavía volúmenes de negociación muy elevados (49).

En relación con este tipo de etiquetados o identificaciones de los productos financieros, las experiencias vigentes se han desarrollado por parte del sector privado sobre una base voluntaria. Es por ello que la aproximación de los reguladores podría partir de las mejores prácticas presentes en el mercado,

---

(47) Esta es la propuesta planteada en COMISIÓN EUROPEA (2018: p. 5). Sobre esta materia, el referido Plan de Acción contiene medidas y plazos concretos, como serían la adopción de medidas legislativas o la creación de un grupo de expertos técnicos en materia de finanzas sostenibles.

(48) En este sentido se pronuncia COMISIÓN EUROPEA (2018: p. 5).

(49) En este sentido, en 2016 estima que los bonos verdes representaban menos del 1 % del total mundial de bonos en circulación, de acuerdo con COMISIÓN EUROPEA (2018: p. 5).

como primer paso para elaborar normas o directrices sobre la emisión y etiquetado de productos financieros ambientalmente sostenibles (50).

En otro orden de cosas, pero con un estrecho vínculo con el ya referido etiquetado de productos, aparece la necesidad de contar con indicadores y parámetros que capten de forma fiable la incidencia ambiental de una actividad, a los efectos de permitir una correcta valoración de los activos negociados. Sobre este particular, sería conveniente contar con índices armonizados que permitieran una comparación global, a través de la fijación de métodos estandarizados para el cálculo (51).

#### **D) La consideración de parámetros de sostenibilidad en los estudios de mercado, las calificaciones crediticias y el asesoramiento a la clientela**

Otra vía de actuación, vinculada al suministro de información en materia de finanzas sostenibles, es la relacionada con el actuar de consultoras y agencias de calificación crediticia, quienes pueden incluir criterios de sostenibilidad al realizar sus evaluaciones sobre entidades.

Dichas consultoras, al desarrollar estudios de mercado, y agencias de calificación crediticia, al otorgar un *rating* a emisores y emisiones de productos financieros, pueden valorar el impacto medioambiental de los evaluados y la capacidad de los mismos para gestionar los riesgos relacionados con la sostenibilidad. De este modo, cabría considerar el riesgo medioambiental como un componente más de los riesgos a contemplar, habida cuenta de su posible efecto amplificador sobre el impacto de otro tipo de riesgos.

Estos estudios y calificaciones tienen una especial incidencia en la toma de decisiones de los inversores, al margen de las críticas que puedan verse sobre su acierto, puesto que proporcionan a los mismos información sencilla y clara sobre la solvencia de una determinada institución. No obstante, en la actualidad, y especialmente por lo que se refiere a las agencias de *rating*, los riesgos relacionados con el cambio climático no parecen ser un componente fundamental en los análisis desarrollados (52).

---

(50) La Comisión en COMISIÓN EUROPEA (2018: p. 6) plantea una serie de medidas en materia de regulación y etiquetado de productos financieros ambientalmente sostenibles.

(51) Ante las dificultades técnicas para lograr este objetivo podría comenzarse por la armonización de índices para valorar aspectos sobre los que ya se cuenta con abundante información, como sería el caso de las emisiones de CO<sub>2</sub>, siendo este el enfoque adoptado por la Comisión en COMISIÓN EUROPEA (2018: p. 8).

(52) Sobre este particular, NIETO (2017: p. 11).

Habida cuenta de esta realidad, se plantea la posibilidad, previa evaluación de las prácticas vigentes en el mercado, de integrar de forma explícita factores de sostenibilidad en las evaluaciones a realizar, a través de la aprobación de normas jurídicas vinculantes (53). A través de estas medidas no se trata de condicionar la calificación o evaluación resultante, sino de conseguir que, para obtener la misma, se tengan en cuenta los riesgos medioambientales.

Asimismo, sería conveniente asegurar que los clientes de las entidades financieras pudieran recibir asesoramiento específico, orientado a satisfacer sus preferencias de inversión, en caso de que los mismos tengan predilección por los proyectos ambientalmente sostenibles. Sobre este particular, para garantizar la correcta orientación a los clientes, se requeriría tanto la adopción de medidas orientadas a la formación del personal en materia de sostenibilidad financiera, como la inclusión de algún parámetro ambiental en los procedimientos de evaluación de la idoneidad de dichos clientes (54).

### **E) El suministro de información al mercado, con vistas a que este ejerza su disciplina**

No obstante, además de la información facilitada a un sujeto en cuanto que cliente o potencial cliente, se ha considerado que, para que la sana disciplina de mercado pueda operar, se requiere que cualquier operador en el mismo cuente con la información pertinente para evaluar e identificar la exposición al riesgo de una concreta entidad. Se trata del Tercer Pilar de Basilea, en relación con el cual se reclama una remisión periódica de información con relevancia prudencial en diversos ámbitos (estrategia de mercado, control de riesgos, organización interna, recursos propios...) a favor del mercado y de todo interesado (55).

---

(53) En particular, en la Unión, se ha considerado la reforma de la regulación vigente sobre agencias de calificación crediticia, contenida en el Reglamento (CE) n° 1060/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre las agencias de calificación crediticia, completado por diversas disposiciones de desarrollo. En este sentido, y realizando un llamamiento a la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM), se ha pronunciado la Comisión en COMISIÓN EUROPEA (2018: p. 9).

(54) Sobre este aspecto, COMISIÓN EUROPEA (2018: p. 7) abre la posibilidad de modificar la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros («MiFID II»), para incluir elementos de sostenibilidad en el asesoramiento a los clientes.

(55) Obligaciones de información con relevancia prudencial a los efectos del ejercicio de la disciplina de mercado, de acuerdo con los considerandos n° 68 y 76 y la Parte Octava (Divulgación por las entidades) del Reglamento (UE) n° 575/2013, y, para España, en los artículos 85 de la Ley 10/2014 y 93 del Real Decreto 84/2015, y la Norma 59 de la Circular 2/2016 del Banco de España.

Así, en los informes corporativos que se presenten de forma periódica deberá contenerse información relativa a parámetros medioambientales, a fin de que los inversores puedan analizar debidamente la posición de la empresa y su concreta exposición al riesgo de sostenibilidad.

Para alcanzar este objetivo, además de la información que pudiera suministrarse en los documentos, financieros y no financieros, que ya han de presentarse por ciertas entidades, podrían considerarse obligaciones adicionales (56). Así, sería posible la inclusión de informes relativos a lapsos temporales más breves, o que contengan referencias expresas a las exposiciones al riesgo medioambiental, considerando tanto las actividades con impacto ambiental, como las cuantías y la duración de las posiciones (57).

