

INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

PREMIOS BLAS INFANTE  
DE ESTUDIO E INVESTIGACIÓN

2002

# Los convenios administrativos para la protección ambiental

---

Antonio José Sánchez Sáez



Instituto Andaluz de Administración Pública  
CONSEJERÍA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



# LOS CONVENIOS ADMINISTRATIVOS PARA LA PROTECCIÓN AMBIENTAL

*Trabajo galardonado con el Premio Blas Infante de Estudio e Investigación en Administración Pública, en su modalidad B, sobre "La Administración Pública, su organización, métodos y técnicas de la función pública, su perspectiva histórica y de futuro y su proyección europea".*



LOS CONVENIOS ADMINISTRATIVOS  
PARA LA PROTECCIÓN AMBIENTAL

Antonio José Sánchez Sáez

Instituto Andaluz de Administración Pública

2004 - Sevilla

TÍTULO: Los convenios administrativos para la protección ambiental

AUTOR: Antonio José Sánchez Sáez

INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



Gestión de publicaciones en  
materias de Administraciones Públicas

Edita: Instituto Andaluz de Administración Pública

Impresión y Encuadernación: Tecnographic, S.L:

I.S.B.N.: 84-8333-267-1

Depósito Legal: SE-2135/04

Investigación realizada en el marco del Proyecto de Investigación SEC 2001-3160, "Régimen Jurídico de los Recursos Naturales", de la Secretaría de Estado de Política Científica y Tecnológica del MCyT.

*A mis padres, Antonio y Carmela*



*“Ningún hombre, por lleno que esté de sí mismo y de su interés egoísta, deja de hallar en su conciencia una perenne aspiración a que el bien se produzca, no sólo en su vida personal, mas en la de todos los seres, sin excepción ni restricción alguna; y así como le regocija la prosperidad y le duelen los infortunios de otros individuos, de su patria, de su siglo y civilización, de la humanidad entera, aunque él participe lo menos posible de ellos; y le entristece el espectáculo de la aridez e infecundidad de la Naturaleza, y le alegra el de su esplendor y lozanía, sin necesidad de que en ello medie interés personal por su parte, quisiera, no y a que todo mal se destruyese y que todo bien se aumentase sin tregua ni descanso, sino ayudar él mismo también a esta empresa en la medida de sus facultades y dentro del círculo hasta donde pueden extenderse en proporción con sus restantes fines.”.*

**Francisco Giner de los Ríos, de “El arte y las artes”**



# ÍNDICE GENERAL

<b>PRÓLOGO</b> .....	27
<b>PRESENTACIÓN</b> .....	31
<b><u>PARTE 1ª: LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN CELEBRADOS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS CON PERSONAS FÍSICAS O JURÍDICAS SUJETAS AL DERECHO PRIVADO</u></b> .....	41
<b>Capítulo 1º: BASES CONSTITUCIONALES DE LA COLABORACIÓN DE LOS ADMINISTRADOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA</b> .....	43
I. EL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN COMO FUNDAMENTO DE LA COLABORACIÓN ENTRE LOS PARTICULARES Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA .....	43
1. Contexto de la participación ciudadana como fundamento de la colaboración privada en la administración pública .....	43
2. La participación ciudadana en los asuntos públicos en la Constitución española .....	47
3. La participación de los ciudadanos en la Administración Pública.....	52
II. DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS A LA COLABORACIÓN DE LAS EMPRESAS Y ASOCIACIONES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: UN PASO DECISIVO EN LA CONSAGRACIÓN DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO .....	55
III. LA COLABORACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LAS PERSONAS FÍSICAS O JURÍDICAS SOMETIDAS AL DERECHO PRIVADO.....	61
1. Origen histórico .....	61
2. Sus bases constitucionales .....	62
3. La colaboración ciudadana a través de los convenios de colaboración.....	68
IV. LA EFICACIA COMO CATALIZADOR DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA PACCIONADA .....	78
<b>Capítulo 2º: LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN CELEBRADOS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS CON PERSONAS FÍSICAS O JURÍDICAS SUJETAS AL DERECHO PRIVADO (I): CONCEPTO, DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES Y NATURALEZA JURÍDICA</b> .....	83

I.	ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS ACTUALES CONVENIOS DE COLABORACIÓN .....	83
1.	La actividad administrativa concertada de carácter económico .....	83
A.	Su origen en Francia .....	84
2.	La planificación histórica de carácter económico en España.....	88
II.	CONCEPTO DE CONVENIOS DE COLABORACIÓN.....	92
1.	Introducción.....	92
A.	Aportaciones doctrinales .....	94
2.	Nuestro concepto .....	105
III.	DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES .....	107
1.	Distinción entre convenios y contratos .....	107
2.	Distinción con la actividad informal de la Administración .....	114
3.	Actos administrativos necesitados de colaboración, actos sucesivos y actos-condición.....	116
4.	Convenios y consorcios .....	121
VI.	NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN ....	122
1.	Su esencia: naturaleza jurídica propia, diferenciada de la de los contratos de la Administración.....	122
2.	Sobre el carácter público o privado de los convenios de colaboración .....	143
	<b>Capítulo 3º: LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN CELEBRADOS POR ADMINISTRACIONES PÚBLICAS CON PERSONAS FÍSICAS O JURÍDICAS SUJETAS AL DERECHO PRIVADO (II): LÍMITES OBJETIVOS Y RÉGIMEN JURÍDICO .....</b>	<b>151</b>
I.	LÍMITES OBJETIVOS DE LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN SUSCRITOS POR LA ADMINISTRACIÓN CON PARTICULARES .....	151
1.	El principio de legalidad administrativa .....	152
2.	El dogma de la indisponibilidad de las potestades administrativas: algunas líneas progresivas para su entendimiento .....	157
A.	Excurso sobre la viabilidad de los convenios en el ejercicio de la potestad reglamentaria.....	165
3.	El art. 106 CE.....	170
4.	Los límites impuestos a la capacidad administrativa para celebrar convenios de colaboración recogidos en el art. 4 del TRLCAP .....	170
5.	La terminación convencional de procedimientos administrativos del art. 88 de la LRJAPyPAC .....	174
A.	Sobre la directa aplicabilidad del art. 88 .....	182
B.	La Disposición Adicional 4ª del TRLCAP .....	186
C.	La legislación de desarrollo del art. 88 .....	189
D.	Condiciones necesarias para la aplicabilidad del art. 88 de la LRJAP y PAC.....	191
a)	Que se trate de convenios que no sean contrarios al Ordenamiento jurídico.....	191

b) Que no versen sobre materias no susceptibles de transacción .....	192
c) Que tengan por finalidad la satisfacción del interés público que tenga encomendada la Administración que conviene .....	197
d) Dentro del alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule .....	198
II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN. EN ESPECIAL, EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2.000, DE 16 DE JUNIO, QUE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS .....	199
1. Régimen general: los arts. 3.1,d) y 3.2 del TRLCAP .....	199
2. Algunas consideraciones sobre la parte privada en los convenios de colaboración .....	218
3. Consecuencias del incumplimiento administrativo de los convenios .....	219
4. El incumplimiento administrativo de los términos del convenio: examen de la violación de los principios de buena fe y confianza legítima .....	224
III. LA JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA REVISAR LAS CUESTIONES LITIGIOSAS SUSCITADAS EN LOS CONVENIOS .....	234
<b><u>PARTE 2ª: LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE: SU ENCAUZAMIENTO A TRAVÉS DE CONVENIOS DE COLABORACIÓN</u></b> .....	241
<b><u>Capítulo 4º: EL DERECHO COMUNITARIO DE LOS INSTRUMENTOS PACCIONADOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE</u></b> .....	243
I. LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS SEGÚN EL DERECHO COMUNITARIO .....	243
1. LA GÉNESIS DE LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS EN EL DERECHO COMUNITARIO .....	244
A. El marco jurídico en el que nacen los acuerdos voluntarios: proscripción de la normativa, desregulación y simplificación normativa .....	244
B. El núcleo: el descrédito de la normativa ambiental y el recurso al “soft law” .....	244
C. El círculo medio: los principios de subsidiariedad y proporcionalidad .....	247
D. Las afueras: la simplificación administrativa, la consolidación, la refundición y la codificación .....	249
2. EL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN: LA POSICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL USO DE LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS .....	252
A. El origen: el V Programa comunitario de política ambiental (1.992-2.000) .....	252
B. Instrucciones de la Unión Europea para el empleo de acuerdos voluntarios por los Estados miembros .....	255
a) La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a los Acuerdos sobre Medio Ambiente .....	255
b) Contenidos y objetivos de la Comunicación .....	257

C	Un reciente avance comunitario sobre los acuerdos voluntarios: el VI Programa de acción en materia de Medio Ambiente (2.001-2.010).....	263
D	¿Transposición de directivas comunitarias mediante acuerdos voluntarios?.....	264
a)	Viabilidad de la hipótesis .....	264
b)	Casos existentes: paradigmáticamente, la Directiva de vehículos para desguace .....	267
E	El empleo de los acuerdos o convenios voluntarios propiamente comunitarios.....	272
a)	Acuerdos celebrados y requisitos .....	272
b)	Conclusiones .....	278
c)	Perspectivas de futuro .....	279
3.	Sobre la problemática derivada de la hipotética incompatibilidad de los acuerdos voluntarios con el Tratado de la Unión Europea .....	281
A.	Conformidad o disconformidad de los acuerdos voluntarios intraestatales con la normativa comunitaria sobre ayudas estatales a favor del medio ambiente.....	282
1).	La normativa sobre ayudas ambientales en las Directrices de 1994 .....	284
2).	Las directrices de 2001.....	287
B.	Compatibilidad o incompatibilidad de los acuerdos voluntarios con las disposiciones comunitarias relativas a la libre competencia en el mercado interior .....	288
a)	El artículo 81 TCE.....	290
1.	Compatibilidad o incompatibilidad de los acuerdos ambientales horizontales con las normas de libre competencia del art. 81 TCE .....	294
2.	Compatibilidad o incompatibilidad de los acuerdos ambientales verticales con las normas de libre competencia del art. 81 TCE .....	295
b)	El artículo 82 TCE.....	297
c)	El artículo 86 TCE.....	299
C.	Compatibilidad o incompatibilidad de los acuerdos voluntarios con las disposiciones del Tratado referentes a la libre circulación de mercancías .....	301
a)	Introducción.....	301
b)	Limitaciones a la libre circulación de mercancías por causa de su sometimiento a determinadas prescripciones técnicas.....	303
II.	EL SISTEMA COMUNITARIO DE ETIQUETADO ECOLÓGICO .....	308
1.	Introducción.....	308
2.	Descripción del funcionamiento del sistema .....	310
3.	El negocio jurídico paccionado: el contrato tipo .....	313
A.	Su importancia como nexo entre las fases voluntaria y vinculante del sistema de etiquetado ecológico .....	313
B.	Contenido y naturaleza jurídica del contrato tipo.....	316
a)	Régimen jurídico aplicable.....	316
b)	Naturaleza y objeto de los contratos de etiqueta ecológica.....	317
4.	Valoración final del sistema de etiquetado ecológico comunitario: algunas propuestas de mejora.....	320
5.	El sistema de etiquetado de la eficiencia energética para los equipos ofimáticos y de tecnología de la comunicación.....	322

III. EL SISTEMA COMUNITARIO DE GESTIÓN Y AUDITORÍA MEDIOAMBIENTALES (EMAS).....	324
1. Introducción.....	324
2. Descripción del sistema.....	325
A. Perfeccionamiento de la adhesión.....	328
3. Novedades introducidas en el nuevo Reglamento EMAS.....	329
4. Valoración final.....	331
A. Algunas causas clarificadoras de las pocas adhesiones existentes hasta la fecha al sistema EMAS.....	331
B. Conclusiones.....	333
IV. ACUERDOS VOLUNTARIOS EN LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA SECTORIAL.....	334
1. En materia de conservación de la biodiversidad: fauna y flora silvestres.....	334
2. En el sector de la agricultura.....	336
3. En los residuos de envases.....	340
4. En la protección contra el cambio climático, en especial, contra los gases de efecto invernadero.....	341
A. La comercialización de derechos de emisión.....	342
B. La puesta en acción de instrumentos económicos.....	344
C. El desarrollo del Programa Europeo sobre Cambio Climático de la Comisión Europea (P.E.C.C.).....	345
5. En el sector energético.....	346
A. Reducción de los combustibles fósiles.....	346
a) El Programa Auto-Oil.....	347
b) Otras medidas.....	348
B. El papel de la UE en el despliegue de las energías renovables.....	350
a) Modelo de acuerdo marco para el fomento de las FER.....	351
V. DIRECTRICES PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE A TRAVÉS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	353
<b><u>Capítulo 5º: EL DERECHO COMPARADO DE LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE.....</u></b>	<b>357</b>
<b><u>Sección 1ª: LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.....</u></b>	<b>357</b>
I. INTRODUCCIÓN.....	357
II. SU ORIGEN: EL MOVIMIENTO DESREGULADOR, EN LA GÉNESIS DE LA VALORIZACIÓN DE LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA AMBIENTAL.....	359

III. SU PRESENTE: TIPOLOGÍA DE LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS EN LOS ESTADOS UNIDOS.....	361
1. Dependiendo de las partes que los integran.....	361
A. Iniciativas públicas.....	361
1. Una peculiaridad de los EE.UU.: los programas públicos como marco para el empleo de acuerdos voluntarios.....	361
a) El Proyecto XL ( <i>Excellence and Leadership</i> ), o Proyecto Excelencia y Liderazgo.....	362
1. ¿Tiene la EPA capacidad para excepcionar en un caso concreto determinados requisitos exigidos en las normas?.....	365
2. Algunas propuestas de reforma del Programa XL.....	369
b) El Programa C.S.I. ( <i>Common Sense Initiative</i> ), o Iniciativa de Sentido Común.....	372
c) El Programa “Liderazgo Ambiental” ( <i>Environmental Leadership Program</i> ).....	373
d) El Programa 33/50, también llamado Programa de Tóxicos industriales ( <i>Industrial Toxics Project</i> ) de la EPA.....	373
e) El <i>EPA Design the Environment Program</i> (D.f.E.), o Programa para el diseño del medio ambiente de la EPA.....	375
f) El <i>Early Emission Reduction Program</i> (E.E.R.P.), o Programa de Reducción Temprana de Emisiones.....	376
g) Las iniciativas federales <i>Working Draft of the Brownfield Action Agenda</i> (Proyecto de Agenda sobre la acción Brownfield) y <i>Brownfields Economic Redevelopment Initiative</i> (B.E.R.I.), Iniciativa para la Reorganización Económica de los Brownfields, de la EPA.....	377
2. Valoración general de los Programas voluntarios de la EPA.....	380
3. Acuerdos voluntarios individualizados.....	381
A. Iniciativas privadas: autorregulación y acuerdos de Derecho Privado.....	383
a) El Programa <i>Responsible Care</i> , o Preocupación Responsable.....	384
b) Los permisos a contaminar negociables y otros acuerdos de Derecho Privado.....	385
2. Dependiendo de las formas de negociación empleadas.....	386
A. Formas de negociación de los acuerdos ambientales.....	386
I. La negociación como génesis de la normativa administrativa o regulación paccionada.....	386
a) La negociación entre la Administración y las empresas para aprobar normas realizadas en común o regulación negociada.....	387
b) Reforma paccionada de la normativa en sede judicial.....	388
II. La negociación en la que la Administración fija con una empresa concreta el tempo y la extensión de los objetivos ambientales previamente regulados.....	392
III. La negociación para hacer cumplir a una empresa la normativa ambiental que ha vulnerado.....	392
b) Tipología de los acuerdos con relación al modelo de negociación empleado..	393
1. Los acuerdos basados en la “amenaza” administrativa.....	393
2. Los acuerdos basados en incentivos.....	396
a) Acuerdos que dan noticia a las autoridades públicas de los valores o datos ambientales de las empresas.....	402

C) Iniciativas voluntarias en materia de cambio climático .....	402
a) El Programa <i>Green Lights</i> (Luces “verdes”) .....	403
b) El Programa <i>Climate Wise</i> .....	403
c) El Programa <i>Waste Wise</i> .....	403
d) El Programa <i>Star Computers</i> .....	404
e) El Programa <i>Star Buildings</i> .....	404
f) La última estrategia norteamericana contra el cambio climático tras el rechazo del Protocolo de Kyoto.....	405
IV. MEDIO AMBIENTE: ¿REGULACIÓN O CONSENSO?.....	405
V. VINCULATORIEDAD DE LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS EN LOS EE.UU.....	410
1. Su carácter generalmente no vinculante .....	410
2. Posible ilegalidad de los acuerdos ambientales de carácter vinculante.....	412
VI. EL FUTURO: LOS ACUERDOS ESTRATÉGICOS DE INNOVACIÓN .....	413
<b><u>Sección 2ª: LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN FRANCIA</u></b> .....	420
I. INTRODUCCIÓN .....	420
II. MARCO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO DE LOS CONVENIOS EN FRANCIA.....	424
III. FASES DE LA POLÍTICA FRANCESA DE CONCERTACIÓN AMBIENTAL.....	430
1. Contratos de ramo ( <i>Contrats de branche</i> ) .....	433
2. Programas de ramo ( <i>Programmes de branche</i> ) .....	434
3. Los Planes sectoriales ( <i>Plans sectoriels</i> ).....	436
4. Acuerdos ambientales de nomenclatura diversa .....	438
IV. EL RECURSO A LA NEGOCIACIÓN EN LA POLÍTICA AMBIENTAL FRANCESA .....	438
1. Motivos del recurso a la negociación en la administración del medio ambiente.....	438
2. Rasgos descriptivos de las negociaciones previas a la adopción de acuerdos ambientales .....	440
V. CARACTERÍSTICAS DE LOS ACUERDOS AMBIENTALES EN FRANCIA....	443
VI. LA RELACIÓN DE LOS ACUERDOS AMBIENTALES CON LA REGLAMENTACIÓN TRADICIONAL EN FRANCIA.....	447
VII. LOS LÍMITES DE LA DISPONIBILIDAD DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS POR VÍA CONVENCIONAL EN FRANCIA: EL ARRÊT “LES AMIS DE LA TERRE”, DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS, DE 8 DE MARZO DE 1.985 .....	450