## **2 La incidencia de los criterios ambientales en el perfil de riesgo y la realización de test de estrés ambientales**

Otra de las vías para incidir en la sostenibilidad de las actividades de las entidades de crédito pasaría por actuar sobre los riesgos medioambientales presentes en las inversiones, para tratar de valorarlos y mitigarlos.

### **A) La influencia de elementos medioambientales en el riesgo**

En este sentido, se ha estimado que las entidades de crédito mantienen exposiciones en sectores con un muy elevado riesgo medioambiental, como los del petróleo, gas, generación de energía, química o fabricación de automóviles, que alcanzarían el 1,4 % del total de inversiones de los bancos de la Unión Europea, existiendo, además, una distribución asimétrica de las posiciones entre las distintas entidades (58). A modo de ejemplo, y en términos absolutos, este tipo de exposiciones de la banca alcanzarían en la Unión Europea la nada

---

Asimismo, y ya no en el ámbito de las entidades de crédito, sino con carácter transversal, debe prestarse atención a las obligaciones contenidas en la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE, en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos.

(56) Me refiero, en particular, a la información no financiera que ha de suministrarse por ciertas entidades a raíz de la Directiva 2014/95/UE.

(57) Así, NIETO (2017: p. 13). La Comisión ha abierto la puerta al debate, a través de una consulta prevista en COMISIÓN EUROPEA (2018: p. 12).

(58) Datos facilitados por NIETO (2017: p. 4), quien, además de a la UE, se refiere a las exposiciones en EE.UU., del 3,8% del total, y en China, del 0,5%. Sobre la distribución entre entidades, la exposición más alta en la Unión Europea es la de Podravska Banka, una entidad croata que tendría un 8,7% de sus activos invertidos en actividades con muy elevado riesgo medioambiental.

desdeñable suma de 463.000 millones de euros en activos relacionados con elevadas emisiones de carbono (59).

Estas relevantes posiciones serían susceptibles de generar elevadas pérdidas para las entidades bancarias tenedoras de los activos, en tanto en cuanto los sujetos financiados están sometidos a riesgos de tipo regulatorio, al surgimiento de nuevas tecnologías que impidan una adaptación del modelo de negocio y a costes directos, derivados de la imposición de impuestos o tasas de tipo medioambiental (60). Además, los efectos de estos riesgos, y su correlativa concreción en pérdidas para las entidades bancarias, se verían amplificadas si los reguladores optaran por una transición rápida hacia una economía hipocarbónica y sostenible (61).

Partiendo de la existencia de este relevante riesgo en las carteras de las entidades de crédito, debería plantearse su consideración por el supervisor junto con el resto de tradicionales riesgos analizados, que abarcan desde el riesgo de crédito (entendido como probabilidad de que una de las partes del contrato del instrumento financiero incumpla sus obligaciones contractuales por motivos de insolvencia o incapacidad de pago y produzca a la otra parte una pérdida financiera) al riesgo de contraparte (como posibilidad de que se produzcan pérdidas derivadas de posiciones en derivados y repos), pasando por el riesgo de precio o mercado (referido al riesgo de que se sufran pérdidas por variaciones en el precio de los activos de inversión, bien sea a causa de factores intrínsecos o extrínsecos) o por el riesgo operacional (como riesgo relativo a factores vinculados con el funcionamiento anormal de la operativa de negocio) (62).

El riesgo está estrechamente relacionado con la supervisión pues, donde se localicen mayores niveles de riesgo, existirá mayor probabilidad de incum-

---

(59) Los bancos contarían con una exposición de 463.000 millones de euros en empresas relacionadas con elevadas emisiones de carbono, correspondiendo las dos terceras partes a empresas petroleras y gasistas, de acuerdo con datos proporcionados por KUEPPER, VAN GELDER, VAN TILBURG y WEYZIG (2014: p. 41).

(60) Los riesgos a los que se someten las compañías no financieras se extractan en el informe MOODY'S (2015). En similar sentido se pronuncia el Informe ADVISORY SCIENTIFIC COMMITTEE OF THE EUROPEAN SYSTEMIC RISK BOARD (2018: p. 11).

(61) Según señalan SCHOENMAKER y VAN TILBURG (2016: p. 7).

(62) Los distintos tipos de riesgo pueden observarse en el Reglamento (UE) n° 575/2013 que recoge una diversidad de disposiciones en tal sentido: Títulos II (Requisitos de capital por riesgo de crédito), III (Requisitos de fondos propios por riesgo operativo), IV (Requisitos de fondos propios por riesgo de mercado), V (Requisitos de fondos propios por riesgo de liquidación) y VI (Requisitos de fondos propios por ajuste de valoración del crédito) de la Parte Tercera, y Partes Cuarta (Grandes exposiciones) y Quinta (Exposiciones al riesgo de crédito transferido). En el plano nacional, se refieren a los distintos riesgos los artículos 45 y siguientes del Real Decreto 84/2015, y las Normas 46 y siguientes de la Circular 2/2016 del Banco de España.



plimiento de la normativa que persigue disciplinar la conducta de la banca y, por tanto, se requerirá una supervisión más intensa. Partiendo de esta premisa, ante el elevado volumen y complejidad de la información disponible, y para sistematizar y objetivar la valoración que se haga de la situación de los supervisados, se ha optado, a través del perfil de riesgo, por resumir en una única variable la posición de las entidades.

Así, se elabora un perfil de riesgo de cada entidad, que concreta en un solo parámetro el riesgo que existe, a juicio del supervisor, de que tal entidad tenga problemas de solvencia, rentabilidad y liquidez en el futuro (63). Este perfil de riesgo es fundamental, puesto que la intensidad y alcance de la supervisión será mayor cuanto mayor sea dicho perfil, existiendo una relación directa entre la evaluación del perfil de riesgo de una entidad y el nivel de actividad supervisora (64).

Este enfoque, que vincula la supervisión a la existencia de mayor o menor riesgo, tiene su base en el principio de proporcionalidad. La aplicación de este principio facilita una asignación eficiente de los recursos finitos consagrados a la supervisión, que se distribuyen de la mejor manera posible, abordando más intensamente los ámbitos donde los riesgos de incumplimiento son más elevados (65).

Para identificar y mantener actualizado el perfil de riesgo de las entidades supervisadas, y para actuar en consecuencia, se sigue un método sistemático que aplica los mismos criterios a todas las entidades, asegurando así la necesaria igualdad de condiciones (66). Se trata del denominado Proceso de Revisión y Evaluación Supervisora (PRES o SREP por sus siglas en inglés) que proporciona un conjunto armonizado de herramientas para examinar el perfil de riesgo de una entidad (67).

---

(63) El perfil de riesgo se analiza en BANCO DE ESPAÑA (2011: p. 2 y ss.).

(64) De acuerdo con el documento del BANCO CENTRAL EUROPEO (2014: p. 25).

(65) Mención al principio de proporcionalidad contenida en el Principio nº 7 del documento BANCO CENTRAL EUROPEO (2014: p. 7), y coherente, también, con lo dispuesto en el artículo 97.4 de la Directiva 2013/36/UE.

(66) De hecho, en el caso de entidades que presenten perfiles de riesgo similares por motivos de afinidad de sus modelos empresariales, la localización geográfica de sus exposiciones o la naturaleza y la magnitud de los riesgos a los que se encuentran expuestas o que podrían presentar para el sistema financiero, podrá decidirse la aplicación de un proceso de revisión supervisora y evaluación de manera similar o idéntica. Y ello, de acuerdo con los artículos 103 de la Directiva 2013/36/UE y 76.3 del Real Decreto 84/2015.

(67) Este Proceso de Revisión y Evaluación Supervisora (PRES) es el promovido por los Acuerdos de Basilea, en el contexto del Pilar II, y el adoptado en el marco del Mecanismo Único de Supervisión. El sistema encuentra asidero en el artículo 97 de la Directiva 2013/36/UE, que dispone la necesidad de realizar una evaluación del desempeño de las entidades de crédito adoptando un enfoque de riesgo. Asimismo, existen directrices de la Autoridad

Atendiendo a esta perspectiva supervisora centrada en el riesgo, y a la existencia de un procedimiento estandarizado para la determinación del mismo, sería conveniente una introducción expresa de las consideraciones medioambientales en materia de riesgos, garantizando su análisis expreso y separado. Además, de atender a los factores ya examinados, el supervisor debería determinar si los sistemas, estrategias, procedimientos y mecanismos, los fondos propios y la liquidez de las entidades garantizan una cobertura sólida de sus riesgos medioambientales.

En cualquier caso, para tomar conciencia de lo relevante de la inclusión del riesgo medioambiental dentro del conjunto de riesgos que son evaluados, ha de tenerse en cuenta que el supervisor podrá aprobar medidas correctoras que sirvan para contener y reducir los riesgos hasta niveles que se estimen tolerables. De este modo, de entenderse que el perfil de riesgo mantenido por una entidad es demasiado elevado, bien sea por el volumen de riesgo asumido o por la deficiente gestión de los mismos, el supervisor podrá imponer incisivas medidas particulares, de lo más variado, para retornar a parámetros de cumplimiento (68).

## **B) La imposición de pruebas de resistencia**

Sin abandonar el enfoque basado en el riesgo, y teniendo en cuenta que, para la inclusión directa de componentes de riesgo medioambiental en los procedimientos de evaluación supervisora, se requiere una previa y minuciosa definición y cuantificación de este tipo de riesgos, que hoy todavía no está a disposición de los supervisores, podría ser relevante el recurso a otra herramienta diferente (69).

Me refiero a las pruebas de resistencia, o test de estrés, que los supervisores vienen a realizar de forma recurrente, y que podrían también orientarse

---

Bancaria Europea en la materia, las Directrices sobre procedimientos y metodologías comunes para el PRES (EBA/GL/2014/13), 19 de diciembre de 2014. En cualquier caso, para una comprensión rápida del PRES se recomienda la consulta del documento BANCO CENTRAL EUROPEO (2016).

(68) Estas medidas, contenidas en el artículo 104.1 de la Directiva 2013/36/UE y, para España, en el artículo 68 de la Ley 10/2014, son de lo más variado: mantenimiento de recursos propios superiores a los exigidos por la normativa con carácter general, reforzamiento de los procedimientos, mecanismos y estrategias establecidos, aplicación de una política específica de dotación de provisiones, reducción del riesgo inherente a las actividades, productos y sistemas de las entidades o la restricción de actividades, operaciones o la red de las entidades que planteen riesgos excesivos para la solidez de una entidad.

(69) La cautela de los supervisores a la hora de incluir componentes de riesgo medioambiental en sus evaluaciones se señala por HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON SUSTAINABLE FINANCE SECRETARIAT (2018: p. 69).

a percibir la influencia de los riesgos ecológicos y medioambientales en la situación de las entidades de crédito (70).

Estas pruebas, que pretenden determinar la resistencia de la banca ante determinadas situaciones de tensión, consisten en enfrentar a las entidades de crédito a diversos escenarios hipotéticos, más o menos favorables, para observar la influencia de los mismos en determinadas variables fundamentales. Así, se exponen las estructuras, estrategias, procesos, mecanismos y fondos propios de las entidades de crédito a ambientes de mayor o menor tensión, para determinar si existe una adecuada cobertura y gestión de los riesgos y para, en su caso, imponer requisitos correctores específicos (71).

La determinación de los momentos en los que han de practicarse estos exámenes, así como la concreción de su ámbito y alcance, serán competencia del supervisor (72). En este sentido, además de las pruebas de resistencia que el supervisor pudiera decretar sobre unas específicas entidades o materias, se prevé que, al menos con periodicidad anual, se practiquen test de estrés en el marco del proceso de revisión y evaluación supervisora (73).

Asimismo, además de los distintos exámenes que, periódica o puntualmente, el supervisor puede decretar, la normativa prevé que las entidades bancarias deban realizar diversas autoevaluaciones. Es este el caso de las pruebas de resistencia que han de conducirse en materia de riesgo de crédito, riesgo de contraparte, riesgos frente a Entidades de Contrapartida Central, riesgo de mercado o riesgo de cartera de negociación (74).

Atendiendo a este conjunto de herramientas, y para ir avanzando progresivamente en el mejor conocimiento de la situación de las entidades de crédito en materia de riesgo medioambiental, así como para adquirir experiencia y mejorar en la determinación y valoración de dicho riesgo, podrían conducirse test de estrés ambientales. En dichas pruebas de resistencia debería abordarse la sensibilidad de los balances y resultados bancarios a distintos escenarios de

---

(70) Se refieren a esta posibilidad NIETO (2017: p. 10) o SCHOENMAKER y VAN TILBURG (2016: p. 9).