1. La decisión del Tribunal administrativo de París .....	451
2. El asunto en apelación ante el Consejo de Estado.....	454
3. Reflexión final.....	456
VIII. DESCRIPCIÓN DE ALGUNOS ACUERDOS VOLUNTARIOS CELEBRADOS EN FRANCIA.....	457
1. El acuerdo sobre el tratamiento de vehículos para desguace .....	457
2. Otros ejemplos sectoriales .....	462
IX. LA GESTIÓN CONVENCIONAL DE LOS ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS .....	469
1. Líneas generales.....	469
2. La posible calificación de los convenios de gestión de espacios naturales como contratos administrativos de delegación de servicio público.....	476
X. EL SISTEMA FRANCÉS DE RECUPERACIÓN DE RESIDUOS DE ENVASES DOMÉSTICOS.....	479
XI. LA GESTIÓN PACCIONADA DE LA AGRICULTURA.....	482
1. La nueva dimensión ambiental de los contratos de gestión agrícola .....	482
2. Los contratos territoriales de explotación (C.T.E.).....	487
XII. LA CERTIFICACIÓN AMBIENTAL: LA MARCA <i>NF-ENVIRONNEMENT</i> .....	491
XIII. LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS EN MATERIA DE ENERGÍA EN FRANCIA .....	493
XIV. LA GESTIÓN INTEGRADA DE LAS RIBERAS.....	498
XV. EL FUTURO DE LAS TECNICAS PACCIONADAS DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN FRANCIA .....	500
1. Los Contratos de Plan como posible marco legal para la suscripción de acuerdos ambientales.....	500
2. Problemática detectada por la doctrina francesa respecto a la celebración de acuerdos voluntarios .....	506
<b><u>Sección 3ª: LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN ITALIA</u></b> .....	509
I. INTRODUCCIÓN.....	509
II. MARCO LEGAL EN QUE NACEN LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS EN ITALIA.....	517
1. Bases constitucionales de la protección ambiental.....	517
2. Los convenios de colaboración suscritos en Italia.....	518
3. Ausencia de normas <i>ad hoc</i> .....	523
4. El enganche con las normas ambientales.....	524

5. Previsiones pacticias en la Ley de Procedimiento Administrativo .....	528
6. La esperada sistematización de los instrumentos paccionados: la Ley 662/1.996, de Medidas de Racionalización de las Finanzas públicas ( <i>Legge Finanziaria</i> ) .....	530
7. Vaguedad terminológica .....	533
III. ALGUNOS GRANDES ACUERDOS VOLUNTARIOS CELEBRADOS EN ITALIA .....	535
1. Los acuerdos FIAT-Ministerio de Medio Ambiente .....	536
2. El acuerdo “Agip/Unione Petrolífera” con los Ministerios de Medio Ambiente, Industria y Sanidad .....	540
3. El acuerdo <i>Replastic</i> .....	541
IV. OTROS ACUERDOS A MENOR ESCALA .....	545
1. El caso de la industria tintorera de Carpi (Modena) .....	545
2. El acuerdo voluntario de Porto Marguera .....	549
3. El acuerdo voluntario de Arzignano/Vicenza .....	550
4. Acuerdo entre las Administraciones Públicas de la Provincia y Municipio de Ravenna (Emilia-Romagna) y un grupo de industrias establecidas en el polo químico Enichem, para la protección del medio ambiente marino (abril de 1.997) .....	553
5. Convenio firmado entre el Ayuntamiento de Conselice (Provincia de Ravenna) y la empresa <i>Colorificio Ceramico Faenza, S.p.a.</i> , de 31 de diciembre de 1.977 .....	561
6. Convenio entre la Provincia de Ravenna, el antiguo U.S.L. n. 35, el Ayuntamiento de Ravenna y la empresa Anic .....	564
V. CLASIFICACIÓN DE LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS ITALIANOS .....	565
VI. ALGUNAS PECULIARIDADES DE LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN ITALIA .....	575
VII. EL TRÁNSITO DE LOS INSTRUMENTOS DE <i>COMMAND AND CONTROL</i> A LAS TÉCNICAS PACCIONADAS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN ITALIA .....	577
VIII. FASES TEMPORALES DE USO DE LOS ACUERDOS AMBIENTALES EN ITALIA .....	583
IX. UN EJEMPLO DE POLÍTICA AMBIENTAL PACCIONADA EN ITALIA: EL USO DE ACUERDOS Y CONVENCIONES AMBIENTALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS .....	586
<b><u>Sección 4ª: LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN ALEMANIA</u></b> .....	589
I. INTRODUCCIÓN .....	589

II.	ORÍGENES DE LA REGULACIÓN AMBIENTAL.....	590
	1. La normativa como instrumento tradicional de la política ambiental alemana	
	2. Instituciones ambientales .....	590
III.	LOS ACUERDOS AMBIENTALES COMO HERRAMIENTA DE USO EMERGENTE EN ALEMANIA .....	593
	1. El marco jurídico-administrativo.....	593
	2. Los orígenes.....	597
	3. Marco jurídico de los acuerdos voluntarios en Alemania.....	599
	4. Tipología y características de los acuerdos ambientales alemanes .....	601
	A. La regulación de los acuerdos ambientales en el fallido proyecto de Código Ambiental Federal.....	603
IV.	LOS ACUERDOS AMBIENTALES MÁS IMPORTANTES CELEBRADOS EN ALEMANIA.....	612
	1. El Sistema alemán de Recogida y Reciclado de Envases y Residuos de Envases ( <i>Duales System Deutschland GmbH</i> ) .....	612
	2. El Acuerdo sobre la Gestión ambiental de la industria de Desguace de Automóviles ( <i>Umweltgerechte Altagoverwertung</i> ) .....	617
	3. El acuerdo para la Recogida separada de Pilas y Baterías tóxicas ( <i>Vereinbarung über die Entsorgung von Batterien</i> ) .....	622
	4. El Acuerdo voluntario de Recogida de Papel usado ( <i>Selbsverpflichtung für eine Rücknahme und Verwertung gebrauchter graphischer Papier</i> ).....	626
	5. La Declaración de la Industria y el Comercio de Alemania sobre la Prevención del Calentamiento global de 1.995 y su actualización de 1.996.....	627
	6. El acuerdo sobre energía nuclear ( <i>Nuklearvereinbarung</i> ).....	630
V.	UN AVANCE ALEMÁN: LA DESREGULACIÓN SELECTIVA COMO MEDIDA DE FOMENTO PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE .....	630
	<b>Capítulo 6º: LOS INSTRUMENTOS PACCIONADOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN ESPAÑA (I): ORIGEN Y CLASIFICACIÓN .....</b>	<b>633</b>
I.	INTRODUCCIÓN.....	633
	1. El marco político de España dentro de la UE: entre protección del medio ambiente y compatibilidad económica.....	635
II.	EL ADVENIMIENTO DE UNA FILOSOFÍA PACTICIA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE .....	641
	1. La proyección de la idea de colaboración sobre el medio ambiente en España....	641
	2. El papel de los instrumentos convencionales de tutela ambiental.....	648
III.	LOS INSTRUMENTOS PACCIONADOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN ESPAÑA. DEFINICIÓN.....	649
	1. Nuestro concepto .....	649

2. Aportaciones y percepciones doctrinales .....	650
3. Su engarce jurídico con los convenios de colaboración y con un movimiento de repliegue de la intervención administrativa.....	654
IV. ALGUNAS CONTRAPRESTACIONES ADMINISTRATIVAS ESPECÍFICAS PARA LOS INSTRUMENTOS PACCIONADOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL.....	659
1. Incentivos fiscales.....	659
2. Un buen ejemplo de contraprestación jurídica: la introducción de la valoración ambiental de los candidatos a contratistas del Ministerio de Medio Ambiente....	663
V. EL ELEMENTO SUBJETIVO: ÓRGANO COMPETENTE PARA LA CELEBRACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS PACCIONADOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL A ESCALA AMBIENTAL.....	665
VI. CLASIFICACIÓN DE LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS EN ESPAÑA .....	669
1. Los convenios de colaboración celebrados entre particulares y Administraciones Ambientales .....	669
2. Programas públicos de adhesión voluntaria .....	669
3. Acuerdos voluntarios <i>stricto sensu</i> .....	670
4. La terminación convencional de procedimientos administrativos ambientales....	670
VII. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR DAÑOS CAUSADOS AL MEDIO AMBIENTE.....	671
1. Un posible nuevo uso de los convenios .....	671
de colaboración y de los acuerdos ambientales .....	671
2. El principio de precaución y la pactación ambiental .....	671
<b>Capítulo 7º: LOS INSTRUMENTOS PACCIONADOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN ESPAÑA (II): RÉGIMEN JURÍDICO POR SECTORES.....</b>	<b>675</b>
I. EN LA POLÍTICA DE RESIDUOS.....	675
1. Acuerdos Voluntarios en materia de Envases y Residuos de envases.....	676
A. Introducción .....	676
B. Naturaleza jurídica de estos acuerdos .....	677
C. Acuerdos Voluntarios sobre envases y residuos de envases suscritos en España: los Sistemas Integrados de Gestión (SIGs) .....	681
2. Los acuerdos ambientales y convenios en materia de residuos .....	682
A. Régimen General.....	682
B. Acuerdos voluntarios y convenios para la limpieza de suelos degradados o contaminados.....	686
C. Algunas diferencias y puntos comunes entre los acuerdos voluntarios y convenios sobre envases (y residuos de envases) y sobre residuos.....	689
D. Otros desarrollos normativos de acuerdos en materia de residuos: en especial, el Plan Nacional de Descontaminación y Eliminación de PCBs, PCTs y Aparatos que los contengan .....	690

3. Los residuos tóxicos y peligrosos.....	695
II. ACUERDOS AMBIENTALES EN MATERIA DE AGUAS CONTINENTALES.....	697
1. Evolución histórica.....	697
2. La potencialidad del empleo de convenios de colaboración ambientales en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2.001, de 20 de julio.....	699
1. La actividad convencional de los organismos de cuenca.....	700
A. Los planes de cuenca.....	700
B. Los acuerdos de saneamiento y depuración de aguas residuales.....	702
C. Concesiones de dominio público hidráulico.....	703
2. Las comunidades de usuarios.....	706
3. El Libro Blanco del Agua.....	707
4. El Plan Hidrológico Nacional.....	709
III. LA ESTRATEGIA ESPAÑOLA PARA EL USO SOSTENIBLE DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA.....	710
IV. LA GESTIÓN PACCIONADA DE LOS ESPACIOS PROTEGIDOS.....	714
1. Introducción.....	714
2. La posibilidad de celebración de convenios en las áreas de influencia socioeconómica de los Parques Nacionales.....	719
3. El Plan Estratégico Español para la Conservación y Uso racional de los Humedales.....	721
4. La colaboración de entidades sin ánimo de lucro en la gestión de la Red de Parques Nacionales.....	722
5. La normativa sobre Monumentos Naturales de Andalucía.....	724
6. La Ley 11/1.994, de 27 de diciembre, de la C.A. Valenciana, de Espacios Naturales Protegidos.....	727
7. El Decreto 45/1.995, de 26 de mayo, de la Consejería de Medio Ambiente de Murcia.....	728
V. PACTOS Y ACUERDOS PARA COMPATIBILIZAR LA ACTIVIDAD AGRÍCOLA CON LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE.....	728
VI. INSTRUMENTOS PACCIONADOS PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO DE ENERGÍAS RENOVABLES EN ESPAÑA.....	733
VII. CONVENIOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS BOSQUES.....	738
1. Breve excursio sobre la protección silvícola en España.....	738
2. Convenios para la protección preventiva y gestión ambiental de los bosques españoles.....	741
1. A escala estatal.....	741
2. Los instrumentos paccionados forestales en algunas normativas autonómicas....	745
3. Convenios para la protección de los bosques contra el fuego.....	747
1. En general.....	747

2. El caso andaluz como un buen ejemplo de política paccionada de prevención de incendios .....	748
3. Los convenios y consorcios de repoblación forestal .....	750
VIII. BREVE RESEÑA SOBRE LA ADAPTACIÓN DEL REGLAMENTO DE ETIQUETADO ECOLÓGICO COMUNITARIO AL DERECHO ESPAÑOL .....	751
<b>Capítulo 8º: LOS INSTRUMENTOS PACCIONADOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN ESPAÑA (III): FENOMENOLOGÍA Y PROPUESTAS DE AVANCE</b> .....	755
<b>Sección I: FENOMENOLOGÍA</b> .....	755
I. CARACTERES COMUNES .....	755
II. ALGUNOS EJEMPLOS .....	759
A. Los Programas Industriales y Tecnológicos Medioambientales (PITMA) ....	759
B. Acuerdo entre la Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas y la Asociación Nacional de Fabricantes de Pasta, Papel y Cartón (ASPAPPEL) .....	760
C. El Compromiso ACLIMA para el Desarrollo sostenible.....	761
D. Acuerdo voluntario para la “protección ambiental y el control de emisiones del sector cloro-álcali español” .....	762
E. La estrategia catalana de acuerdos voluntarios .....	764
F. El Programa Medioambiental “sobre verde” o “línea verde” .....	770
G. Acuerdo I.M.P.I.VA.-sector textil valenciano.....	771
H. Partenariado público-privado para la adquisición y empleo energéticamente más eficiente de equipos ofimáticos .....	771
<b>Sección 2ª: PROPUESTAS DE AVANCE</b> .....	773
I. ENSAYO DE UNA TEORÍA SOBRE LA POSIBLE VIABILIDAD DE LOS CONVENIOS COMO FUENTE DEL DERECHO AMBIENTAL .....	773
II. EL PAPEL DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA COMO VÍA COMPLEMENTARIA PARA LA REGULACIÓN AMBIENTAL DE LA EMPRESA....	783
III. EL FUTURO DE LOS INSTRUMENTOS PACCIONADOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN ESPAÑA: LA POTENCIALIDAD DE LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS COMO INSTRUMENTO DE APLICACIÓN DE LOS AMBICIOSOS OBJETIVOS PREVISTOS EN LA DIRECTIVA IPPC .....	786
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	791



## ABREVIATURAS

AA.....	Actualidad Administrativa
BAT.....	Best Available Technologies
BOE.....	Boletín Oficial del Estado
BOJA.....	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
c.....	contra
CAA.....	Comunidad Autónoma de Andalucía
CAVA.....	Concerted Actions on Voluntary Agreements
CC.....	Código Civil
CC.AA.....	Comunidades Autónomas
CE.....	Constitución Española
CERCLA.....	Comprehensive Environmental Compensation, Response, and Liability Act
Cfr.....	confróntese
DSD.....	Duales System Deutschland
EPA.....	Environmental Protection Agency
ET.....	Estatuto de los Trabajadores
INAP.....	Instituto Nacional de Administración Pública
IPPC.....	Integrated Pollution Prevention and Control
LJCA.....	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LOPJ.....	Ley Orgánica del Poder Judicial
LRBRL.....	Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local
LRJAPyPAC.....	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
MIMAM.....	Ministerio de Medio Ambiente
MTD.....	Mejores Tecnologías Disponibles
nº.....	número
p. ej. ....	por ejemplo
pág.....	página
párr. o pr.....	párrafo
PGOU.....	Plan General de Ordenación Urbana
PHN.....	Plan Hidrológico Nacional
PITMA.....	Programas Industriales y Tecnológicos Medioambientales
PNRU.....	Plan Nacional de Residuos Urbanos
PORN.....	Plan de Ordenación de los Recursos Naturales
PRUG.....	Plan Rector de Uso y Gestión
RAAP.....	Revista Andaluza de Administración Pública
RAP.....	Revista de Administración Pública
RD.....	Real Decreto

RDA.....	Revista de Derecho Ambiental
RDU.....	Revista de Derecho Urbanístico
REDA.....	Revista Española de Derecho Administrativo
SIG.....	Sistema Integrado de Gestión
STC.....	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS.....	Sentencia del Tribunal Supremo
TC.....	Tribunal Constitucional
TCE.....	Tratado de las Comunidades Europeas
TJCE.....	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TRLA.....	Texto Refundido de la Ley de Aguas
TRLCAP.....	Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
TRLGSS.....	Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
TS.....	Tribunal Supremo
TSJ.....	Tribunal Superior de Justicia
TUE.....	Tratado de la Unión Europea
v.....	versus
v.gr.....	verbigracia
Vid.....	videtur (véase)

# PRÓLOGO

*Cuando me propuso el autor de este libro su proyecto de dedicarse al oficio de investigador y docente universitario, le expuse las dificultades objetivas que existían y el sobrepeso de las mismas en la natural incertidumbre sobre la vida futura para quien terminaba entonces la Licenciatura de Derecho aunque fuera con el expediente brillantísimo de Antonio José SÁNCHEZ SÁEZ. Su recia vocación le impulsó a asumir el riesgo evitando caer en la tentación de buscar otros caminos que le hubieran asegurado la subsistencia vital posiblemente sin necesidad de sacrificar la mayor parte de su tiempo en un trabajo sin horas. De estos gestos generosos se nutre el progreso de la ciencia y la verdadera función creativa universitaria. Porque “del sufrimiento nace la sabiduría” (Oseas), de la entrega de lo mejor de la aún corta biografía de SANCHEZ SÁEZ, ha nacido este libro enmarcado en un rico conjunto de otros avances profundos en el **cursus honorum** universitario que sigue el autor.*