(71) Elementos que pueden observarse en el artículo 4.1.f) del Reglamento (UE) n° 1024/2013.

(72) La posibilidad de realizar pruebas de resistencia por parte del supervisor se recoge en el artículo 100.1 de la Directiva 2013/36/UE, plasmándose en los artículos 4.1.f) del Reglamento (UE) n° 1024/2013, por lo que respecta al Banco Central Europeo, y 55.5 de la Ley 10/2014, por lo que se refiere al Banco de España.

(73) La imposición de pruebas con periodicidad mínima anual se prevé en el artículo 100.1 de la Directiva 2013/36/UE y, para el caso español, en el artículo 55.5 de la Ley 10/2014.

(74) Pruebas previstas en los artículos 177, 290, 302.2 o 377.5 del Reglamento UE) n° 575/2013.

incidencia de riesgos ambientales, a los efectos de observar el comportamiento de dichos balances y resultados (75).

Adoptando un enfoque gradual sería conveniente comenzar con la realización de pruebas de resistencia ambientales específicas, conducidas por el supervisor o impuestas a las entidades en el plano interno, en aras de conocer la situación general del sector y mejorar los mecanismos de estimación de riesgos mediante su aplicación práctica. A continuación, podría plantearse la inclusión de estos criterios medioambientales en los test de estrés periódicos que los supervisores desarrollan en el seno del proceso de supervisión, conllevando la detección de unos excesivos riesgos medioambientales la imposición de puntuales medidas correctoras.

### **3 Limitaciones a las grandes exposiciones**

Otra de las medidas posibles a aplicar para condicionar la actuación de las entidades de crédito, y conseguir así un incremento de la financiación de actividades ambientalmente sostenibles, pasaría por actuar sobre las limitaciones a las grandes exposiciones de estas entidades.

Las grandes exposiciones son aquellas posiciones mantenidas por las entidades de crédito respecto de clientes o grupos de los mismos que superan determinados umbrales en términos de capital de la entidad (76). Respecto de estas grandes exposiciones se deberá proporcionar información actualizada al supervisor, pero también se prevén ciertos límites absolutos a su existencia, no pudiendo las entidades de crédito mantener activos por encima de uno niveles dados (77).

En este sentido, podría plantearse la fijación de límites máximos a las exposiciones en activos relacionados con actividades no sostenibles desde el punto de vista medioambiental (78). Así, existiría un umbral límite a partir del cual las entidades de crédito no podrían financiar determinadas actividades, sin incrementar su capital o reducir el resto de sus riesgos.

Esta herramienta se mostraría como verdaderamente poderosa para incentivar las inversiones ambientalmente sostenibles, sin embargo, la misma es

---

(75) Sobre estas pruebas se pronuncia el ADVISORY SCIENTIFIC COMMITTEE OF THE EUROPEAN SYSTEMIC RISK BOARD (2018: p. 14).

(76) La regulación fundamental de estas grandes exposiciones se contiene en la Parte Cuarta (artículos 387 y ss.) del Reglamento (UE) n° 575/2013.

(77) Las obligaciones de información y las limitaciones absolutas se contienen, respectivamente, en los artículos 394 y 395 del Reglamento (UE) n° 575/2013.

(78) Sobre esta posibilidad NIETO (2017: p. 13) o SCHOENMAKER y VAN TILBURG (2016: p. 9).

también extraordinariamente intrusiva, constriñendo la libertad de operaciones y la estrategia de las entidades afectadas (79).

En atención a lo restrictivo de esta clase de instrumentos, la limitación a las exposiciones debería únicamente contemplarse si se observase que el resto de medidas no resultaran de utilidad práctica (80). Asimismo, solamente habría de recurrirse a esta herramienta cuando exista una clasificación fiable y contrastada de actividades con elevado riesgo medioambiental que puedan ser objeto de limitación.

#### **4. Medidas con incidencia directa sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito**

Asimismo, los criterios de sostenibilidad ambiental también pueden incorporarse al ámbito de los requisitos prudenciales de las entidades de crédito, modificando la intensidad de estos requerimientos en atención a parámetros medioambientales (81).

##### **A) Las exigencias de solvencia de las entidades de crédito**

La supervisión bancaria, y las concretas potestades o técnicas a través de las que opera, se caracterizan por la orientación al cumplimiento de unos determinados fines, como son el buen funcionamiento y la estabilidad del sistema financiero. A la promoción de estas finalidades se encamina la regulación a la que se encuentran sometidas las entidades bancarias, pivotando la misma sobre una serie de ámbitos concretos: solvencia, liquidez, riesgos, transparencia... (82).

Partiendo de esta base, es particularmente relevante la regulación prudencial de las entidades de crédito, que se encarga, básicamente, de asegurar que las mismas operan en el mercado con unos recursos propios suficientes para asumir los riesgos derivados de la actividad financiera (83). Es decir, se

---

(79) Lo poderoso y restrictivo de esta medida se refiere por SCHOENMAKER y VAN TILBURG (2016: p. 9).

(80) Por lo que se refiere a la Unión Europea, no se ha planteado todavía el recurso a los límites a estas grandes exposiciones para incidir en la sostenibilidad de las finanzas.

(81) Así, esta posibilidad se plantea por el HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON SUSTAINABLE FINANCE SECRETARIAT (2018: p. 47) y se desarrolla en COMISIÓN EUROPEA (2018: p. 11). Asimismo, se refieren a estas medidas SCHOENMAKER y VAN TILBURG (2016: p. 9).

(82) Nos referimos a la regulación cuyo control se encuentra encomendado al supervisor, y no a toda la normativa (fiscal, laboral...) a la que se hallan sometidos los bancos en cuanto operadores económicos.

(83) En este ámbito la normativa es numerosa y de diversa fuente, tratando de incorporarse los requisitos establecidos en Basilea III. Así, por ejemplo, por lo que respecta a

pretende que las entidades de crédito cuenten con una solvencia suficiente para cumplir con sus obligaciones y compromisos.

En este sentido, se entenderá por solvente aquel que merece crédito o confianza y es capaz de satisfacer sus deudas (84). Partiendo de esta meta, los reguladores han sido pragmáticos y han utilizado al menos dos factores cuantificables que, pese a no garantizar por sí mismos la solvencia de una determinada entidad, sí ayudan a favorecerla. Me refiero a la existencia de una estructura y composición patrimonial sana, incluyendo unos recursos propios mínimos para hacer frente a las obligaciones en supuestos críticos, y de unas reglas que impongan límites o desincentivos a la asunción de riesgos que se consideren excesivos (85).

En lo que se refiere a la capacidad de un determinado banco para absorber pérdidas, y sin perjuicio de la relevancia de la gestión de los riesgos, que ya se ha analizado anteriormente, el coeficiente de solvencia tiene un papel protagonista (86). Este coeficiente es un ratio que identifica los recursos propios mínimos que se requerirían para absorber las pérdidas inesperadas que tuviera que afrontar una entidad y, además, para tener la capacidad de seguir funcionando después del reconocimiento y asunción de dichas pérdidas.

La regulación ha venido a establecer unos requerimientos mínimos para este coeficiente de solvencia (87), que han de satisfacerse con recursos propios de diversa condición y calidad, complementados por unos requerimientos

---

las normas de la Unión, la normativa vigente se recoge básicamente en el Reglamento (UE) nº 575/2013 (Parte Segunda: Fondos propios y Título I de la Parte Tercera: Requisitos de capital) y en la Directiva 2013/36/UE (Título III: Requisitos de acceso a la actividad de las entidades de crédito). En cuanto a la regulación española, destacan la Ley 10/2014 (Título II: Solvencia de las entidades de crédito), el Real Decreto 84/2015 (Título II: Solvencia de las entidades de crédito) y la Circular 2/2016, de 2 de febrero, del Banco de España, a las entidades de crédito, sobre supervisión y solvencia (Capítulo III: Colchones de capital).

(84) De acuerdo con las acepciones 3º y 4º del Diccionario de la lengua española, 23ª edición.

(85) Según GÓMEZ DE MIGUEL, José Manuel (2013: p. 524).

(86) Sin perjuicio de la imposición tradicional de otro tipo de medidas para controlar los riesgos y la adecuación de la estructura patrimonial, la utilización del coeficiente de solvencia se impuso entre los reguladores desde los años 80. Resulta fundamental, en este sentido, el Acuerdo de Basilea I, sobre Convergencia Internacional de Medidas y Normas de Capital de julio de 1988 (accesible desde: <https://www.bis.org/publ/bcbsc111fr.pdf>).

(87) Los umbrales de los distintos ratios, atendiendo a la mayor o menor calidad de los recursos propios contemplados, se recogen en el artículo 92.1 del Reglamento (UE) nº 575/2013, estableciéndose: un ratio de capital de nivel 1 ordinario, expresado en porcentaje sobre el importe total de la exposición en riesgo, del 4,5%; un ratio de capital de nivel 1, expresado en porcentaje sobre el importe total de la exposición en riesgo, del 6%, y un ratio total de capital, expresado en porcentaje sobre el importe total de la exposición en riesgo, del 8%.

adicionales, denominados colchones, que pretenden mejorar estos umbrales mínimos atendiendo a circunstancias y finalidades concretas (88).

## **B) Medidas a aplicar en materia de solvencia y eventuales limitaciones**

Teniendo en cuenta esta estructura, y la existencia de los referidos coeficientes de solvencia y colchones, las medidas para la promoción de la financiación ambientalmente sostenible podrían incidir en dos sentidos distintos. Todo ello al margen de la directa incidencia que, en términos de recursos propios, tendría la inclusión del riesgo medioambiental en el conjunto de riesgos a ponderar en el denominador del coeficiente de solvencia.

Por una parte, cabría aplicar recargos o requisitos más exigentes a las entidades que no financien actividades sostenibles o, por el contrario, sería posible conceder ventajas, aplicando requisitos más laxos, a las entidades de crédito que inviertan en activos verdes.

El enfoque tradicional adoptado por los reguladores ha sido el de incrementar las exigencias de capital a las entidades con activos relacionados con negocios en los que la exposición al riesgo es superior. Sin embargo, a la hora de determinar la aproximación al ámbito medioambiental, el enfoque es el inverso, previéndose la inclusión de exigencias de solvencia más laxas para la financiación de operaciones ambientalmente sostenibles (89). Esta minoración de requisitos podría arbitrarse de las más diversas maneras como, por ejemplo, reduciendo la ponderación o excluyendo de los activos a ponderar por el riesgo las posiciones verdes, o imponiendo coeficientes más bajos a entidades que alcancen concretos umbrales de financiación sostenible.

En este sentido, desde instancias europeas, se ha considerado una reducción de las exigencias de capital para determinadas inversiones y activos relacionados con actividades sostenibles, como sería el caso de la financiación de coches eléctricos, los préstamos para instalaciones generadoras de energía renovable o los préstamos hipotecarios sobre inmuebles que optimizan el consumo de recursos (90). Sin embargo, nos movemos todavía en una situación

---

(88) Las disposiciones relativas a los distintos colchones (colchón de conservación de capital, colchón de capital anticíclico específico de cada entidad, colchón para Entidades de Importancia Sistémica Mundial (EISM), colchón para Otras Entidades de Importancia Sistémica (OEIS), colchón contra riesgos sistémicos) se contienen en el Capítulo IV, del Título VII de la Directiva 2013/36/UE.

(89) Así, por ejemplo, adopta este enfoque de fomento el HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON SUSTAINABLE FINANCE SECRETARIAT (2018: p. 68-69).

(90) Sobre la vocación de establecer medidas en este sentido se pronunciaría el vicepresidente de la Comisión Europea, VALDIS DOMBROVSKIS en la One Planet Summit, que tuvo lugar en París en diciembre de 2017.

preliminar, pues todavía no existe una concreción de las medidas a adoptar, la cuantía de los incentivos, sus destinatarios o los activos a considerar.

En cualquier caso, para hacer frente a los problemas que pudieran plantearse a la hora de definir los incentivos para promover la financiación de actividades ambientalmente sostenibles, sí se han enunciado una serie de factores que deberían tenerse en cuenta (91).

En primer lugar, sería necesario que los activos considerados se clasificaran de forma consistente entre activos verdes y activos relacionados con actividades no respetuosas con el medio ambiente. Además, dicha clasificación debería partir de los reguladores, y no del sector, para evitar la tentación de que las entidades bancarias relajaran de forma ficticia sus exigencias de solvencia (92). En tal sentido, conviene destacar que, para cumplir con este requisito, habría de avanzarse, como se había dejado apuntado, en una taxonomía de las distintas actividades económicas según su impacto en el entorno.