*Una vez más se comprueba la importante contribución de las Tesis doctorales de estos tiempos al desarrollo de la ciencia del Derecho Administrativo. Este libro ha elaborado toda la información a nivel mundial sobre una de las praxis más generalizadas en las manifestaciones del fenómeno de colaboración social en la gestión administrativa: los convenios de colaboración para la protección del medio ambiente. El autor puede legítimamente afirmar como aval de sus indagaciones: “Yo estuve allí”. Ha trabajado, en efecto, en las Universidades de Florencia, Bolonia, Harvard, Limoges, Frankfurt, París, Darmstadt, en Bruselas y en Sevilla, en cuya escuela de Derecho Administrativo ha realizado el tratamiento de la información, el encuadramiento dogmático y la redacción de su tesis que mereció la máxima calificación de un Tribunal altamente especializado compuesto por los Profesores FRANCISCO LÓPEZ MENUDO, LUCIANO PAREJO ALFONSO, MICHEL PRIEUR, FERNANDO LÓPEZ RAMÓN Y JOSÉ IGNACIO LÓPEZ GONZÁLEZ.*

*Los continuos cambios en las relaciones del Estado y la Sociedad ponen en jaque el cañamazo dogmático elaborado por la ciencia jurídico-administrativa para aprehender todos los matices de la realidad que destellan desde cada una de las caras del poliedro en el que la misma sucesivamente cristaliza. Esta movilidad estimula, como es sabido, la apertura crónica de la doctrina administrativista a nuevas explicaciones y a búsquedas de justificaciones de las transformaciones de su objeto de estudio.*

*La sucesión a ritmo acelerado de modalidades del Estado de Derecho –Estado Liberal de Derecho, Estado intervencionista, Estado Social, Estado participativo, Estado privatizador, Estado cooperativo y garantizador– produce una acumulación de nuevas técnicas jurídicas como*

*instrumentos de aplicación de los cambios. La pretendida reducción del Estado en los últimos tiempos no ha cristalizado en la “muerte del servicio público”, sino en una reordenación de sus relaciones con la sociedad. El Estado devuelve a ésta funciones y actividades que había asumido antes, pero sin abandonar la escena. El Estado cambia de papel. Se convierte en **cooperativo y garantizador** de los intereses generales que cada vez coinciden más con la realización “real y efectiva” de los **derechos humanos** (de la primera, de la segunda y de la tercera generación). La sociedad ha adquirido más protagonismo pero dentro de los nuevos mecanismos de garantía que sustituyen al autoritarismo unilateral. El puente entre el poder público y la sociedad civil es el pacto. Los convenios en todos los sectores de gran incidencia comunitaria se desarrollaron inicialmente como una praxis con frecuencia carente de ordenación específica, y a veces bordeando la contradicción o elusión de la ordenación heredada. En este avance del cauce paccionado la “privatización” no equivale a un nuevo “laissez faire”, propio del liberalismo histórico, sino a una intensificación de la colaboración social en la gestión administrativa bajo la cúpula común de la realización de los derechos humanos.*

*Esta profunda evolución del **substratum** del Derecho Público –aunque también se refleja en el Derecho privado– adquiere dimensiones especiales en el campo de la protección del medio ambiente, en el que, cabalmente el Art. 45.2 de la Constitución española manda a los poderes públicos que se apoyen “en la indispensable solidaridad colectiva”. Una implicación tan directa de la sociedad en la gestión de la protección ambiental reclama la aplicación de una variedad de técnicas jurídicas presididas esencialmente por el principio de colaboración, entre las cuales los convenios tan desarrollados universalmente, encuentran entre nosotros esa base constitucional.*

*Algunos autores, sin embargo, llaman la atención sobre la necesidad de preservar el sistema jurídico-administrativo tan esforzadamente construido de los efectos iconoclastas que puedan derivarse de esas praxis coyunturales que lo ponen en entredicho. Hace ya muchos años que se reconoció que las Administraciones Públicas tenían el monopolio de la responsabilidad pero no el de la gestión. La reentrada de la sociedad en la colaboración en la gestión no ha cesado. Nuevos instrumentos se han aliado con ese impulso para hacerlo imprescindible en el servicio necesario para la satisfacción de los intereses generales. La sociedad de la información en pleno desarrollo acrece, además con un nuevo arsenal técnico de penetración inexorable en cualquier ámbito de gestión de la solidaridad colectiva para superar la complejidad inherente a la ordenación de la vida en una comunidad avanzada. Los convenios no nacen de relaciones de renuncia o debilitamiento del ejercicio de los poderes públicos y de paralelas adhesiones voluntarias ciudadanas para la autolimitación de los derechos privados. Son en muchos casos, el camino necesario para delimitar y hacer frente a los retos de los impactos, en este caso, en el medio ambiente, producidos por los sistemas de explotación de los recursos o la utilización racional de la naturaleza. En la esencia del todavía joven Derecho Ambiental está el deseo de garantía del goce colectivo de los recursos naturales. Sobre este fondo se proyectan las modali-*

*dades de convenios de colaboración para la tutela ambiental que llegan a ser como fuentes de la ordenación de la materia.*

*El estudio de SÁNCHEZ SÁEZ es como un impresionante friso elaborado con todos los materiales normativos, consensuales y doctrinales, que también incluye miniaturas jurídicas dentro de cada ordenamiento analizado, y ofrece la tercera dimensión con la cuestión dogmática y fundamentadora y las consecuencias de tan denso desarrollo de las fórmulas paccionadas para la tutela ambiental. La gran extensión de la tesis original ha aconsejado la exclusión de algunos capítulos que verán la luz como artículos de revistas.*

*Esta **ópera prima** de SÁNCHEZ SÁEZ, que ha merecido el premio “Blas Infante”, y el “Premio Extraordinario de Doctorado de la Universidad de Sevilla”, acredita también el acierto de aquella decisión generosa de dedicar su vida al oficio universitario.*

*Alfonso Pérez Moreno.  
Catedrático de Derecho Administrativo.*



# PRESENTACIÓN

La evolución es un atributo del Derecho. Las primeras verdades jurídicas –si alguna vez lo fueron– han ido dado tumbos a lo largo de la historia, modulando su ser y su apariencia por la fuerza del uso, torturadas, en fin, hasta un punto en que se nos revelan como relativas y cambiantes.

Esta obra no nace de ningún prejuicio o ideología *avant la lettre* –aun en el caso en que alguna convicción personal pueda caérsenos en algún párrafo– sino que trata de responder a una situación perfectamente objetiva, delimitada por una encrucijada de fuerzas opuestas: por un lado, el Derecho Administrativo viene sufriendo en las últimas décadas un repliegue involuntario, como respuesta a la incapacidad de las Administraciones Públicas de ofrecer el volumen cada vez más ingente de servicios que la sociedad le reclama, con menores recursos y manteniendo un alto nivel de calidad. Como consecuencia, la mayoría de ellas se ha visto forzada a delegar parte de sus funciones clásicas en personas y empresas privadas, concentrándose en mantener la titularidad y la responsabilidad últimas de la prestación. Por el otro, en materia ambiental, el aumento indiscriminado de normas y sanciones administrativas, unido a su complejidad, ha motivado un endémico incumplimiento del Ordenamiento jurídico por las compañías y sectores industriales, que no se empañan al reconocer que pagar las multas les resulta “rentable” si con ello pueden seguir manteniendo un modo de producción barato, aun a costa de la contaminación que provocan.

Así pues, la supuesta crisis actual del Estado del Bienestar no es más que una coyuntura del signo de los tiempos que no cabe achacar al agotamiento en sí del concepto de *procura existencial* (que, al igual que el resto de las ideas-fuerza de las otras etapas históricas por las que ha pasado nuestro Derecho Público, ha quedado ya acuñado intemporalmente en nuestra Constitución). En ese movimiento acompañado entre refracción administrativa y expansión de las actividades privadas de interés público tuvieron su génesis los convenios de colaboración, actuando como nexo entre ambas fuerzas.

Los convenios de colaboración entre Administraciones Públicas y personas físicas o jurídicas sometidas al Derecho Privado se manifestaron por vez primera en la planificación indicativa francesa de la segunda posguerra. En esa puesta de largo para el mundo del Derecho, los convenios se mostraron como un instrumento eficaz de

estímulo de la actividad económica privada, al tiempo que permitían a la Administración seguir dirigiendo la actividad económica, si bien ya no de una manera incisiva y directa, sí de un modo mediato y suavizado. De ese trance ha heredado la institución convencional su acendrada funcionalidad como instrumento administrativo de fomento, que conserva hoy en día en muchas de sus manifestaciones.

En España, y al margen de una tímida primera fase de concertación económica *à la française*, los convenios de colaboración han permanecido infrutilizados hasta hoy. Su proximidad con los contratos administrativos ha oscurecido su brillo propio, lo que, antes que llevar a su estudio, ha sido fuente de confusión para la doctrina y la jurisprudencia, que en no pocas ocasiones los han tratado de equivalentes, o los han analizado bajo un enfoque de género-especie que ha postergado su potencial y su autónoma naturaleza jurídica. En este libro estudiaremos los que entendemos son los auténticos convenios de colaboración, como institución jurídica independiente de los contratos administrativos y de los convenios de objeto contractual (nomenclatura ésta que encierra muchas veces un fraude de ley y que oculta auténticos contratos administrativos especiales).

También el Derecho Administrativo Ambiental está sufriendo su particular *via crucis*. Para paliar su incumplimiento y desuso crónicos, otros países de nuestro entorno hace ya tiempo que empezaron a experimentar con instrumentos de mercado. El comportamiento poco cívico de las industrias de todo tipo se empeña en demostrar tozudamente que la simple conciencia ambiental no es suficiente para compeler a los sujetos a cumplir las normas. No cabe filantropía y sujeción al Ordenamiento cuando media un estímulo superior: el ánimo de lucro que anima a la empresa. A ello se unen las deficiencias que presentan los instrumentos tradicionales de *command and control* del Derecho Administrativo cuando se trata de hacer cumplir las normas o, en general, de arrostrar problemas inminentes, cambiantes y complejos como los ambientales.

Y es que, siendo cierto que las sanciones, reglamentos, licencias, medios de ejecución forzosa, etc. permanecen como elementos fundantes de cualquier actividad administrativa, no lo es menos que su efectividad se reduce bastante en el concreto sector ambiental, por su falta de flexibilidad. Así, por un lado, estas herramientas clásicas no tienen en cuenta la realidad concreta y el tamaño de la empresa contaminadora, de manera que muchas de ellas se ven abocadas a desaparecer, al ser incapaces de realizar las inversiones que les exigen las autoridades ambientales. Valga la siguiente imagen: las normas, las sanciones, actúan como un arte de pesca; en sus redes se quedan muchos peces, pero los grandes los rompen, y los pequeños se escapan. Estos nuevos instrumentos actuarían así como una caña de pescar, capa-

ces de poner el cebo adecuado al tamaño de la presa, llevando a la cesta, en fin, a aquellos ejemplares que la red no ha podido capturar.

Además, aquellos instrumentos tienen un mayor coste de aplicación (requieren de un largo plantel de funcionarios, suficientemente equipados, capaces de sancionar y probar las infracciones, y de expertos muy informados en la realidad de cada sector objeto de normación administrativa, por ejemplo). Al contrario, los instrumentos de mercado apuntan directamente y sin ninguna ingenuidad al principal elemento volitivo de los agentes contaminadores: su dinero.

Una de estas nuevas herramientas son los mal llamados “acuerdos voluntarios” –nomenclatura ambigua y redundante que usaremos en nuestro estudio por extendida– esto es, pactos suscritos entre Administraciones y empresas o sectores contaminantes con el objeto de reducir o solucionar los problemas ambientales de cada uno de ellos, redundando, en suma, en los intereses generales de protección del medio ambiente. Desde la década de los noventa, de una manera más caótica y asistemática que ordenada, las Administraciones y empresas empezaron a ensayar, en la Europa central y norte, EE.UU., Japón o Canadá, fórmulas convencionales de encuentro de voluntades con las que intentar llegar a soluciones individuales y razonables para los complejos problemas ambientales. En una primera etapa inicial, estos instrumentos paccionados carecían de status jurídico y de vinculatoriedad, lo que les ha acarreado no pocos enemigos y críticas justificadas, ya que servían a algunas empresas sin escrúpulos, en muchas ocasiones, como vía de escape de las duras exigencias ambientales impuestas por las leyes. Pasado aquel fervor inicial, nos encontramos ahora en una etapa de reflexión en la que se nos muestra, como labor prioritaria, la construcción de un marco jurídico adecuado y severo con el que aprovechar los beneficios que la voluntariedad de estos mecanismos les otorga, sin perder de vista las garantías que, para los intereses generales, impone el Derecho Administrativo.

En esa línea constructiva se quiere encuadrar nuestro estudio, que elige los convenios de colaboración (institución ya conocida en nuestro Derecho, como decíamos, aunque de un modo insuficiente) como institución jurídica adecuada para llenar ese vacío normativo. En ella se estudian, sin afán de exhaustividad, muchos de los momentos procedimentales previos, actuales y posteriores a la perfección de estos convenios ambientales, analizando los efectos jurídicos, las consecuencias y la problemática que pueden engendrar.

Se estudian también las experiencias que países como Francia, Italia, Alemania o EE.UU. han tenido al respecto, y se llevan y comparan a las incipientes iniciativas paccionadas que se están desarrollando actualmente en nuestro país y en las que confiamos, con los límites necesarios, para abrir un nuevo panorama de tutela ambiental.

Hemos dividido nuestra investigación en dos partes: la primera de ellas, dedicada al régimen general de Derecho Administrativo de los convenios de colaboración celebrados entre Administraciones y personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho Privado, comprende los capítulos primero al tercero. La segunda incorpora la parte específica de los acuerdos en Derecho Ambiental, que hemos enganchado en nuestro país, en los tres últimos temas, con los convenios de colaboración.

En el primer capítulo, como es ya clásico, se estudian los fundamentos constitucionales de la colaboración de los administrados en la administración pública, esto es, en la actividad administrativa. Y los hemos encontrado en el principio de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, en la cláusula del Estado Democrático de Derecho y en la exigencia de eficacia de la acción administrativa.

La participación es un fin en sí mismo, uno de los pocos principios absolutos que dan encarnadura a una democracia: los ciudadanos no lo son sólo por su participación electoral, sino porque comparten responsabilidades en las tareas de mantenimiento de la cosa pública, al margen del resultado concreto que éstas tengan. En esa misma inteligencia se mueve la colaboración, que, sin embargo, conlleva algo más que una simple participación orgánica en las labores administrativas. De la una a la otra se produce una metamorfosis temporal y jurídica en la que se resume la esencia de los convenios de colaboración, y que entraña un salto cualitativo en varios sentidos: en primer lugar, los simples ciudadanos dejan paso a empresarios o asociaciones sin ánimo de lucro; que no se insertan en el ámbito subjetivo de la Administración, sino en su objeto; y moviéndose por un evidente ánimo de lucro, de manera que, a fuer de buscar su interés egoísta, acaban realizando actividades o prestando servicios de interés general.

Paralelamente a ese proceso, la realización del Estado Social de Derecho empezó a dar muestras de fatiga ya en la década de los ochenta del pasado siglo. Las funciones administrativas empezaron a contemplarse de un modo pragmático, lo que hizo bascular la preocupación de la Administración desde la titularidad a la calidad y continuidad del servicio, al margen del concreto sujeto que lo preste. Y a ello siguió como consecuencia lógica una nueva causa de legitimación de la actividad administrativa, a la que ya no le basta el principio de legalidad ni la proporcionalidad para investirse de autoridad ante los ciudadanos, sino que tiene que cargarse de razones, de realidades, de fines cumplidos... de eficacia.

Los capítulos segundo y tercero intentan desarrollar la figura convencional en nuestro país. Versan respectivamente, sobre el marco histórico en que nacen y se desarrollan los convenios de colaboración; su concepto dogmático y naturaleza jurí-

dica; y los límites objetivos que se le imponen a la Administración para celebrarlos, junto con las líneas esenciales de su régimen jurídico.

En un principio, los convenios de colaboración celebrados entre la Administración y los particulares respondían a la necesidad de programar la economía y planificar y racionalizar el actuar administrativo. Posteriormente, más forzados por la crisis del momento que estimulados por los buenos resultados conseguidos, se siguió usando la técnica para fomentar actividades privadas que incidieran positivamente en el interés público gestionado por la Administración firmante: aquí, la subvención se erige en la estrella de este firmamento, asociada ya, para siempre, con un determinado modo de administrar que haría escuela por toda la Europa de los años sesenta, setenta y ochenta.

Cuando hablamos de convenios de colaboración no nos referimos exclusivamente a aquéllos basados en esquemas de fomento (como anteriormente preconizaba la Ley de Contratos del Estado, desde 1.973 hasta 1.988) sino también a aquéllos otros que, como los convenios expropiatorios, urbanísticos o de terminación convencional de procedimientos administrativos, en general, parecen responder a un nuevo espíritu, a una nueva manera de administrar. Los convenios que recoge el art. 3.1, d) del TRLCAP conforman un género del que se escinden dos tipos principales: los convenios no contractuales, excluidos del ámbito del TRLCAP, de naturaleza pública y decididamente administrativa, y los convenios contractuales, de naturaleza administrativa o privada, asimilados a contratos administrativos o privados, típicos o especiales.

Al estudiar los convenios de colaboración celebrados por las Administraciones Públicas con personas físicas o jurídicas sometidas al Derecho Privado, nos estamos enfrentando con una figura difícil, de naturaleza híbrida, a medio camino del contrato y del acto administrativo. A la especialidad de su naturaleza se suma un evidente laconismo doctrinal (pocos estudios han versado exclusivamente sobre estos convenios). Por ello, tras diversas especulaciones inevitables, hemos llegado a la conclusión de que, si bien el régimen jurídico de los convenios puede llegar a ser el mismo que el de los contratos administrativos o privados celebrados por la Administración en la medida que tengan uno u otro objeto, su naturaleza jurídica es autónoma e independiente, con notas y características propias.