Al mismo tiempo, se requeriría una evidencia empírica de que las actividades que se clasifiquen como ambientalmente sostenibles generan un menor riesgo y tienen una afección clara y directa en el valor de los activos que las financian. Además, este diferencial de riesgo debería poder estimarse de manera fiable para una concreción de los efectos en la valoración de las posiciones.

De igual modo, se considera que, para evitar una focalización súbita y desmedida en los productos financieros verdes, generándose una eventual burbuja de esta clase de activos, habría de establecerse un límite máximo a las reducciones en los requerimientos de capital por inversión en actividades sostenibles. Límite máximo que podría evolucionar a lo largo del tiempo para asegurar un tránsito gradual y evitar una infracapitalización del sector (93).

Vistos estos caracteres, ha de incidirse sobre los límites y problemas que plantea la inclusión de este tipo de medidas. Sobre este aspecto, el sector ha expresado su temor a que los nuevos requisitos de capital vayan acompañados de un marco regulatorio demasiado extenso y complejo que, uniéndose a una ya de por sí enmarañada regulación, genere dudas en la aplicación, afectando a la seguridad jurídica.

Al margen de las cuestiones de complejidad regulatoria, el problema más relevante a la hora de afrontar exigencias de capital específicas relacionadas

---

(91) Elementos clave proporcionados por HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON SUSTAINABLE FINANCE SECRETARIAT (2018: p. 68-69).

(92) Según apunta HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON SUSTAINABLE FINANCE SECRETARIAT (2018: p. 68).

(93) Propuesta del HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON SUSTAINABLE FINANCE SECRETARIAT (2018: p. 68).



con el medio ambiente es el de detectar y valorar de forma fiable los riesgos presentes, de modo que la reducción de los requisitos de solvencia responda a la efectiva presencia de un menor riesgo. El hecho es que, además de ser verdaderamente complicado identificar todos los riesgos a los que puede estar expuesta una determinada posición, incluso con una identificación total existirían limitaciones técnicas para proceder a una medición de consenso del nivel de riesgo (94).

La estabilidad financiera es un requisito previo e insoslayable que antecede a la sostenibilidad, por lo que, como se ha apuntado, los cambios en las exigencias de solvencia por incidencia de aspectos medioambientales deberían, en todo caso, basarse en evidencias de diferencia de riesgos entre los activos analizados (95).

De lo contrario, si se abandonara el enfoque del riesgo, y se redujeran los requerimientos de solvencia para entidades de crédito por el mero hecho de orientar sus inversiones a actividades verdes, sin constatarse menores posibilidades de pérdida, se estaría produciendo una infracapitalización de dichas entidades. Y ello porque las mismas tendrían una menor cobertura para atender a unas exposiciones con características de riesgo similares, afectándose de lleno a los principios rectores del régimen de control sobre la banca.

Así, como primer paso para la implementación de un factor verde en materia de capital, se exigiría la existencia del referido diferencial de riesgo entre actividades ambientalmente sostenibles y no sostenibles. No obstante, de no poder obtenerse todavía una evidencia fuerte en tal sentido, y si urgiera la implantación de medidas de solvencia, podría pensarse en un aseguramiento o aval público que supliese y cubriera la reducción de capital aun sin mediar un patente menor riesgo.

Sea como fuere y, pese a que sea comprensible la voluntad de actuar sobre los requisitos de capital (96), en atención a la enorme movilización de fondos que ello supondría, puede que, por el momento, sea necesario consolidar etapas previas antes de emprender dicha andadura.

---

(94) Se hace eco de las limitaciones para la medición de riesgos, en general, GÓMEZ DE MIGUEL (2013: p. 551).

(95) En este sentido, HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON SUSTAINABLE FINANCE SECRETARIAT (2018: p. 68).

(96) Se refieren a esta voluntad de reforma de Basilea III para incluir elementos ambientales ROBINS y ZADEK (2016: p. 9).

## VI. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN

Acto seguido se procede a la plasmación de unas breves conclusiones, acompañadas de una sucinta valoración personal.

Es posible afirmar, sin temor a equivocarse, que cada vez existe una mayor conciencia sobre el impacto ambiental de la actuación humana, así como de la repercusión del cambio climático y de las modificaciones en el entorno sobre las actividades económicas.

Asimismo, esta conciencia se ha trasladado al ámbito financiero, incidiéndose en la importancia del papel que pueden desempeñar las entidades financieras, y más concretamente las entidades de crédito, como encargadas de la canalización de los recursos hacia las distintas inversiones. De este modo, se ha entendido que la introducción de criterios de sostenibilidad ambiental en los procesos de toma de decisiones de financiación podría servir para orientar los fondos hacia alternativas con un menor impacto sobre el medio ambiente.

Desde estas posiciones, en los últimos años, se han puesto en marcha una serie de iniciativas para avanzar hacia un sistema financiero ambientalmente sostenible, particularmente en determinados países en proceso de desarrollo. Finalmente, dichas preocupaciones también alcanzarían a la Unión Europea, que ha presentado recientemente un Plan de Acción para alcanzar unas finanzas sostenibles en el que se contienen concretas medidas y plazos para su implementación.

En este sentido, los instrumentos y herramientas a aplicar pueden ser de lo más diverso, existiendo una suerte de gradación en la oportunidad de las mismas. Todo ello, al margen de la aplicación de otras medidas, no específicamente relacionadas con el sistema financiero, como serían la fijación de tributos de tipo medioambiental o la financiación pública de actividades verdes mediante subvenciones.

Así, en primer lugar, habría de actuarse sobre la información disponible y su fiabilidad mediante la creación de una taxonomía que marque una clara divisoria entre actividades ambientalmente sostenibles y las que no lo son, a través del etiquetado de los activos en atención a las actividades que van a financiarse, por medio del asesoramiento a los inversores en materias medioambientales, o vía publicación y difusión en el mercado de información relativa a los tipos de exposiciones mantenidas.

De igual manera, podría plantearse la inclusión del riesgo medioambiental como un riesgo más a valorar en los procedimientos supervisores, a los efectos de determinar el perfil de riesgo de la empresa y adoptar medidas correctoras. O, también en el ámbito del riesgo, podrían arbitrarse pruebas de resistencia específicas que analizaran las consecuencias de la concurrencia de diversos factores ambientales sobre los balances y resultados de las entidades de crédito.