En cuanto a su régimen jurídico, la capacidad convencional de la Administración en España fue recogida por vez primera en el art. 2.7 de la Ley de Contratos del Estado introducido por la Ley de 17 de marzo de 1.973. A ello siguió una completa confusión doctrinal a efectos de su nomenclatura: pactos, acuerdos, convenios, convenciones, contratos, conciertos... designaban la misma realidad, al

tiempo que empezaban a surgir los primeros recelos e incertidumbres sobre la legitimidad de estos acuerdos frente al principio de vinculación positiva a la ley.

Actualmente han ido apareciendo preceptos como el art. 88 Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común o, más recientemente, el art. 29 de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, de la Jurisdicción contencioso-administrativa, que intentan introducir criterios de participación ciudadana en el procedimiento y jurisdicción administrativos, haciendo florecer en estos últimos años la administración concertada o paccionada. Finalmente, nos encontramos hoy ante una frecuente perversión del uso de los convenios, en una etapa de fuga del Derecho Administrativo provocada por la voluntad de algunas Administraciones territoriales de contratar obras o servicios recurriendo a convenios con sociedades propias sometidas al Derecho Privado, escapando así de las estrecheces impuestas por las normas de contratación administrativa.

Los capítulos cuarto al octavo conforman la segunda parte de la obra, dedicada a estudiar el fenómeno de la pactación en la concreta esfera del Derecho Ambiental.

El capítulo cuarto inicia el tema en el Derecho Comunitario. Su carácter uniformizador de los derechos nacionales le ha otorgado un importante papel en la jurificación inicial y validación de los acuerdos ambientales. En numerosos documentos oficiales y preparatorios comunitarios a los que hemos tenido acceso se ha apostado por esta nueva herramienta, si no tanto desde un punto de vista dogmático –la naturaleza jurídica híbrida de la figura la hace difícil de unificar en el ámbito europeo–, sí deductivo y programático. La UE se ha pronunciado sobre su uso en la propia escala comunitaria; como medio de los Estados miembros para aplicar directivas; como instrumento normal a utilizar por las Administraciones en el ámbito intracomunitario y como elemento fundante de los sistemas comunitarios de etiqueta ecológica y de gestión medioambiental. A ello se suma su inclusión en varias políticas comunitarias, muchas de las cuales están llegando a los países miembros o lo harán muy pronto.

No podría entenderse el uso de acuerdos voluntarios sin conocer la filosofía política tradicional norteamericana, que prima la libertad, la propiedad y la abstención estatal como dogma irrenunciable y común. Baste recordar que EE.UU., como país, nace y se hace por la voluntad de trabajo, expansión y crecimiento de pobladores y emigrantes llegados desde Europa, que cargaban el Estado sobre sus espaldas en su larga marcha hacia el Oeste. Los acuerdos voluntarios en EE.UU. parecen

conformarse como un mal menor ante la generalizada opinión acerca de la ineficiencia de la normativa. Está por ver cómo logra afianzarse su uso por encima de las tachas de ilegalidades atribuidas a los proyectos de reforma de la normativa llevados a cabo por la Agencia de Protección del Medio Ambiente (E.P.A.).

Francia es, posiblemente después de Holanda, el país europeo donde más acabadamente se ha ensayado esta suerte de tutela paccionada del medio ambiente. Desde un enfoque muy pragmático, su fuerte régimen garantista de Derecho Público no ha sido un óbice imposible para que los acuerdos voluntarios hayan proliferado. Diferenciados de los contratos administrativos, la mayor característica de estos instrumentos en Francia es su posterior inclusión en reglamentos y órdenes prefectuales. Muchos de los tipos de acuerdos que hoy existen en Francia han tenido origen galo, país que tiene el prurito de ser el primer Estado en emplearlos, ya desde la creación de su Ministerio de Medio Ambiente a comienzos de la década de los setenta.

Por su parte, Italia está asistiendo, como el resto de países europeos, a una transformación lenta pero inexorable de sus instrumentos de tutela ambiental. La abundancia de normas se viene considerando negativa para un desenvolvimiento eficaz de la actividad empresarial, razón por la cual la Administración se ha visto necesitada de herramientas novedosas con las que reconducir de manera flexible la contaminación que provocan. Una de ellas, los acuerdos voluntarios celebrados entre empresas, sectores o grupos con diferentes Administraciones, está en alza. Han sido varios casos los ensayados con éxito, fruto, la mayoría de ellos, de largas negociaciones entre las partes.

En Alemania, el peso de la normativa es aún demasiado importante como para dar un marco jurídico apropiado para el libre desenvolvimiento de los acuerdos ambientales. Ello les ha forzado a tomar una vía libre y alegal, no vinculante, lo que ha motivado un gran desarrollo en todos los sectores. Estos pactos, conocidos como *Selbstverpflichtungen*, se oponen a los convenios ambientales propiamente dichos, los *Umweltvereinbarungen*, que, si bien en menor número, aspiran a conformarse como herramientas coercitivas para las Administraciones.

Los capítulos sexto, séptimo y octavo tratan el tema en España, casi siempre *de lege ferenda*. El capítulo sexto es una introducción necesaria sobre el advenimiento en España de los instrumentos paccionados de tutela ambiental y su clasificación.

Con los capítulos séptimo y octavo hemos querido trasladar la proteica fenomenología de los acuerdos voluntarios al régimen jurídico general que construimos en la primera parte de la obra para los convenios de colaboración, que estimamos

debe ser la institución jurídica llamada a compatibilizar en España la voluntariedad y flexibilidad de los instrumentos paccionados de tutela ambiental con las garantías y cualidades que exige nuestro Derecho Administrativo. Sin ser pretenciosos, y aún a fuerza de ser audaces, hemos querido acabar nuestro estudio planteando una cuarta dimensión sobre tres temas novedosos, de prospectiva: la hipotética viabilidad de los convenios ambientales como fuente del Derecho Ambiental; la potencialidad de los códigos de conducta como complemento a la regulación y a los acuerdos voluntarios (de suyo sinalagmáticos), y la posible aplicación parcial de la Directiva sobre Prevención y Control integrados de la contaminación (transpuesta en España por la Ley 16/2.002, de 1 de julio) por medio de convenios.

La metodología seguida ha sido la tradicional. No obstante, a la jurisprudencia y bibliografía españolas hemos tenido que sumar abundantes lecturas de libros y artículos doctrinales extranjeros y comunitarios, para lo que hemos llevado a cabo estancias de investigación en cuatro países de nuestro entorno, gracias a lo cual hemos podido acceder también a ejemplos prácticos de acuerdos ambientales: Bolonia y Florencia, en Italia, con los profesores Giuseppe Caia, Luciano Vandelli y Mario Pilade Chiti, del Centro de Perfeccionamiento en Ciencias de la Administración y la Universidad de Florencia (S.P.I.S.A.), respectivamente; Limoges y París en Francia, bajo la tutela de los profesores Michel Prieur y Matthieu Glachant, del Centro de Estudios Interdisciplinarios de Derecho Ambiental, de Ordenación del Territorio y Urbanismo (C.R.I.D.E.A.U.) y de la Escuela de Minas de París, respectivamente; Cambridge (Boston, Massachusetts), en EE.UU., en la Universidad de Harvard, junto al profesor de Derecho y Normativa Ambiental Cary Coglianese; y Darmstadt y Frankfurt en Alemania, en la sección de Derecho Ambiental del Öko-Institut y la Universidad Goethe, respectivamente, bajo tutela de Eckhard Rehbinder. Paralelamente he realizado un par de visitas cortas a Bruselas para participar como ponente en sendos congresos organizados por la Red Europea de Acuerdos Voluntarios (C.A.V.A., *Concerted Actions on Voluntary Agreements*).

Este libro recoge gran parte de mi Tesis Doctoral, dirigida por el Prof. Alfonso Pérez Moreno en el seno del Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, titulada “Los convenios de colaboración para la protección del medio ambiente”, y defendida el 20 de mayo de 2.002, ante un Tribunal compuesto por los Profesores D. Francisco López Menudo, D. Luciano Parejo Alfonso, D. Michel Prieur, D. Fernando López Ramón y D. José Ignacio López González. A ellos agradezco sus observaciones, que han encontrado eco en las correcciones operadas para la preparación de esta publicación.

Posteriormente, la obra ganó el Premio Extraordinario de Doctorado de la Universidad de Sevilla y la VI Edición de los Premios Blas Infante de Estudio e Investigación sobre Administración y Gestión Pública, en la modalidad B, relativa a “trabajos inéditos sobre Administración Pública, su organización, métodos y técnicas de la función pública, su perspectiva histórica y de futuro y sobre su proyección europea”, que concede anualmente el Instituto Andaluz de Administración Pública (I.A.A.P.), al que agradezco encarecidamente su publicación.

Y, por último, no quisiera dejar de recordar a todas las personas que me han acompañado en este largo tránsito intelectual, artífices también ellos, alguna vez de manera inconsciente, de este pequeño logro. En primer lugar a mi maestro, D. Alfonso Pérez Moreno, que busca y piensa la verdad de las cosas (“*La verdad, más alta que la Luna*”, Neruda). A su ingenio cabe imputar la elección del tema y las luces de esta investigación. En segundo lugar, a D. Francisco López Menudo, anterior Director del Departamento de Derecho Administrativo e Internacional Público de la Universidad de Sevilla, por las atenciones prodigadas. Y, en su nombre, a todo el Área de Derecho Administrativo, desde Catedráticos, su actual Directora (Concepción Barrero Rodríguez), y Titulares hasta mis compañeros becarios y personal administrativo, haciendo una mención especial a los que me han precedido inmediatamente en las labores académicas y docentes, por sus consejos y su amistad sincera, demostrada una y mil veces. Por último, a mis padres (con la certeza de que casi todo lo bueno que pueda haber en mí me viene de su sangre o de su ejemplo), a mis hermanas, a mis abuelos (tan sabios, a su modo), a mis amigos... Y a Isabel, por su amor insondable.



## PARTE 1ª

### LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN CELEBRADOS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS CON PERSONAS FÍSICAS O JURÍDICAS SUJETAS AL DERECHO PRIVADO



# Capítulo 1º: BASES CONSTITUCIONALES DE LA COLABORACIÓN DE LOS ADMINISTRADOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

## I.

---

### EL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN COMO FUNDAMENTO DE LA COLABORACIÓN ENTRE LOS PARTICULARES Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

#### 1. CONTEXTO DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA COMO FUNDAMEN- TO DE LA COLABORACIÓN PRIVADA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

No resulta desdeñable la importancia de la participación ciudadana en los asuntos públicos (tal como la reconoce la Constitución), como género del que se escinde, cronológica y cualitativamente, la colaboración de los administrados con la Administración en la gestión de los intereses públicos. A pesar de ello, un análisis independiente del principio de participación en sí trasciende en mucho nuestra investigación, al tiempo que la haría disconexa y desproporcionada.

Toda investigación científica debe partir de la realidad fáctica, de cuyo escrutinio y estudio riguroso habrán de extraerse algunas conclusiones con las que elevarse al mundo de las ideas, y que tendrán que volver a ser, de nuevo, refutadas o verificadas en la práctica. Siguiendo esta vieja norma de la investigación, nuestro estudio pretende partir de una premisa incontrovertible: la imposibilidad material de que la Administración pueda prestar un volumen cada vez más ingente de servicios a la sociedad, que lo haga con unos niveles de calidad elevada, con eficacia y con sujeción a las exigencias presupuestarias impuestas por el Legislativo<sup>1</sup>. Esta creencia

\*\*\*\*\*  
<sup>1</sup> Aunque los presupuestos del Estado desde 1.996 vienen recogiendo previsiones de reducción del gasto público, ha sido la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2.001 la primera que incluyó la previsión del déficit cero

personal –nada original, por cierto– late en el fondo mismo de la elección de este tema de investigación y en su contenido, que hemos consagrado a la búsqueda de fórmulas con las que superarla desde el Derecho.

Si concibiéramos la historia del Derecho Público y de las organizaciones administrativas como una línea, observaríamos, en un primer vistazo, un tránsito inequívoco desde la concentración absoluta del poder a la atomización actual en su ejercicio. Tras la caída de la monarquía absoluta y el *interin* que supuso la tutela de los ilustrados y de las tiranías, la llegada de la Democracia trajo a la Europa occidental y a los EE.UU. la exclusividad de la Constitución como fuente legitimadora de la *potestas*. Desde entonces, muchos avances democráticos han consistido en una progresiva descentralización del poder, primero de forma vertical, a favor de organizaciones y Administraciones intraestatales (descentralización en entidades locales, regiones, autonomías...), y luego, desde finales del siglo XX, de manera horizontal, por medio de la transferencia (o, mejor dicho, la devolución) de determinados poderes a las personas, entidades, empresas o grupos sociales adecuados, en lo que podemos

–y así la ha seguido, igualmente, la Comunidad Valenciana, en sus presupuestos para el mismo año–. Es evidente que los ejecutivos y legislativos autonómicos son soberanos y libres para modular sus normas presupuestarias al margen de la política mantenida por el Gobierno de la Nación. Sin embargo, recientemente han sido aprobadas la Ley 18/2.001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, y la Ley Orgánica 5/2.001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, que, al grito de déficit cero, va a suponer un impacto desconocido en la práctica administrativa democrática, hasta ahora inflacionaria y acostumbrada a manejar más deudas que ingresos. Los vientos liberalizadores soplan, una vez más, desde Bruselas: el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, acordado en el Consejo de Amsterdam en junio de 1.997, limitó la utilización del déficit público como instrumento de política económica en la Unión Económica y Monetaria. En virtud del referido Pacto, los Estados Miembros de la Unión se comprometen a perseguir el objetivo a medio plazo de situaciones presupuestarias próximas al equilibrio o en superávit, de forma que, cuando los estabilizadores automáticos actúen, el déficit se mantenga siempre por debajo del 3 por ciento. Los Estados también se comprometen a presentar anualmente Programas de Estabilidad o Convergencia. En España, esta política quiere implicar también a todas las Administraciones Públicas, y, con base en el art. 149.1, 13ª CE, esta Ley afecta a todo el sector público estatal y local, y a las CC.AA. indirectamente a través de mecanismos de coordinación. En el art. 7 de la misma se prevé la obligación de que todos ellos incluyan en sus normas presupuestarias los instrumentos y procedimientos necesarios para adecuarlas al objetivo de cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria, de modo que las situaciones excepcionales de déficit presupuestario deberán ser justificadas mediante la exposición de las causas que las ocasionan y la identificación de los ingresos y los gastos que las producen, y requerirán la formulación de un plan económico-financiero de saneamiento a medio plazo para su corrección. El artículo 3.2 de la primera de esas leyes aclara que se entenderá por estabilidad presupuestaria la situación de equilibrio o de superávit, computada en términos de capacidad de financiación de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, y en las condiciones establecidas para cada una de las Administraciones públicas. A nadie escapa que la norma provoca recelos en todas las Comunidades Autónomas no gobernadas por el partido actualmente en el Gobierno, ya que, en su opinión, atenta contra su libertad presupuestaria, eje fundamental de su autonomía. La misma razón aducen los municipios, que se van a ver limitados en su quehacer diario, ya de por sí condicionado por el enorme endeudamiento que arrastran, sin poder solicitar créditos a corto plazo. Así se manifestaron los señores Azpiazu Uriarte y Núñez Castain (de los grupos parlamentarios vasco y andalucista, respectivamente), en el debate mantenido con el Ministro de Hacienda, señor D. Cristóbal Montoro, el día de presentación del proyecto de ley (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 8 de marzo de 2.001, nº. 66, págs. 3.233 y ss.).

llamar **descentralización social**<sup>2</sup>, algo que, para España, todavía más en materia ambiental, supone una tarea enorme aún por desarrollar<sup>3</sup>.

No podemos, sin embargo, desde un escepticismo moderado, dejar de reflexionar sobre la auténtica finalidad –la *causa generandi*– a la que responde la institución fundamental de la participación social. Si partimos de la convicción arriba expresada (esto es, la imposibilidad del mantenimiento del *status* de la Administración como aparato autónomo del poder político, consagrado a la prestación de un abanico de servicios públicos creciente que dificulta progresivamente su eficacia y la estabilidad presupuestaria, que aumenta también paulatinamente su complejidad, volumen y gasto), era necesario plantear soluciones a esta concepción administrativa decimonónica basada en la separación entre Estado y sociedad. Una de ellas iba en la dirección de promocionar mayores y más numerosos medios de acceso de los ciudadanos a la toma de decisiones, pero de una manera nada inocente, que ha llevado en nuestros días a una acentuada descentralización funcional de la actividad administrativa en manos de la sociedad, en aras de una compatibilización de la eficacia (o cumpli-

<sup>2</sup> Creemos que no nos precipitamos si convenimos en que la democracia orgánica comenzó a dar muestras de cansancio desde finales del siglo XX; últimamente, además, con cifras de pasividad escandalosas en elecciones de todo tipo. Los síntomas son sutiles pero clamorosos. Mencionemos sólo algunos de ellos: una tras otra, las consultas populares para elegir los Parlamentos comunitario, estatal o autonómicos se saldan con crecientes índices de votos en blanco o de abstención, proceso que parece directamente proporcional al nivel de bienestar de los países (Suecia, Noruega o Suiza, por ejemplo, Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, F., *El Estado social y democrático de derecho*, editorial Eunsa, Pamplona, 1.992, pág. 204); la avalancha de casos de corrupción incluso en las más altas esferas (recordamos el llamado Informe de los Sabios que echó abajo a la Comisión Europea presidida por Santer); la perpetuación de los mismos grupos políticos en el poder, que crean tentáculos de autosostenimiento y clientelas, etc. Se podrían citar varios ejemplos más, todo lo cual contribuye a crear una atmósfera general de hartazgo hacia la clase política, unida a una sana desconfianza que ha sido denunciada por filósofos contemporáneos (Nozick, Luhmann o Hayek, entre otros) que aboga por un retorno a las raíces de la democracia de las *polis* griegas (mejorada, claro está por el sufragio universal o la abolición de la esclavitud entonces vigentes). Esta "radicalización democrática" pasa, a todas luces, por una devolución de poder a la sociedad que un día lo cedió a los gobernantes (tras el primigenio pacto social) no en un sentido político avieso sino en el meramente jurídico: la necesidad de una mayor responsabilización de los ciudadanos en los asuntos públicos, de un compromiso de participación real en la administración pública, así en minúsculas, como fórmula más adecuada de autogobierno de las sociedades avanzadas y maduras. Ejemplos de estas aspiraciones son los movimientos de democracia cibernética o la creación de cauces de colaboración ciudadana en el ejercicio de potestades públicas (desde la enseñanza, a la administración de justicia, pasando por la redacción conjunta de reglamentos, leyes o actos administrativos). Ha abundado de manera pesimista en esta relación de las miserias de la democracia formal VILLORIA MENDIETA, M., *La modernización de la Administración como instrumento al servicio de la democracia*, INAP-BOE, Madrid, 1.996, págs. 91-100, lo que ha llevado, en su opinión, a una crisis del Estado de bienestar y a la emergencia de la sociedad civil.