Por último, y probablemente con una mayor incidencia práctica, cabría prever limitaciones a las exposiciones en las actividades que se clasifiquen como ambientalmente no sostenibles, o bien imponer requisitos prudenciales específicos, en términos de capital regulatorio, según sea la estructura y composición de los balances mantenidos por dichas entidades de crédito.

En cualquier caso, y pese a que las anteriores medidas supongan un avance bienintencionado en la dirección correcta, debe realizarse un análisis riguroso y sensato de la conveniencia y concreción de las herramientas a emplear. De este modo, la finalidad de movilizar financiación a favor de actividades ambientalmente sostenibles debe coherenciarse con la de evitar un incremento cualitativo en la complejidad de la regulación, que genere problemas de seguridad jurídica.

A su vez, debe respetarse el enfoque del riesgo, que impregna toda la arquitectura de control de las entidades de crédito, garantizando que las medidas que se vayan a adoptar se basan en la constatación de la existencia de diferentes niveles de riesgo entre las actividades económicas sostenibles y no sostenibles.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACHETA, Emmanuel y WEBER, Olaf (2014): «The Equator Principles: ten teenage years of implementation and a search for outcome», en *CIGI Papers*, núm. 24, (accesible desde: [https://www.cigionline.org/sites/default/files/no24\\_0.pdf](https://www.cigionline.org/sites/default/files/no24_0.pdf)).
- ADVISORY SCIENTIFIC COMMITTEE OF THE EUROPEAN SYSTEMIC RISK BOARD (2018): *Too late, too sudden: Transition to a low-carbon economy and systemic risk* (accesible desde: [https://www.esrb.europa.eu/pub/pdf/asc/Reports\\_ASC\\_6\\_1602.pdf](https://www.esrb.europa.eu/pub/pdf/asc/Reports_ASC_6_1602.pdf)).
- AIZAWA, Motoko y CHAOFEI, Yang (2010): «Green Credit, Green Stimulus, Green Revolution? China's Mobilization of Banks for Environmental Cleanup», en *The Journal of Environment & Development*, núm. 19, pp. 119-144.
- AMANN, Markus; AYEB-KARLSSON, Sonja; BELESOVA, Kristine; BOULEY, Timothy; WATTS, Nick, et al. (2017): «The Lancet Countdown on health and climate change: from 25 years of inaction to a global transformation for public health», en *The Lancet*, Vol. 391, pp. 581-630 (accesible desde: [http://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736\(17\)32464-9.pdf](http://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736(17)32464-9.pdf)).
- BANCO CENTRAL EUROPEO (2014): *Guía de Supervisión bancaria del Banco Central Europeo* (accesible desde <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ssmguidebankingsupervision201409es.pdf>).
- (2016): *Folleto informativo sobre la metodología del PRES del MUS* (accesible desde: [https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/srep\\_methodology\\_booklet\\_2016.es.pdf](https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/srep_methodology_booklet_2016.es.pdf)).

- BANCO DE ESPAÑA (2011): *Modelo de Supervisión del Banco de España* (accesible desde: [https://www.bde.es/f/webbde/COM/Supervision/regulacion/ficheros/es/modelo\\_de\\_supervision.pdf](https://www.bde.es/f/webbde/COM/Supervision/regulacion/ficheros/es/modelo_de_supervision.pdf)).
- BATTISTON, Stefano; MANDEL, Antoine; MONASTEROLO, Irene; SCHUETZE, Franziska y VISENTIN, Gabriele (2016): «A Climate Stress-Test of the EU Financial System», en *SSRN Working Paper*.
- BISWAS, Nigamananda (2011): «Sustainable Green Banking Approach: The Need of the Hour» en *Business Spectrum*, núm. 1, pp. 32-38.
- BLACCONIERE, Walter y PATTEN, Dennis (1993): «Environment Disclosure, regulatory costs and changes in firm values», en *Journal of Accounting and Economics*, Vol. 18, Issue 3, pp. 112-125.
- BOUMA, Jan Jaap y JEUCKEN, Marcel (1999): «The Changing Environment of Banks», en *Greener Management International*, núm. 27, pp. 21-35.
- BOUMA, Jan Jaap; JEUCKEN Marcel y KLINKERS, Leon (2000): *Sustainable Banking: The Greening of Finance*, Austin, Greenleaf Publishing.
- CHAMOCHÍN, Miguel (2017): «El nexo entre finanzas, sostenibilidad y energía», en *Documento Marco del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, núm. 7/2017 (accesible desde: [http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_marco/2017/DIEEEM07-2017\\_Finanzas\\_Energia\\_M.Chamochin.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_marco/2017/DIEEEM07-2017_Finanzas_Energia_M.Chamochin.pdf)).
- CIERCO SEIRA, César (2004): «El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitario y español», en *Revista de Administración Pública*, núm. 163, pp. 73-126.
- (2013): «Algunas reflexiones sobre la evolución del principio de precaución y su transformación en principio estructural de la actuación administrativa» en Leticia Alejandra BOURGES (Coord.), *UE, Sociología y Derecho alimentarios estudios jurídicos en honor de Luis González Vaqué*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 195-212;
- COMISIÓN EUROPEA (2018): *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Plan de Acción: Financiar el desarrollo sostenible* (accesible desde: [https://ec.europa.eu/info/publications/180131-sustainable-finance-report\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/180131-sustainable-finance-report_en)).
- EHLERS, Torsten (2014): «Understanding the Challenges for Infrastructure Finance», en *Bank for International Settlements Working Paper*, núm. 454 (accesible desde: <http://www.itic.org/images/work454.pdf>).
- ENTIDADES FINANCIERAS DE LOS PRINCIPIOS DEL ECUADOR (EPFI) (2013): *Los Principios del Ecuador: una referencia del sector financiero para determinar, evaluar y gestionar los riesgos ambientales y sociales de los proyectos* (accesible desde [http://equator-principles.com/wp-content/uploads/2018/01/equator\\_principles\\_spanish\\_2013.pdf](http://equator-principles.com/wp-content/uploads/2018/01/equator_principles_spanish_2013.pdf)).