<sup>3</sup> Basta con recordar la falta de implicación social en asociaciones sin ánimo de lucro. En España, la Estrategia española para el Uso sostenible para la diversidad biológica ha recogido un dato revelador: ha estimado que existen en España unas 500 organizaciones no gubernamentales vinculadas con la defensa de la naturaleza, de las que sólo entre 350 y 400 tienen alguna actividad. La Coordinadora de Organizaciones de Defensa Ambiental (CODA) aglutina a unas 170 de ellas, que en conjunto pueden implicar a unas 25.000 personas. Otras organizaciones con números comparables, como Greenpeace con 40.000 o WWF/Adena con 25.000, basan la militancia fundamentalmente en un apoyo financiero. Es decir, la actividad real de la población en torno a estos problemas, si consideramos el grado de asociacionismo, es muy baja, sobre todo en relación con países como Francia y Alemania, donde hay millares de estas ONGs. El asociacionismo juvenil español es prácticamente la mitad que la media del resto de países de la UE. Fuente: El País, Lunes, 8 de octubre de 2.001.

miento de lo legalmente mandatado) con la suficiente eficiencia económica deseable en su cumplimiento.

En otras palabras, en la difícil Europa de la posguerra, cuando la tentación de los extremismos ideológicos era común, los Estados occidentales optaron por el mantenimiento de la democracia representativa nacida tras la Revolución francesa, para evitar los riesgos que hubiera traído consigo la aceptación de mayores dosis de democracia directa, acompañada, eso sí, de mayores cauces de participación ciudadana. La participación se conceptúa así jurídicamente –contrariamente a lo que hubiera podido derivarse de su carácter aparentemente subversivo– como un instrumento de techo limitado, con una vocación más continuista que renovadora del sistema político (nótese el matiz)<sup>4</sup>.

Esta “visión participativa” del Estado, en palabras de GARRORENA, nace de la transformación del Estado social desde el propio Estado, no frente al mismo, y se hace carne en el Estado democrático como una apuesta por la profundización de la participación representativa a través de mayores cauces de participación. Esta dialéctica sociológica e histórica de la participación engendrada en la democracia parlamentaria frente al esquema de la democracia directa fue reafirmada por el Tribunal Supremo (Sala 4ª), en su Sentencia de 2 de julio de 1.981, al corroborar que “*La Constitución consagra el principio de democracia representativa y, por tanto, el pueblo sólo puede tener intervención en los órganos representativos cuando la Ley claramente lo disponga*”<sup>5</sup>, algo que también expresa el art. 86.4 LRJAPyPAC.

\*\*\*\*\*

<sup>4</sup> Que existe cierto recelo de hasta dónde puede llevar la participación lo demuestra el art. 69 LRBRL, donde, tras propugnarse la facilitación de la participación en la vida local, se establece que “*Las formas, medios y procedimientos de participación que las Corporaciones establezcan en ejercicio de su potestad de autoorganización no podrán en ningún caso menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por la Ley.*”. Esta dicotomía interna de la participación ha sido subrayada por SÁNCHEZ MORÓN, M., *La participación del ciudadano en la Administración Pública*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.980, págs. 59-76, denotando cómo la participación es, en origen, una emanación de la ideología neocapitalista, que comienza en el Estado social de derecho para acentuarse en el Estado democrático. Influida por las tesis tecnocráticas de Habermas, el autor llega a afirmar que “Técnicamente el problema parte de las insuficiencias del tipo de dominación burocrático weberiano para ofrecer una respuesta eficaz a las exigencias de la Administración moderna. A la complejidad y pluralismo de la sociedad actual se adecua mal un modelo de Administración cerrada en sí misma y separada de esa sociedad por un muro de incomunicación... Ello exige, a su vez, un cambio de método de la acción administrativa. Al principio de autoridad le sustituye el principio de negociación, la concertación con las partes interesadas, el *government by contract*”. Estas palabras, que pueden suscribirse hoy con absoluta modernidad llevan a una consideración de la participación como despublicación, como devolución del poder a la sociedad misma, en el sentido que venimos explicando.

<sup>5</sup> Y también en la STC 18/1.984, de 7 de febrero, donde se añade que “*La configuración del Estado como social de Derecho viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía Derecho Público-privado y agudiza la dificultad tanto de calificar determinados entes, cuando no existe una calificación legal, como de valorar la incidencia de una nueva regulación sobre su naturaleza jurídica*”. El concepto de Estado democrático no es un punto de partida, sino de llegada, por lo que podemos advertir que se trata más de un Estado en potencia que un Estado en acto, más de una aspiración que de un sistema perfecto y acabado, como, a fin de cuentas, es la democracia misma. Uno de los motores de ese cambio es el principio de participación que, para

En definitiva, salvando los referendums, que son la única forma de participación directa incondicionada de la sociedad en el poder político, bajo esta luz deben concebirse las formas institucionalizadas de participación como las que se producen a través del Defensor del Pueblo, el jurado, el Consejo Económico y Social, la iniciativa legislativa popular, etc.

## 2. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Los avatares políticos a los que fue sometida nuestra sociedad a lo largo del siglo XX hicieron que España suspirara por mayores dosis de libertad. Si obviamos las dictaduras, el turno "pactado" de principios de siglo y la guerra civil, pocos años ha podido disfrutar de una auténtica capacidad de autodeterminación democrática.

Afortunadamente, la Constitución de 1.978 instauró un marco jurídico de estabilidad política, incorporando conceptos olvidados como pluralismo político, igualdad, libertad o participación ciudadana en los asuntos públicos. La entrada de la ciudadanía en las esferas de poder debe ser vista, así, como una finalidad en sí misma, como una exigencia ineludible de la Democracia, que se basa, al contrario que otras formas políticas clásicas (oligocracia, plutocracia, gerontocracia, tecnocracia, demagogia, etc.) en la incondicional ascensión de los ciudadanos a los mandos del Estado, al margen de su extracción social, nivel de estudios o poder económico. Aunque pueda sonar jacobino, legitimar la participación ciudadana en aras de una hipotética mejora de la administración de la *res publica* es peligroso: así se lo hizo creer Hitler desde un punto de vista extremo, no parangonable pero sugerente, a los ciudadanos alemanes con su nacionalsocialismo, o Stalin a los rusos, cosificando a la sociedad para alinearla. Una instrumentalización política de la participación social puede llevar al extremo de prescindir de ella cuando las cosas no funcionan bien, por lo que

Garrorena, supone la aspiración hacia un Estado democrático "más pleno". Por ello, la realización plena de la participación trasciende ampliamente la mera participación política del art. 23 CE y pasa por **hacer real y efectiva** la participación general de art. 9.2 y también, dentro de ella, v. gr., la de los arts. 48 ó 129.2 CE), de modo que la sociedad acabe tiñendo las esferas de poder más comunes y amplias, hasta llegar a la participación en el tejido económico, en las empresas, también en las públicas, por supuesto. A esa evolución hace referencia, posiblemente, la alusión que en el Preámbulo de nuestra Carta Magna se contiene acerca de la concepción de la española como una "sociedad democrática avanzada", copiada de la Constitución soviética de 1.977 y que, más allá de las ideologías, implica una concepción dinámica del proceso democrático. Poco añaden al respecto las SSTC de 16 de noviembre de 1.981 y 28 de enero de 1.982, en que el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cláusula del art. 1 CE. Cfr. GARRORENA MORALES, Á., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, editorial Tecnos, Madrid, 1.984, págs. 142-151 y 206-207.

debe concebirse más como un *príus* incondicionado, imprescindible puntal de toda Democracia al margen de modas, formas de gobernar o de la eficacia intrínseca que pueda implicar para los intereses generales no contar con ella. La participación de los ciudadanos en los tres poderes del Estado, por tanto, tiene vocación de fin en sí misma, de autocontrol de la clase dirigente, de limpieza rutinaria en las altas esferas de poder (de atmósfera generalmente enrarecida), de sustanciación de la Democracia y, sobre todo, **de una conciencia de necesaria autoresponsabilización de la sociedad y de implicación en la llevanza de los asuntos públicos, más allá de los cauces institucionalmente establecidos y de los partidos políticos eventualmente en el poder y, lo que puede resultar chocante, más allá incluso de los mejores o peores resultados que con dicha participación se puedan conseguir para la cosa pública.** Lo fundamental es, pues, la interpenetración entre el Estado y la Sociedad, como esencia de la Democracia<sup>6</sup>.

Consciente de ello, nuestra Constitución ha incluido en su Título Preliminar el grave encargo a los poderes públicos de facilitar la participación de todos los ciuda-

\*\*\*\*\*

<sup>6</sup> Por ello nos resulta chocante la afirmación de MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *La participación en la Administración Pública. Principios y Límites*, III Jornadas Jurídicas, mayo de 1.985, La Participación, Anuario de la Facultad de Derecho del Estudi General de Lleida, cuando establece como uno de los límites del principio de participación la eficacia administrativa. Ambos principios no se oponen, sino que se complementan. Lo importante –repetimos– es la mixtificación de la Administración con la Sociedad, y así lo ha subrayado la STC 18/1.984, de 7 de febrero, donde se expresa favorablemente a hacer posible la participación de los ciudadanos en la vida cultural y social, llevando al campo de la organización dicho fenómeno, que «se traduce tanto en la participación de los ciudadanos en la organización del Estado como en una ordenación del Estado de Entidades de carácter social, en cuanto su actividad presente un interés público relevante». Dos son las consecuencias prácticas de esta mixtificación: por un lado, la posibilidad de que las Administraciones pueden crear entidades de base asociativa privada que no son Administración pública, a pesar de cumplir fines de interés general (las llamadas “entidades de carácter social”, por ejemplo, Cajas de Ahorro o fundaciones), y, por otro, que los ciudadanos pueden entrar a participar en esas mismas asociaciones y prestar servicios a la sociedad desde fuera del aparato administrativo. Este fenómeno, que en opinión de este autor supone una difuminación de las fronteras de lo público y lo privado, se enclava en la idea de participación, ya que, a fin de cuentas, dichas organizaciones se encuentran, de alguna o de otra forma, afectadas por la Administración, que interviene en su creación o en su ordenación. Este dato fundamental diferencia estas entidades de aquellas otras exclusivamente privadas con las que puede concertar la Administración para la consecución de los mismos intereses públicos. Cfr. FONT I LLOVET, T., *Algunas funciones de la idea de participación*, en R.E.D.A., n.º. 45, 1.985, págs. 45 y ss., Madrid. Aunque Font derive la idea de participación más del Estado social que del democrático es consciente de los cambios que la idea de participación está produciendo en los dogmas del Derecho Administrativo, y que tienen proyección en la organización o la responsabilidad administrativa, por ejemplo. Es indudable que los sistemas autocráticos se han legitimado siempre, paradójicamente, como instrumento de servicio al pueblo. Desde los períodos de tiranía en Grecia (recordemos a Gorgias o Solón) pasando por la usurpación por César de las tareas del Senado romano o por el despotismo ilustrado y llegando a las más modernas formas de gobierno totalitario unipersonal socialistas o fascistas (encubiertas bajo la etiqueta de democracias formales), los dictadores han estado siempre convencidos de que gobernando uno se gobierna mejor, más fácilmente, lo que supone llegar a soluciones sencillas para problemas complejos, sin tener que recurrir a la molesta toma en consideración de las variadas opiniones del pueblo, que entorpecen la dinámica del poder. Y, aunque pudiera demostrarse empíricamente que en determinados momentos prebélicos o de urgencia se consiguen mejores resultados para el bien común con un gobierno tiránico, ello nunca legitimaría la sustitución de la Democracia, porque lo importante es la participación del pueblo en la toma de decisiones, como unidad teleológica en sí misma, por encima de los logros que puntualmente pudieran conseguirse.

danos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2 CE), no supeditada a fin inmediato alguno, sino más bien como una premisa para un correcto ejercicio del poder, que aleje el fantasma de la arbitrariedad, dulcifique el principio de legalidad y asegure el respeto de los derechos individuales y sociales de los individuos.

Este precepto, nunca debidamente ensalzado, es la bandera y centro de los específicos modos de participación que se recogen a lo largo de otros artículos de la Constitución: la participación social en la enseñanza (art. 27.5); en las plusvalías generadas por la acción urbanística de las Administraciones (art. 47); de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural (art. 48); de las organizaciones de consumidores y usuarios en la actividad pública para la tutela del consumo (art. 51.2); la audiencia a los ciudadanos y organizaciones sociales en el procedimiento de elaboración de los reglamentos que les afecten (art. 105, a) o de los actos administrativos (art. 105, c); de los ciudadanos en la administración de justicia, a través del Jurado, de los tribunales consuetudinarios o de la acción popular (art. 125); la participación en la Seguridad Social, en las organizaciones que busquen la mejora de la calidad de vida y del bienestar social (art. 129.1), o la participación en la empresa (art. 129.2)<sup>7</sup>.

La obligación que el art. 9.2 CE impone a los poderes públicos de facilitar la participación social tiene dos corolarios: por un lado, “facilitar” significa ayudar a realizar algo que ya viene siendo realizado, esto es, coadyuvar, lo que implica que la obligación de participar en los asuntos públicos debe ser primeramente impulsada por la sociedad misma, como en toda democracia efectiva que se precie; por otro lado, arrastra el lógico anverso de la **obligación administrativa** de ayudar a la sociedad a realizarse mediante la participación en los asuntos públicos –como cualquier actividad de la Administración–, que no es otro que el subsiguiente **derecho fundamental** de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públi-

<sup>7</sup> Por cierto, que respecto de la participación de los trabajadores en la empresa, la opinión unánime de la doctrina es que ha quedado minimizada y hueca. Ya, *de radice*, en el propio texto constitucional se integra en un artículo, el 129.2, que no llega a constituir siquiera un derecho económico ni social de los del Capítulo III del Título I. Además ha tenido un desarrollo legislativo escaso y poco progresivo, como lo demuestra el hecho de que el art. 61 (que desarrolla el art. 4.1, g) ET, donde se declara como un derecho básico del trabajador en la empresa) sigue manteniendo la misma redacción que hace veinte años. Sobre los tipos de esta participación y su alcance, puede verse, por ejemplo, AGUILERA IZQUIERDO, R., *Instituciones de participación y, en especial, delegados de personal*, en Revista Española de Derecho del Trabajo, Civitas, nº. 100, Número especial sobre El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después, 2.000, págs. 1.239–1.244 y RIVERO LAMAS, J., *Participación y representación de los trabajadores en la empresa*, en Revista Española de Derecho del Trabajo, Civitas, nº. 84, 1.997, págs. 493 y ss., que la califica acertadamente de “democracia industrial” (pág. 493).

cos, con los requisitos que señalen las leyes (art. 23). Esta participación hace alusión al sufragio universal activo y pasivo de los ciudadanos, y se relaciona directamente con la participación política de los ciudadanos a través de los partidos políticos que propugna el art. 6 CE<sup>8</sup>.

De todas formas, conscientes como somos de la configuración representativa de la Democracia, es honesto coincidir con RAMÍREZ GIMÉNEZ cuando alude a un doble condicionamiento del desarrollo de la participación omnicompreensiva que parece instaurar el art. 9.2 CE, y que no son otros que la mayoría política que se encuentre en el poder y el diseño del marco social, jurídico y económico que la misma Constitución establece en otras partes de su articulado. Respecto al primero es obvio recordar que, dependiendo del sentido ideológico del partido en el poder (ya sea en el ámbito local, autonómico o estatal), serán más tenidas en cuenta las aportaciones de los determinados administrados que compartan la misma visión de la cultura, economía o derecho. Este límite es, pues, valorativo y maleable pero absolutamente real. En referencia al segundo cabe reseñar su naturaleza objetiva, pues los límites a la participación y colaboración administrativa vienen impuestos por el marco habilitado por la Constitución en otros de sus artículos y por el resto del Ordenamiento jurídico<sup>9</sup>.

Y a pesar de que en el art. 23 CE se da entrada a la posibilidad de una participación ciudadana a título individual, resulta también diáfano que nuestra Ley de Leyes ha apostado por una democracia de partidos, ya que el art. 6 CE atribuye a éstos el rol de cauce natural e instrumento fundamental para la participación política de los ciudadanos, mal menor imprescindible para asegurar la gobernabilidad.

<sup>8</sup> Resulta evidente la conexión entre los representantes del pueblo en el Parlamento y el principio de participación. El propio Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en alguna ocasión acerca del mandato jurídico que el principio de democracia y el derecho fundamental de participación impone en aquéllos. En concreto, en su STC 5/1.983, Fdto. Jco. 4º, a) y c), que declara inconstitucional el art. 11.7 de la Ley de Elecciones Locales por ir contra el art. 23.2 CE, al prever una causa de extinción en el cargo de concejal por expulsión del partido que lo acoge, ya que "los representantes son de los ciudadanos y no de los partidos...". Vid. Comentario realizado sobre ésta y la STC 10/1.983 (continuidora de la misma jurisprudencia, que llega a calificar el derecho del art. 23 CE como "derecho fundamental interactivo", basado en la estabilidad de los representantes) por MANUEL ABELLÁN, Á., *Los representantes y el derecho de participación en el ordenamiento jurídico español*, en Revista de Estudios Políticos, nº. 84, 1.994, págs. 201-207.

<sup>9</sup> Se nos ocurren, por ejemplo, límites a la participación económica (como el enriquecimiento injusto o la libre competencia), cultural (los propios límites presupuestarios o la necesidad de desarrollo legislativo del derecho a la participación que se recoge en el art. 48 CE) o administrativa (dependiendo de si se es o no interesado en un procedimiento, etc.). Para RAMÍREZ GIMÉNEZ, el Estado social y democrático de Derecho supone, entre otras cosas, la ejecución de la política, en buena medida, mediante el consenso de los afectados, así como la conversión del Estado social en un gran distribuidor y *manager* que pone en marcha nuevas formas de democracia económica y social (cogestión, participación en empresas, etc.) que vaya más allá de una mera democracia representativa basada en los partidos. Vid. RAMÍREZ GIMÉNEZ, M., *La participación política*, editorial Tecnos, Madrid, 1.985, págs. 33 a 39.

Es en esta **democracia orgánica y procedimentalizada** donde la participación individual de los ciudadanos debe actuar como valor por explotar, como cuña de un potencial retorno a la prístina democracia directa del ágora, al margen de las inevitables organizaciones o partidos políticos interpuestos. Para no caer en la ingenuidad, diremos que es comprensible que ya no podamos regresar a aquellas divinas ciudades-Estado, a aquellas doradas Atenas o Esparta donde cada ciudadano debía abandonar su oficio periódicamente para servir a sus ciudadanos a cambio de una remuneración; pero ese espíritu participativo, animado en el fondo por una profunda vocación de servicio desinteresado a la generalidad, es al que se debe volver, forzándolo incluso desde las leyes o por la propia Administración. A ello hemos de constatar que los avances tecnológicos y la inserción de España en la Unión Europea abocan a un inexorable repliegue del Estado y al consiguiente compromiso de las empresas privadas en las tareas públicas.

En palabras de RODRÍGUEZ-ARANA, "...uno de los retos del Estado democrático desde el punto de vista ético se encuentra en la necesidad de que los ciudadanos se interesen y participen en la vida colectiva", hasta el punto de "...<<sustituir>> Estado por Sociedad, llamando Sociedad del bienestar lo que hasta ahora era Estado del Bienestar, como consecuencia de un modelo que tiene como premisa la participación porque busca el origen de sus energías en el hombre"<sup>10</sup>.

Algunas manifestaciones del fenómeno han tenido un efecto retardado, pero no menos importante: la plasmación del Estado social en las décadas de los setenta y ochenta en España está empezando a suponer ahora una sustitución del acto de gravamen (como forma de emanación general de la voluntad administrativa) por otras maneras pactadas y negociadas de ejercicio de la autoridad. La actividad prestacional ha hecho de la actividad contractual o de fomento algo común. Sin embargo, la crisis del Estado del Bienestar en la que nos encontramos sumergidos está llevando a un mayor recurso a las fuerzas sociales, más que a la pura participación, que parte de la premisa de una etapa más antigua de Administración, ya superada<sup>11</sup>.

\*\*\*\*\*

<sup>10</sup> Compartimos con el autor la evaluación que realiza del signo de los tiempos que vivimos. En su opinión, existe un déficit de participación que ha sido fomentado desde el poder, obviándola como lo que es, la "esencia misma" de la Democracia, de modo que "Una actuación que no persiga, que no procure un grado más alto de participación ciudadana, no contribuye al enriquecimiento de la vida democrática y se hace, por lo tanto, en detrimento de los mismos ciudadanos a los que se pretende servir"... "La tarea no es fácil porque no se trata de forzar la participación, sino de hacer posible que los ciudadanos quieran participar y colaborar en las tareas públicas porque son conscientes de que su aportación es esencial para el funcionamiento del sistema". Reproducimos literalmente sus palabras por su interés. Vid., RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Nuevas claves del Estado del Bienestar (hacia la Sociedad del Bienestar)*, editorial Comares, Granada, 1.999, págs. 127-141.

<sup>11</sup> Para SÁNCHEZ MORÓN, M., La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos, en la obra colectiva SÁNCHEZ MORÓN, M., TRAYTER, M. y SÁNCHEZ BLANCO, A., *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1.992, de Régimen jurídico de las*

Precisamente, de “crisis del Estado del bienestar” ha hablado SCHMIDT-ASSMAN, autor alemán muy destacado por sus agudas observaciones sobre la reforma de la actividad y de las formas administrativas. En esa inteligencia, que compartimos sin reservas, la crisis no significa algo necesariamente peyorativo, sino que denota más una profunda transformación de las formas de expresión de la voluntad administrativa, que abandona por ineficaz la exclusividad de los actos de gravamen y normativos para completarlas con la búsqueda pactada de soluciones. A ello ha llevado además, en su opinión, la cada vez mayor escasez de recursos y la necesidad de hacerse con información de primera mano (que se encuentra casi siempre en manos de los administrados y empresas). Todo ello ha llevado a simplificar los procedimientos, a un replanteamiento crítico de las tareas administrativas (*Kritik der Verwaltungsaufgaben*) y a la imposición de un Estado de garantía (*Gewährleistungstaat*), en lugar de un Estado de intervención directa (*Erfüllungsstaat*). En resumidas cuentas, la crisis del concepto clásico de dirección (*Steurung*) está construyendo al Derecho a la “idea de orden” (*Ordnungsidee*), que lleva consigo la capacidad de dar cuenta de procesos a largo plazo, de identificar las líneas maestras de su desarrollo, así de analizar y comparar la funcionalidad de diversos modelos<sup>12</sup>.

### 3. LA PARTICIPACIÓN DE LOS CIUDADANOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Trataremos muy brevemente este extremo, teniendo presente que el tema ha sido ya objeto de múltiples análisis en nuestra doctrina y que el objeto de nuestro estudio es otro. En esencia, es el artículo 105 CE el que ha dado pábulo a la concepción de una Administración Pública participada, siendo la primera vez en nuestra historia constitucional que ocurre algo semejante<sup>13</sup>.

\*\*\*\*\*  
*Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común*, IVAP, Oñati, 1.995, págs. 9, 12, 15-16, esto trae causa de una generalizada huida del Derecho Administrativo que se muestra, en lo general, en una preferencia por el recurso a la pactación y, en particular, por la expansión de formas de terminación convencional del procedimiento administrativo, siempre en ámbitos donde exista discrecionalidad.

<sup>12</sup> Vid. SCHMIDT-ASSMANN, E., *El Derecho Administrativo General desde una perspectiva europea*, en *Justicia Administrativa*, nº. 13, octubre de 2.001, págs. 6-11.

<sup>13</sup> Lo cual se explica en la intensa relación, ya subrayada, entre participación y Democracia. A lo máximo que se llegó en la etapa preconstitucional fue a que la Ley de Procedimiento de 1.958 recogiera en su art. 130.5 la posibilidad –que quedaba en manos del Ministro correspondiente– de que, cuando la naturaleza de la disposición así lo aconsejara, se sometieran las disposiciones generales (reglamentos) a información pública durante el plazo que en cada caso se señalara, con la agravante, además, de que, aún en el caso en que se dieran ambas condiciones, podía el Ministro eximir de información pública las órdenes ministeriales en cuya elaboración existiera urgencia y que no versaran sobre materias de estructura orgánica, régimen de personal o procedimiento. El apdo. 4º del art. 130 sólo permitía la participación de la organización Sindical y demás Entidades que por Ley ostentaran la representación o

Y es que la participación de los administrados en la Administración sólo es tal si es biunívoca, esto es, si consiste en una corriente de ayuda o información mutua entre ambas partes. No cabría por tanto, desde nuestro punto de vista, conceptualizar así el mero acceso de los individuos a los registros y archivos públicos (arts. 105, b) CE y 35, h), 37 y 38 LRJAPyPAC), ni el pago de impuestos, por ejemplo. Tampoco el acceso de los ciudadanos a la condición funcionarial, ya que, desde ese mismo momento dejan de serlo para pasar a ser propiamente Administración.

Sí responden a ese *nomen* las dos vías que, en sus letras a) y c) prevé el art. 105 como lugares de encuentro entre los ciudadanos y el aparato administrativo:

1) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten, y

2) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado. Ambas cláusulas fueron objeto de un pronunciamiento del Tribunal Supremo (STS de 8 de junio de 1.981) en el que se garantizaba su virtualidad y aplicación directa sin necesidad de posterior desarrollo legislativo.

Tal es la importancia de la participación ciudadana en la Administración, que la Ley 4/1.999, de 13 de enero, que modificó la LRJAPyPAC, la ha incluido en el Título Preliminar como uno de los principios fundamentales que rigen las relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos (art. 3.5). Y es en la propia LRJAPyPAC donde se hacen novedosas concesiones a la entrada de los administrados en la misma Administración (verbigracia, en su art. 22.2, que permite la creación de órganos colegiados mixtos, compuestos por miembros de la Administración y por entidades representativas de intereses sociales) o en la gestión de sus intereses públicos (por ejemplo, en lo tocante a la participación de los interesados en los procedimientos administrativos, ya sea a través de los trámites de audiencia (art. 84) o información pública (art. 86) o mediante su derecho a formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia (art. 35, e), pero, sobre todo, mediante su derecho a participar en la elaboración de disposiciones administrativas y en el procedimiento de producción de actos administrativos.

\*\*\*\*\*  
defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por dicha disposición, que expondrían su parecer en razonado informe, en el término de diez días, a contar desde la remisión del proyecto, salvo cuando se opusieran a ello razones de interés público debidamente consignadas en el anteproyecto.

Con carácter general, el procedimiento de elaboración de los reglamentos se encontraba positivado en los art. 129 a 132 de la Ley de Procedimiento de 1.958, ya que los preceptos del capítulo I del Título VI fueron salvados por la LRJAPyPAC de 1.992 (Disp. Derogat. 2, b)). Actualmente se encuentran derogados, para el Estado, por la Disposición Derogatoria Única de la Ley del Gobierno, que, en su art. 24 recoge el procedimiento de elaboración de los reglamentos para el Estado. Afortunadamente, tras una vacilante jurisprudencia que concibió como puramente discrecional y contingente el trámite de audiencia en la elaboración de las disposiciones administrativas de carácter general, la entrada en vigor de la Constitución –cuyo art. 105, a) recoge en términos más amplios este trámite– ha confirmado la preceptividad del mismo, y su carácter de irregularidad invalidante en caso de que se omita. Otro cantar es el de las organizaciones que deben ser escuchadas<sup>14</sup>.

Para la Administración del Estado, dicha regulación ha sido desarrollada por la Ley del Gobierno. En lo que nos interesa a nosotros (que no es otra cosa sino el grado y calidad de la intervención de los ciudadanos en su redacción), son los apartados c), d) y e) los que han ampliado la regulación anterior, los ya citados apdos. 4, 5 y 6 del art. 130 de la L.P.A. de 1.958. La apertura que el art. 105 a) CE y la Ley del Gobierno han traído consigo, significa una conceptualización *ad sidera* de la audiencia, legítima para cualquier ciudadano que alegue una afectación de un derecho o interés legítimo y para las organizaciones y asociaciones reconocidos por la ley, siempre que, en estos casos, tengan fines que guarden relación directa con el objeto de la disposición<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> La jurisprudencia siempre se mostró vacilante respecto de la obligatoriedad de admitir el parecer razonado de los grupos cuyos intereses se estimaran afectados por el futuro reglamento. Sentencias del Tribunal Supremo como las de 9 de mayo de 1.984, 16 de junio de 1.984, 9 de marzo de 1.985, 15 de febrero de 1.985, 17 de octubre de 1.986 o 12 de mayo de 1.987 lo entendían como un trámite discrecional de la Administración, cuya omisión no pasaba de ser una mera irregularidad no invalidante. Sin embargo, la STS de 15 de octubre de 1.982 supuso una matización de esa línea jurisprudencial, pétreo hasta el momento en sus postulados, aceptando la imperatividad de la audiencia cuando los casos en que la propia disposición lo impusiera con carácter preceptivo. Desde ese momento, la erosión de la voluntariedad de la audiencia fue constante, hasta llegar a pronunciamientos claros a favor de la preceptividad, cuando así se interpretaban los conceptos jurídicos indeterminados que contenía el precepto, como confirman las SSTs de 22 de diciembre de 1.982, 29 de diciembre de 1.986 o 19 de mayo de 1.988, hasta llegar a la de 10 de mayo de 1.990, que, sin ambages, reasegurando a las anteriores, recoge literalmente que “En cuanto al artículo 130.4... no es aplicable la excepción que al mismo permite el artículo 130.6... no es discrecional, ni menos potestativo, sino obligatorio... en virtud de lo dispuesto en los artículos... 105, a) de la Constitución...”. Respecto de las organizaciones que deben ser escuchadas, la última jurisprudencia, bastante asentada, obliga a la Administración a notificar el trámite de audiencia a aquellas que sean de representación obligatoria, esto es, cuando se trate de asociaciones que no sean de carácter voluntario, como los Colegios profesionales, y con la excepción de sindicatos y patronales, generalmente, a pesar de su carácter voluntario (como confirmó la STC de 8 de abril de 1.992). Así lo entendieron las SSTs de 22 de mayo de 1.991 y 16 de marzo de 1.992. Las demás asociaciones, constituidas al amparo del derecho de asociación del art. 22 CE (si el reglamento afecta a intereses que les son propios), podrán también informar el proyecto de reglamento si así lo solicitan, si se lo conceden y acuden voluntariamente a hacerlo (STSS de 8 de mayo de 1.992, de 14 de octubre de 1.996 y de 31 enero 2.001).

<sup>15</sup> La jurisprudencia ha ido horadando la rigidez del requisito del reconocimiento legal de los grupos que podían presentar alegaciones, pasando a incluir, en un principio, a los sindicatos y organizaciones representativas de los intereses empresariales. Hoy en día también se reconoce ese derecho a cualquier asociación constituida volunta-

Y es que, aparte de la teoría de la participación administrativa que doctrinalmente se ha venido construyendo alrededor de la participación directa (la que se produce a partir de sugerencias o iniciativas espontáneas de los ciudadanos, v. gr. al informar un PGOU), el signo de nuestros tiempos ha traído consigo la colaboración de empresarios o asociaciones con la Administración, novedosa forma de participación indirecta en la medida en que ayudan a la Administración a prestar un servicio público a la colectividad, y que GONZÁLEZ NAVARRO ha llegado a intuir en lo que él denomina “participación-respuesta a un estímulo que parte de la Administración”, y que otros autores califican como “fórmulas cooperativas de participación”. El fenómeno atiende a una serie de supuestos en que la actividad realizada por el particular, siendo estrictamente privada, parece estar orientada hacia fines públicos concretados en la aprobación de planes o en una determinada acción de fomento llevada a cabo por la Administración<sup>16</sup>.

## II. DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS A LA COLABORACIÓN DE LAS EMPRESAS Y ASOCIACIONES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: UN PASO DECISIVO EN LA CONSAGRACIÓN DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Perdida hace tiempo la inocencia y la bondad del *cives* hacia sus conciudadanos, e inmersos en el capitalismo colectivo, no debemos caer en la ingenuidad de propugnar un compromiso desinteresado del individuo como el de la antigüedad. Al contrario, siendo conscientes de las opciones políticas e ideológicas que la historia ha ido decantando, la participación de los individuos, singularmente considerados, ha ido dejando paso a la colaboración de las empresas y asociaciones privadas en la

riamente al amparo del derecho de asociación, que se encuentre registrada en el Registro Nacional de Asociaciones del Ministerio de Interior (si es de ámbito nacional) o en los Registros Homólogos de las CC.AA., (a los efectos de publicidad que reclama el art. 22.3 CE, conforme a la Ley 191/1.964, de 24 de diciembre, de Asociaciones), siempre que la Administración tenga referencia de ella por la actividad por ella desplegada cerca de la Administración (STS de 21 de noviembre de 1.990).

<sup>16</sup> Cita González Navarro como ejemplo, la creación administrativa de zonas promocionables, antes llamados polígonos y zonas de desarrollo industrial, que luego veremos en mayor profundidad. Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley 4/1.999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1.992*, editorial Civitas, Madrid, 1.999, págs. 111-113. Otras manifestaciones de la participación indirecta de los administrados son, por ejemplo, la que se da por medio de acciones populares, o la misma participación orgánica (inserción de legos en órganos consultivos, de evaluación, participación de asociaciones privadas de interés público en la consecución de fines públicos como fundaciones, cajas de ahorro, explotaciones agrarias ejemplares, etc).

administración de las modernas Democracias, en un movimiento recíproco y acompasado con el del Estado (éste buscando fórmulas más económicas e igualmente eficaces de servicio público y aquéllas movidas por su ánimo de lucro).

La esporádica participación de los individuos en los asuntos públicos ha pasado, pues, de ser una obligación impuesta o concesión del poder para con sus ciudadanos a una obligación impuesta por los dictados de la economía y de la reducción del aparato administrativo que viene operándose desde los años ochenta en las Democracias occidentales.