- ESTEVE PARDO, José (2009): *El desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Barcelona, Marcial Pons.
- FORO ECONÓMICO MUNDIAL (2018): *Informe de Riesgos Globales 2018* (accesible desde: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GRR18\\_Report.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GRR18_Report.pdf)).
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge (2013): «Fundamento y características de la regulación bancaria», en Santiago MUÑOZ MACHADO y Juan Manuel VEGA SERRANO (Dir.), *Derecho de la Regulación Económica, X. Sistema Bancario*, Madrid, Iustel, pp. 15-142.
- GOEL, Ankit; NATH, Vikas y NAYAK, Nitin (2014): «Green Banking Practices – A Review», en *IMPACT: International Journal of Research in Business Management*, Vol. 2, Issue 4, pp. 45-62.
- GÓMEZ DE MIGUEL, José Manuel (2013): «La solvencia de los bancos», en Santiago MUÑOZ MACHADO y Juan Manuel VEGA SERRANO (Dir.), *Derecho de la Regulación Económica, X. Sistema Bancario*, Madrid, Iustel, pp. 523-597.
- GREGORIOU, Greg N. y RAMIAH, Vikash (2015): *Handbook of environmental and sustainable finance*, Amsterdam, Elsevier.
- HAMILTON, James (1995). «Pollution as News: Media and Stock markets Reactions to the toxics release inventory data», en *Journal of Environmental Economics and management*, Vol. 28, Issue. 1, pp. 28-37.
- HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON SUSTAINABLE FINANCE SECRETARIAT (2018): *Final Report by the High-Level Expert Group on Sustainable Finance Secretariat*, Comisión Europea (accesible desde: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/180131-sustainable-finance-final-report\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/180131-sustainable-finance-final-report_en.pdf)).
- JEUCKEN, Marcel (2001): *Sustainable Finance and Banking, The finance Sector and The Future of the Planet*, London, Earthscan.
- JIN, Duan y MENGQI, Niu (2011): «The Paradox of Green Credit in China», en *Energy Procedian*, núm. 5, pp. 1979-1986.
- KPMG (2012): *Expect the Unexpected: Building business value in a changing world*.
- KUEPPER, Barbara; VAN GELDER, Jan Willem; VAN TILBURG, Rens y WEYZIG, Francis (2014): «The price of doing too little too late; the impact of the carbon bubble on the European financial system», en *Green New Deal Series*, Vol. 11 (accesible desde: <http://reinhardbuetikofer.eu/wp-content/uploads/2014/03/GND-Carbon-Bubble-web1.pdf>).
- MARQUÉS SEVILLANO, José Manuel y ROMO GONZÁLEZ, Luna (2018): «El riesgo de cambio climático en los mercados y las entidades financieras: retos, medidas e iniciativas internacionales», en *Revista de Estabilidad Financiera*, núm. 34, pp. 115-140.

- MOODY'S (2015): *Cross Sector– Global: Moody's approach to assessing the credit impacts of environmental risks*, Informe de 30 de noviembre de 2015.
- NIETO, María J. (2017): «Banks and Environmental Sustainability: Some reflections from the perspective of financial stability», en *CEPS Policy Brief*, núm. 2017/01 (accesible desde: [https://www.ceps.eu/system/files/PBNo%202017-01%20MNieto\\_BanksEnvironmentalSustainability.pdf](https://www.ceps.eu/system/files/PBNo%202017-01%20MNieto_BanksEnvironmentalSustainability.pdf)).
- OYEGUNLE, Adeboye y WEBER, Olaf (2015): «Development of sustainability and green banking regulations existing codes and practices», Centre for International Governance Innovation (CIGI) Papers, núm. 65 (accesible desde [https://www.cigionline.org/sites/default/files/cigi\\_paper\\_no.65\\_4.pdf](https://www.cigionline.org/sites/default/files/cigi_paper_no.65_4.pdf)).
- PANEL INTERGUBERNAMENTAL DEL CAMBIO CLIMÁTICO (IPCC) (2014): *Quinto Informe de Evaluación del IPCC, Resumen para responsables de políticas*, Nueva York (accesible desde: [https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg3/WG3AR5\\_SPM\\_brochure\\_es.pdf](https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg3/WG3AR5_SPM_brochure_es.pdf)).
- REXHEPI, Gadaf (2016): «The Architecture of Social Finance», en Othmar M. LEHNER (Dir.), *Routledge Handbook of Social and Sustainable Finance*, London, Routledge, pp. 35-49.
- ROBINS, Nick y ZADEK, Simon (2016): «Imagining a sustainable financial system», en *Inquiry Working Paper*, núm. 16/02, (accesible desde: [https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/7441/-/Imagining\\_a\\_sustainable\\_financial\\_system\\_2016Imagining\\_a\\_Sustainable\\_Financial\\_System.pdf?sequence=3](https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/7441/-/Imagining_a_sustainable_financial_system_2016Imagining_a_Sustainable_Financial_System.pdf?sequence=3)).
- SCHMIDHEINY, Stephan y ZORRAQUÍN, Federico J.L. (1996): *Financing Change: The Financial Community, Eco-Efficiency and Sustainable development*, Cambridge, MIT Press,
- SCHOENMAKER, Dirk y VAN TILBURG, Rens (2016): «What role for the financial supervisors in addressing environmental risks?», en *Comparative Economic Studies*, Vol. 58, Issue 3, pp. 317-334.
- STANDARD & POOR'S (2014): «Climate Change Is a Global Mega-Trend For Sovereign Risk», en *Standards and Poor's note* (accesible desde: [www.maalot.co.il/publications/GMR20140518110900.pdf](http://www.maalot.co.il/publications/GMR20140518110900.pdf)).
- STERN, Nicholas (2015): *Why Are We Waiting? The Logic, Urgency, and Promise of Tackling Climate Change*, Cambridge, MIT Press.
- SUSTAINABLE BANKING NETWORK (2017): «Greening the Banking System – Experiences from the Sustainable Banking Network (SBN)», en *Input Paper for the G20 Green Finance Study Group* (accesible desde: [https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/da980744-987e-496d-82e8-e5f146895165/SBN\\_PAPER\\_G20\\_updated+08312016.pdf?MOD=AJPERES](https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/da980744-987e-496d-82e8-e5f146895165/SBN_PAPER_G20_updated+08312016.pdf?MOD=AJPERES)).

UNIVERSITY OF CAMBRIDGE/UNEP FINANCE INITIATIVE (2014): *Stability and Sustainability in Banking Reform: Are Environmental Risks Missing in Basel III?*, Cambridge, Cambridge Institute for Sustainability Leadership (accessible desde: <http://www.unepfi.org/fileadmin/documents/StabilitySustainability.pdf>).

WEBER, Olaf (2012): «Sustainable Banking – History and Current Developments», *Working Paper*, Waterloo University.