Ya en 1.968 vislumbraba el profesor PÉREZ MORENO, en un trabajo de juventud poco difundido, los peligros a que podía conducir una participación social en la Administración cuando la sociedad en la que nace está poco madura para llevarla a cabo, cuando abundan las elites y los “secundarios”, los “simples ciudadanos”, no saben o no pueden enterarse de las decisiones públicas que les atañen<sup>17</sup>. Más tarde, en un artículo publicado diez años después de la entrada en vigor de la Constitución, admitía el mismo autor una cierta decepción en la aplicación concreta del principio de participación en la vida social, jurídica y económica del país, concurriendo el fallo esta vez (a diferencia de lo que se denunciaba anteriormente) más en la Administración que en los ciudadanos, en una España en profundas transformaciones. En una línea de pensamiento muy parecida a la que hemos explicado arriba, denunciaba el autor que la carencia de estímulos públicos para promover la participación ciudadana supuso, en la práctica, un doble fenómeno nada deseable: por un lado, la astenia participativa general, que ha sumido al ciudadano medio en la apatía hacia todo lo que huele a público y compromiso; por otro, para casos puntuales que sí pueden interesar a grupos o asociaciones concretos (llámese, por ejemplo, la elaboración de un reglamento o la audiencia pública en la concesión de licencias, por ejemplo) la falta de mecanismos procedimentales francos y expeditos ha conllevado el desbordamiento y posterior encauzamiento de la participación por la vía informal de hecho, forzando a los individuos que quieren ser escuchados a solicitar reuniones, citas y otros supuestos informales de participación, cuando no a la pura contestación. Son precisamente ambas causas la que, desde nuestro punto de vista, siguen siendo válidas –entre otras más de índole económica y sociológica– para explicar la sustitución de la deseable participación institucionalizada y de la real actividad

\*\*\*\*\*

<sup>17</sup> La fractura entre elites y secundarios ha sido denunciada por SANI en un país de parecida idiosincrasia (en lo tocante a participación ciudadana) al nuestro, Italia. Cfr. SANI, G., *Ciudadanos y sistema político: participación y cultura política de masas en Italia*, en Revista de Estudios Políticos, n.º. 79, 1.993, págs. 121–126, donde habla de una primera etapa de oscurantismo participativo hasta los años ochenta y de un posterior auge y decadencia en las dos últimas décadas del XX, anticipando prácticamente en una década la situación española.

informal de la Administración actual por una colaboración ciudadana no incrustada en la persona de la Administración sino realizándose de manera exógena<sup>18</sup>.

La evolución sufrida no es baladí, pero la transformación sigue siendo legítima: el fulcro entre ambas etapas (participación-colaboración) no es otro que el mantenimiento de la finalidad de la Administración Pública en el servicio a los intereses generales, habiendo cambiado sí el resto del escenario<sup>19</sup>.

Cuando hablamos de colaboración (palabra que, por cierto, aparte de para referirse a las relaciones Estado-CC.AA., sólo menciona la Constitución en relación con los ciudadanos en el art. 131.2 CE, para mencionar el papel de los sindicatos y de las organizaciones profesionales, empresariales y económicas para planificar la economía), hacemos alusión a una participación no informal de las empresas, a una utilización por la Administración de la madurez de algunos agentes sociales, atrayéndolos hacia sí con contraprestaciones económicas o ayudas de todo tipo, y que ha frugado en el auge de la contratación administrativa y, sobre todo, de los convenios de colaboración, justo lo contrario de la oficiosidad y gratuidad de la participación que proponen los arts. 9.2 y 23 CE.

Retenemos, sin embargo, que la mente preclara del poder constituyente de 1.978 había previsto esta metamorfosis. Nada menos que en su art. 1.1 CE, inspirado claramente en el art. 20, 1 de la *Grundgesetz*, cuando, nada casualmente, habla de España como Estado social y **democrático de derecho**, algo que ha sido interpretado por muchos autores como el anclaje constitucional de todo el proceso que veni-

\*\*\*\*\*  
<sup>18</sup> Cfr. PÉREZ MORENO, A., *La colaboración social en la gestión administrativa*, Anales de la Universidad de Sevilla, vol. XXVII, 1.967 y PÉREZ MORENO, A., *Crisis de la participación administrativa*, en R.A.P., nº. 119, 1.989, págs. 92 a 116. Para el autor, además, el incremento de la colaboración ciudadana se debe también al incremento de los cometidos de la Administración, que lleva no sólo a una politización de los mismos sino a una mayor petición a los particulares para su prestación conjunta. Entre los riesgos de una participación proclamada pero no deseada cita el autor la presión ejercida por los *lobbies* para enriquecerse. El profesor sevillano fue el primero de hablar, en plena efervescencia democrática (en su trabajo de 1.989), de una crisis de la participación, acosada por la indolencia de los ciudadanos y por la renuencia de la Administración a fomentarla. Tenemos, además, que proclamar la emoción que nos supone visitar los escritos del maestro y reafirmar cómo late en su letra la misma llama que ahora nos ha embarcado en esta investigación, y así, por ejemplo, por cómo expresaba el autor su preocupación, por la legitimidad de las soluciones paccionadas Administración-administrados como válvula de escape a la insuficiencia de participación efectiva (págs. 100-101).

<sup>19</sup> El carácter dinámico del Derecho Administrativo y de su objeto ha sido también apuntado por los maestros GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*, Civitas, novena edición, Madrid, 1.999, págs. 56 y 57 bajo el concepto material de "giro o tráfico administrativo", en el bien entendido de que éste es integrado por "toda la actividad que los particulares no pueden realizar en cuanto tales". Obsérvese que de esta definición cabe inferir las mismas conclusiones: la Administración reducirá sus cometidos en la medida en que aumenten las prestaciones que la propia sociedad sea capaz de proporcionarse por sí misma, si bien, claro está, el núcleo último de toda actividad privada de interés público será siempre público, importa a la Administración, quien velará por su correcta prestación, por el control de los parámetros de calidad, por el acceso en condiciones de igualdad y mérito a su titularidad, etc.

mos comentando, concentrado prioritariamente en la descentralización social y horizontal que apuntamos arriba, en un mayor protagonismo de los individuos, empresas o asociaciones *uti singuli*, al margen de los colectivos en los que se insertan, en un movimiento recíproco y simultáneo al comentado repliegue de la Administración<sup>20</sup>. De hecho, por principio democrático se entiende la preeminencia de la voluntad de la mayoría, de la fuerza de la legalidad parlamentaria, pero siempre con respeto de las minorías<sup>21</sup>.

La consumación del Estado democrático de derecho que plantea nuestra Constitución como punto de llegada, partiendo del Estado social de derecho, está aún por llegar. Y en ese *continuum*, varios autores han considerado que el catalizador de la evolución se encuentra en el grado de consentimiento que los ciudadanos otorguen a sus gobernantes sobre el *quantum* de poder que quieren que éstos ejerzan<sup>22</sup>.

El carácter evolutivo que desprende la interpretación literal del art. 9.1 CE ha sido confirmado por uno de los artífices de la *mens legislatoris* de la Constitución, GREGORIO PECES-BARBA. El ponente por el Grupo Socialista, corredactor del art.

\*\*\*\*\*  
<sup>20</sup> Quede claro que no concebimos el paso de la participación a la colaboración como una reacción posterior a un inicial movimiento de atrofia del Estado. El volumen del aparato público está directamente relacionado con la madurez de la sociedad a la que sirve, por lo que ambas fuerzas se mueven siempre simultáneamente tomando la iniciativa a veces una y a veces otras, pero casi siempre al unísono y de manera inconsciente, en lo que constituiría una imagen muy parecida a la implosión–expansión del universo que ha teorizado Stephen Hawking. La meta de todo proceso histórico futuro debe ser, ineludiblemente, que los servidores dejen actuar de por sí cada vez más a la sociedad, que, en su origen cedió todo el poder a través del pacto social a una minoritaria clase dirigente, pero que, cada vez más madura y civilizada, aspira a recuperar su brillo perdido. Es más, ¿sería la estación de término final de este macroproceso una sociedad sin gobernantes, tan reflexiva y tolerante que no necesite de guardianes ni políticos y capaz de autogobernarse porque lo hace cada uno de sus miembros? ¿Es esto una utopía o habrá un momento de inflexión en forma de guerra –algo que, por otra parte se ha dado en todas las épocas– que impida llegar a ese término y nos condene a un eterno retorno o a un movimiento pendular de la historia, a ese “dejarse caer” que propugnaba Nietzsche cuando hablaba del fatalismo ruso (Cfr. NIETSCHE, F., *Ecce Homo*, M. E. Editores, Madrid, 1.993, pág. 53)? Y, lo que es aún más profundo, ¿no es verdad que el mundo sigue progresando objetivamente hacia no se sabe dónde a pesar de todas las guerras, injusticias y retornos que se han dado a lo largo de la historia de los procesos políticos? Todas estas preguntas yacen en el substrato filosófico de la colaboración jurídica de los ciudadanos en las tareas administrativas y han de quedar fozosamente sin respuesta.

<sup>21</sup> Así lo dice el Tribunal Constitucional en su Auto nº. 215/2.000, de 21 de septiembre de 2.000, Fdto. Jco. 2º.

<sup>22</sup> Así, por ejemplo, GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *Teoría del Estado y derecho constitucional*, Vicens Universidad, 3ª edición revisada, 1.987, Barcelona, págs. 23 y 24, 458–461, para quien la evolución sería cuestión de la credulidad de la sociedad en sí misma como esqueleto del sistema político al que se tiende, si bien el concepto de poder consensual es intrínsecamente ambiguo. Podíamos decir, siguiendo su terminología, que la sociedad pasa de ser crédula a incrédula, lo que “implica imperativamente una progresiva democratización de la sociedad, una mayor participación de los ciudadanos en todos los aspectos de la vida colectiva y una transformación de las estructuras socio–económicas”. Para PÉREZ LUÑO, E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1.986, págs. 231–237, esa continuidad existe y lo que la Constitución ha querido consagrar con ese precepto es la exigencia de interpretar la estatalidad social y democrática como principios coetáneos entre los que se da una mutua interdependencia y conexión interna, sin que los adjetivos social y democrático deban interpretarse como alternativos sino como convergentes. El hecho de que el propio Peces Barba, ponente de la Constitución por el grupo socialista, como sabemos, revelase que se evitó una redacción del estilo “Estado social de Derecho en transición hacia el estado democrático de Derecho” por no haber sido aceptado por Alianza Popular habla a las claras de los tintes ideológicos que el Estado democrático tenía de socialismo, sin dejar de ser curioso también cómo los partidos de centro y derecha han querido posteriormente situarse sobre ese mismo tipo de Estado como fundamento de sus políticas liberalizadoras.

1, ha señalado en repetidas ocasiones que la intención primera fue la de definir España como Estado democrático, por entenderse que este término englobaba al Estado social y que al final se optó por usar el verbo en presente para dar la imagen de continuidad y perfeccionamiento hacia el Estado democrático. La coletilla social fue incluida por el grupo popular<sup>23</sup>.

La participación de los particulares en la administración pública ha sido bien estudiada por la doctrina española. Casi toda ella suele convenir que su fundamento jurídico se encuentra en la sustanciación del Estado social y democrático de derecho, como uno de sus principios esenciales<sup>24</sup>. En particular, clásica resulta ya la idea de LUCAS VERDÚ, para quien el art. 9.2 CE supone toda una declaración de intenciones, en la medida en que, al admitir la existencia de obstáculos en la sociedad y de una mayor necesidad de participación ciudadana, está indirectamente concibien-

<sup>23</sup> Algún intento hubo en el Senado de cambiar la idea de evolución hacia el Estado democrático de Derecho por un concepto estático de Estado de derecho. En concreto, el senador Cela introdujo una enmienda, apoyada por UCD, en la que se decía que España "queda constituida en un Estado democrático y social...", lo que hubiera cercenado de raíz las posibilidades expansivas del precepto. Para Peces-Barba, además, el primer inciso del art. 9.2 CE (que hace referencia a la promoción de la libertad y la igualdad y a la remoción de los obstáculos para su realización efectiva) debe ponerse en contacto con la participación que propugna ese artículo in fine, de modo que lo que se busca es un Estado basado en la realización de los derechos fundamentales (sintetizados todos ellos en esos dos valores superiores del Ordenamiento jurídico) y la co-participación de los ciudadanos en su extensión. Con este importante matiz se llega a una idea de participación bidireccional, como apuntamos, basada en la labor ciudadana para avanzar en los cambios que requiere la evolución hacia el Estado democrático. Cfr. PECES-BARBA, G., *La Constitución española de 1.978. Un Estudio de Derecho y Política*, Fernando Torres editor, Valencia, 1.981, págs. 28-29 y 39. Va más allá BASILE, quien difiere del carácter revolucionario del precepto, subrayando más el contenido esencialmente ideológico del art. 9.2 CE, ya que, en su opinión, éste "no va más allá de la justificación del intervencionismo público corrector de desequilibrios en atención al mantenimiento del sistema económico actual y, por tanto, contra su propio tenor, no ha sido incluido en función de una efectiva transformación social". BASILE, S., *Los "Valores superiores", los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas*, en la obra colectiva dirigida por PREDIERI, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución española de 1.978*, Civitas, 1.980, págs. 265 y 267.

<sup>24</sup> Así, GONZÁLEZ NAVARRO, F., *El Estado social y democrático de derecho*, editorial Eunsa, Pamplona, 1.992, págs. 201-211, que concibe el Estado constitucional español como un sistema conformado por los subsistemas social, democrático y jurídico (en alusión a los adjetivos del art. 1 CE), y, más concretamente, haciendo de la participación uno de los tres ejes del Estado democrático, junto con el pluralismo y el principio del origen democrático del poder político. En su opinión, la participación es la esencia de la democracia, su "eje axial", que se ha desarrollado en lo práctico hasta materializarse en formas de Administración concertada. La considera, más que como un derecho, como una potestad de los ciudadanos por el propio hecho de serlo, aunque en este punto no quede demasiado claro por qué excluye del concepto estricto de participación la de los ciudadanos en procedimientos administrativos (v. gr., en la elaboración de reglamentos, o, por ejemplo, en la terminación convencional de procedimientos, que es, en nuestra opinión, una nueva forma de administrar) o la gestión mixta de servicios públicos. Tal vez esté pensando el autor en una participación espontánea nacida *ex novo* de los particulares, sin que medie estimulación administrativa o, en todo caso, en una participación integrada en el aparato administrativo al estilo de un coadyuvante, ejerciendo una tarea complementaria a la actividad administrativa unilateral, a la que se une. También excluye el autor de la participación el ejercicio privado de funciones públicas. En esa misma línea se muestran SÁNCHEZ MORÓN, M., *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.980, pág. 104 y en su otro trabajo *Notas sobre la función Administrativa en la Constitución española de 1.978*, en la obra colectiva dirigida por PREDIERI, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución española de 1.978. Estudio sistemático*, págs. 625-628 y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La participación del administrado en las funciones administrativas*, en el Libro homenaje a Royo Vilanova, Madrid, 1.977, págs. 305 y ss., en lo que denomina "fórmulas cooperativas de participación".

do el Estado español como un Estado social en vías hacia un Estado democrático de Derecho, que, si bien incipiente, aún está por realizar<sup>25</sup>.

Aunque la participación y colaboración de los ciudadanos nacen de un contexto común (la sociedad) y van encaminadas directa o indirectamente a la consecución del interés general, pueden verificarse algunas de las notas diferenciales específicas entre ellas, del tránsito de la una a la otra, que son las siguientes:

1ª. La primera se halla en el núcleo mismo del concepto de Administración Pública: la participación se entiende realizada, mayormente, de forma interna, cuando los ciudadanos pasan a integrarse en el aparato administrativo con la intención de conformar conjuntamente con la Administración la voluntad de sus órganos, de influir en las decisiones administrativas. La colaboración también tiene origen exógeno, pero no suele insertarse en la esfera subjetiva de la Administración. Pensemos en los convenios de colaboración, contratos, gestión indirecta de servicios públicos, el ejercicio privado de funciones públicas o, en general, en los entes privados de carácter social –fundaciones, ONGs, etc.).

2ª. Mientras que la participación es gratuita y espontánea, la colaboración supone un paso hacia la búsqueda del beneficio económico, siendo, en esencia, interesada por parte de los particulares y empresas, quienes actúan siempre movidos por cierto afán de lucro, a la que se puede añadir contingentemente alguna generosa convicción de servicio público. Se incorpora, pues, un *animus lucrandi*.

3ª. Allende el carácter neutral (a lo sumo corporativo) de la acción participativa se mueve la colaboración, que es demandada también por la Administración en aras de una mayor eficacia, ya que su contenido es en muchas ocasiones de índole pericial o técnica y puede explicarse en el paso a una sociedad más compleja, dominada por la supremacía de la economía, las telecomunicaciones o las preocupaciones ambientales. Siendo el sector privado el principal depositario de la tecnología y la especialización de los conocimientos, no es de extrañar que la Administración tenga que

\*\*\*\*\*  
<sup>25</sup> De ahí su “carácter utópico”, el carácter desiderativo del Estado democrático que se quiere en España, enunciado más como un “puede ser” o deber ser. Es, efectivamente, con fundamento en el art. 1 como debe interpretarse correctamente el art. 9.2 CE y viceversa, ya que en éste se apunta “a condiciones de índole socioeconómica capaces de transformar los aspectos todavía formales, o incompletos, en orden a la justicia y a la igualdad del estado social de Derecho. Dicho de otro modo: se trata de realizar de un modo más profundo y amplio las exigencias de la juridicidad de un Estado conforme a Derecho (*rechtsstaatliche*) en sentido material”. Cf. LUCAS VERDÚ, P., *Comentario al art. 1 CE*, en la obra colectiva, dirigida por ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1.978, Tomo I*, Cortes generales–editoriales de Derecho unidas (Edersa), Madrid, 1.996, págs. 112.114. El punto de llegada de esta evolución, se plantea el autor, puede ser un Estado autogestionario, cuyo significado no acaba de aclarar pero cuya sustancia parece querer fijar en una mayor participación ciudadana en los asuntos públicos (art. 23 CE).

recurrir a ellos llamando a la colaboración de los particulares. No obstante esa creciente demanda de ayuda externa existen también órganos de consulta de expertos cuya actividad se inserta, por medio del principio de participación, en el ámbito subjetivo de la Administración (tribunales de oposiciones, por ejemplo).

4ª. Y tal vez la más importante diferencia entre participación y colaboración en el ejercicio de la actividad administrativa es la naturaleza sustancialmente sustitutiva de la acción colaboradora respecto de la principal acción administrativa que la sollicita<sup>26</sup>. Esto es, mientras que la participación viene a complementar la competencia o potestad administrativa en la que se inserta, cuando una empresa o industria colabora en la prestación de un servicio público lo hace en lugar de la actuación administrativa que se hubiese ejercido unilateralmente. Esta característica rubrica la naturaleza reformadora de la Administración que se le adjudica a la colaboración, yendo más allá de la función meramente renovadora del ejercicio del poder que implica la participación, como ya hemos explicado.

### III. LA COLABORACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LAS PERSONAS FÍSICAS O JURÍDICAS SOMETIDAS AL DERECHO PRIVADO

#### 1. Origen histórico

Tras la Revolución Francesa, en plena revolución industrial, el crecimiento de las demandas ciudadanas (higiene, alimentos, transporte...), la migración del campo a la ciudad, los descubrimientos tecnológicos y el incremento subsiguiente de la esperanza de vida fueron factores desencadenantes del advenimiento del servicio público como concepto central del Derecho Administrativo, lo que trajo también consigo una paralela y progresiva colaboración de los particulares en su prestación.

\*\*\*\*\*

<sup>26</sup> No es un fenómeno desdeñable la tendencia a la desregulación y al desmembramiento del aparato administrativo de la mayoría de países europeos (entre ellos España), que, no obstante no haber significado una reducción drástica del "peso" de la Administración sí ha llevado, en la práctica, a un cambio en las formas de organización administrativa, de manera que se prefiere ahora las técnicas negociales o consensuales allí donde sea posible, sobre todo en el ámbito económico. El recurso a la sociedad ha sustituido, pues, a veces, a la acción administrativa, en búsqueda de una mayor eficiencia. Así lo estima también SÁNCHEZ BLANCO, Á., *La apertura a la negociación con los ciudadanos de los procedimientos en el ámbito económico*, en la obra colectiva SÁNCHEZ MORÓN, M., TRAYTER, M. y SÁNCHEZ BLANCO, Á., *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1.992, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común*, IVAP, Oñati, 1.995, págs. 87, 103-123, donde llega a calificar a la nueva Administración de "ectoplasma". Efectivamente, esta nueva Administración está suponiendo una sustitución de la participación por la colaboración de los ciudadanos, lo que no sólo no se hace en perjuicio del interés general sino en su propio beneficio, poniendo el ejemplo de la terminación convencional de los procedimientos administrativos del art. 88 LRJAPyPAC.

Fue la Escuela de Burdeos de DUGUIT y sus discípulos quienes más teorizaron acerca de la delegación del ejercicio de los servicios públicos y de la figura del concesionario<sup>27</sup>. GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ clasifican las formas de participación en orgánica, funcional y cooperativa:

Mientras que la primera supone un ingreso de los particulares en la propia subjetividad de la Administración, en la segunda el ciudadano no pierde su condición de tal, actuando espontáneamente en funciones administrativas de un modo externo, y la tercera, que es la que más nos interesa, responde a un estímulo de la propia Administración, quien a través de una acción de fomento, da pie a que el particular, a través de su actuación colaboradora, facilite la consecución de intereses generales. En esto radica fundamentalmente el “quid” de la colaboración en relación con la participación en sentido estricto, ya que el administrado ayuda a componer los intereses generales pero no porque tenga una conciencia de servicio al bien común, sino porque la Administración se acerca a él porque le interesa su ayuda, envolviéndole en su actuación<sup>28</sup>.

## 2. SUS BASES CONSTITUCIONALES

El dogma del monopolio administrativo en el ejercicio de funciones públicas está acabando por ceder ante la presión de los hechos. Los fulgurantes cambios que se

<sup>27</sup> Sobre la evolución de esta idea en Duguit, Jèze o Roland y su influencia en la génesis de la idea de colaboración, puede consultarse la modélica exposición realizada por CARRILLO DONAIRE, J. A., *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2.000, págs. 46 a 52. Para este autor, la conformación de la colaboración privada en el ejercicio de funciones públicas obedece a un doble fenómeno: uno primero, también en lo cronológico, consistente en la delegación de la gestión de determinadas labores públicas en los particulares, ya fuera por imposibilidad material administrativa de prestarlos o por pura conveniencia; y otro segundo, más reciente, coincidente con un repliegue del aparato administrativo, con la era de las privatizaciones y la desregulación de corte neoliberal, que ha llevado a las empresas privadas a tener que llenar los vanos dejados por la construcción del Estado. Ello ha llevado a una “delicuescencia de los otrora claros límites jurídicos entre el Derecho Público y el Derecho Privado”.

<sup>28</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II., Civitas, Madrid, 1.993, págs. 87 a 95. La participación tradicional es entendida, por el contrario, por estos autores como “una apreciación libre del interés general, normalmente voluntaria, aunque eventualmente forzosa –siempre que ésta no defina una situación relativamente permanente y general en una ocupación estable– y no profesionalizada o retribuida dentro del sistema de intercambio de bienes” (pág. 87). Esta participación desinteresada no se da cuando hablamos de colaboración, como podemos comprobar, por ejemplo, en el Derecho Tributario, en que la figura del colaborador siempre busca un interés propio. Por ejemplo, las Asociaciones administrativas de contribuyentes en las contribuciones especiales (subsección sexta de la sección cuarta del capítulo tercero de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, arts. 36 y 37), que son asociaciones administrativas voluntarias con fines de promoción y control de las obras municipales que puedan revertir en su beneficio inmobiliario. Vid. Análisis que sobre las mismas ha realizado LUCHENA POZO, G. M., *La asociación administrativa de contribuyentes en las contribuciones especiales como medio de participación ciudadana en la Hacienda Local*, en Revista de Hacienda Local, vol. XXVII, nº. 79, 1.997, págs. 61 y ss., quien las califica de entidades asociativas de base privada de carácter vicarial (pág. 72).

producen a diario en las circunstancias económicas y el devenir de la sociedad posterior al Estado social empiezan a provocar una claudicación de la Administración ante determinados sectores privados, en aras de una mayor eficacia, del mantenimiento de la calidad de las prestaciones, o, sencillamente, de la imposibilidad material o presupuestaria de mantener el nivel, cada vez más alto, que el incremento de la demanda de calidad de vida exige del Estado posmoderno.

De esta forma, GONZÁLEZ-VARAS ha calificado al “colaborador” como “el sujeto, generalmente una empresa movida por un ánimo de lucro, que, de forma organizada, realiza en conjunción con los poderes públicos una función propia de éstos. Los colaboradores son grupos de apoyo de la Administración (*lean administration*) y se explican ante la necesidad de descargar a la Administración de funciones auxiliares, o para lograr la realización más eficaz, mejor o más barata de una determinada función de los poderes públicos. A diferencia de los modos tradicionales de colaboración, ésta no se hace de manera esporádica sino estable y organizada (ni tampoco forzosa sino voluntariamente).”<sup>29</sup>.

Siguiendo a este autor, el tránsito entre la participación y la colaboración ha determinado el nacimiento de dos tipos de ésta: la colaboración empresarial (institucionalizada y basada fundamentalmente en el ánimo de lucro) y la no empresarial, que llevan a cabo, fundamentalmente, las organizaciones no gubernamentales (ADENA, Médicos sin Fronteras, etc.) o humanitarias, como la Cruz Roja Española, por ejemplo<sup>30</sup>.

Late en el fondo del principio de colaboración un alto grado de voluntarismo de la Administración, quien, en su actuación diaria puede optar por imponer unilateralmente su voluntad o, por contra, por consensuar sus actos y disposiciones en lo posible. Éste es el sentido que tiene la opción por la pactación, que no deja de ser una “nueva manera de administrar”. Sin embargo, (confirmado ya por la Constitución el componente participativo de la colaboración), se aprecian ciertos condicionantes intra y extrajurídicos que constriñen esa libertad de opción por la

\*\*\*\*\*

<sup>29</sup> Para este autor la colaboración trae causa de la participación de los ciudadanos, pero no ya de la que surgía de manera espontánea e individualizada, basada en los incentivos que otorgaba el Estado (llámese, en el caso de los polígonos industriales o los conciertos económicos). El ejemplo paradigmático es el de la colaboración empresarial en las actividades de policía y de vigilancia, conforme permite la Ley 23/1.992, de 30 de julio, de Seguridad privada. Y si la función policial es susceptible de ser prestada por empresas privadas, qué no decir de otras funciones menos problemáticas desde el punto de vista de su prestación por particulares, como la de vigilancia de la actividad cinegética, la seguridad de las cárceles, etc. La colaboración, además, aunque se base en el *animus lucrandi* de los empresarios, supone una repercusión indirecta en el bien común, sin suponer, propiamente una manifestación de la privatización. Vid., GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *El desarrollo de una idea de colaboración en el Derecho administrativo, con el ejemplo de la seguridad privada y otros*, en R.E.D.A., nº. 94, 1.997, págs. 203 y ss.

<sup>30</sup> Fundada en 1.864, de acuerdo con la Conferencia Internacional de Ginebra de 1.863, como institución humanitaria de carácter voluntario y de interés público.

colaboración más allá de lo que sucede con la participación: mientras que la entrada de los particulares en la Administración o en los asuntos públicos en general transcurre por cauces institucionalizados y no llega a comprometer la esencia del *imperium* administrativo, la colaboración de los empresarios en el ejercicio de actividades de interés general o el propio ejercicio privado de funciones públicas implica algo totalmente diferente, una cesión de poder a la sociedad por parte de la Administración, algo que encuentra límites jurídicos obvios en el principio de legalidad o en el de indisponibilidad de las potestades administrativas –como veremos más a fondo en los capítulos siguientes– y condicionantes metajurídicos más sutiles, más bien económicos y técnicos, que empujan a la Administración a acercarse a los ciudadanos<sup>31</sup>.

Además, mientras que la colaboración entre Administraciones Públicas es una exigencia de la coordinación y del Estado compuesto que plantea la Constitución, siempre que no se utilicen para atribuir competencias<sup>32</sup>, la participación de los agentes sociales en los asuntos públicos no sólo constituye un mandato constitucional positivo que obliga a los poderes públicos a permitir la entrada de ciudadanos en la gestión de los intereses generales sino también otro negativo que tiene un ámbito de exclusión, esto es, que impida a dichos poderes arrebatar a la sociedad parcelas de participación históricamente ganadas a las instituciones<sup>33</sup>.

\*\*\*\*\*

<sup>31</sup> En este sentido, tiene una gran trascendencia práctica la observación que hace SANTAMARÍA PASTOR al respecto de la participación. Y es que más allá del encargo evidente que el art. 9.2 CE realiza a los poderes públicos para facilitar la participación, en ese precepto no se explicita un deber jurídico vinculante para los mismos sino una directriz, una "línea de actuación posible y lícita en el marco del Estado democrático, pero en absoluto un precepto constitucional vinculante y de eficacia genérica". Coincide el autor con la atribución a la participación de las principales manifestaciones de la colaboración de los ciudadanos en la administración, como el ejercicio privado de funciones públicas, la entrada de particulares en el procedimiento administrativo o los cauces de negociación o concertación colectiva. Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen I, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, tercera edición, Madrid, 2.000, págs. 118–119.

<sup>32</sup> Existe un importante *corpus* jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre convenios de colaboración interadministrativos, sobre todo entre el Estado–CC.AA. y entre ambos con los municipios. Pueden verse las siguientes SSTC de 13 de julio de 2.000, de 29 de junio de 2.000, de 21 de diciembre de 1.999, de 11 de octubre de 1.999, de 1 de julio de 1.999, de 2 de julio de 1.998, de 10 de abril de 1.997, de 28 de noviembre de 1.996, de 22 de julio de 1.996, de 18 de abril de 1.996, de 5 de diciembre de 1.995, de 14 de julio de 1.994, de 12 de noviembre de 1.993, de 8 de marzo de 1.993, de 6 de febrero de 1.992, de 28 de febrero de 1.991, de 10 de julio de 1.986 y Autos de 29 de enero de 1.991, de 16 de enero de 1.990, y de 8 de junio de 1.989. No podemos extraer de este completo cuerpo de jurisprudencia aprovechamiento alguno para nuestros convenios, ya que la doctrina allí vertida se relaciona más con el reparto de competencias que con la naturaleza jurídica de la figura misma, en la que nunca entra el Tribunal. Tampoco la causa del recurso a la colaboración en sede interadministrativa (la coordinación o cooperación para un más razonable ejercicio de competencias concurrentes o como modo de auxilio administrativo) es trasladable a las relaciones convencionales Administración–particulares.

<sup>33</sup> Así, en la STC de 16 de junio de 1.994, en los recursos de inconstitucionalidad en relación con la Disposición Final Décima de la Ley 4/1.990, de 29 junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1.990 que suprime el carácter de Corporaciones de Derecho Público de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana (**Antecedente 7º**), los diputados recurrentes alegan que "la Disposición final décima de la Ley 4/1.990 ha incurrido en inconstitucionalidad por cuanto no está habilitado el legislador para absorber en la Administración Pública la personalidad jurídica, patrimonio y personal de unas entidades que ostentan –junto a su personalidad jurídico-pública– una ostentación de personalidad jurídica propia".

Sin embargo, ese mandato negativo de abstención no es absoluto. Por ejemplo, no se conculcaría por el hecho de que el Estado, en el ámbito de su libertad para publicar cualquier actividad y monopolizarla declare una actividad como servicio público de interés general, vedada a la libre competencia de la actividad privada, dado que la participación social se ve suficientemente representada por el concurso de las empresas privadas en la gestión indirecta del servicio, a través, verbigracia, de concesiones de servicio público, que establecen una relación de colaboración entre las partes<sup>34</sup> que va más allá, como decimos, de la simple participación de los ciudadanos.

*sible dimensión privada. Al hacerlo así ha «publicado», como lo hizo la Ley de 30 de mayo de 1.941 lo privado insertándolo indebidamente en el Estado.*

Tal medida va en contra del mandato de pluralismo social básico en el Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1), ya que la intervención estatal se ha producido desarticulando ese Estado social, privando a la sociedad de un cauce de participación centenaria que la Constitución (art. 9.2) impone a los poderes públicos fomentar y facilitar. Las instituciones para esta participación, protegidas por el art. 52 CE, estaban ya creadas; no se entiende por qué el legislador las suprime y –en forma vaga e inconcreta– alude a la posibilidad de que se creen otras nuevas. Por todo ello queda claramente demostrado la vulneración del art. 52 CE por la Disposición impugnada al eliminar el pluralismo social y económico existente, sin causa que lo motive y sin asegurar su posible reproducción.”.

<sup>34</sup> Así se expresa la STC de mayo de 1.994, en los recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Consejo Ejecutivo y el Parlamento de la Generalidad de Cataluña, el Parlamento Vasco y cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con la Ley 10/1.988, de 3 mayo, de regulación de la Televisión privada, que fue desestimado. **En su Fundamento Jco. 6º se dice que** “Tanto el Parlamento Vasco como los Diputados recurrentes del Grupo Parlamentario Popular denuncian en sede constitucional que es –a su juicio– incompatible con la titularidad de los derechos fundamentales recogidos en el art. 20.1 de la Constitución la configuración de la televisión como un servicio público esencial de titularidad estatal (art. 1 de la Ley), como dice el Preámbulo, en los términos del art. 128.2 de la Constitución; un servicio público cuya gestión indirecta se realizará (dice el art. 2 de la Ley) por sociedades anónimas en régimen de concesión administrativa. Según los citados parlamentarios, la *publicatio* que la idea de servicio público supone implica, además, una invasión de la libertad de empresa y de la iniciativa privada constitucionalmente reconocidas (art. 38)... **En la STC 12/1.982 (fundamento jurídico 4º), se expuso que la consideración de la televisión como un servicio público esencial** recogida en el art. 1.2 del citado Estatuto de la Radio y la Televisión la fundamenta el legislador en el Preámbulo de dicha Ley (párrafo 1.º) en el hecho de **que sea un vehículo esencial de información y participación política de los ciudadanos, de formación de la opinión pública, de cooperación con el sistema educativo, de difusión de la cultura española y de sus nacionalidades y regiones, y medio de contribución para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (...).** Con mayor relevancia para nuestros fines, **en la STC 106/1.986 (Fundamento Jurídico 3º) se aclaró que la declaración de la actividad de radiodifusión –sonora y de televisión– como servicio público no supone, por sí sola, un obstáculo insalvable para la gestión por los particulares de esa actividad (...).** El art. 128.2 de la Constitución permite a la Ley reservar al sector público «recursos» o «servicios esenciales», y una interpretación literal aunada a otra sistemática, derivada del uso de dos expresiones constitucionales que no pueden querer decir lo mismo, obliga a entender que los «servicios esenciales» de una comunidad no tienen por qué ser «recursos» naturales o económicos; es esa una noción que, por su amplitud, puede abarcar a estos servicios de radiodifusión de indudable importancia o esencialidad en las sociedades de masas contemporáneas, para suministrar información plural a través de determinados soportes técnicos y permitir formar opinión pública (...). Como dijimos en la STC 108/1.993 (fundamento jurídico 3.º), en un caso referido al otorgamiento de concesiones de emisoras de radiodifusión en modulación de frecuencia, la concesión es el acto administrativo que permite el acceso de una persona física o jurídica a la gestión indirecta del servicio público y por el cual el concesionario se obliga a prestar un resultado, satisfaciendo unos determinados requisitos y condiciones técnicas; de manera que se establece a partir de ella una peculiar relación de colaboración entre la Administración concedente y el concesionario en el ámbito de la gestión del servicio.” (El subrayado es nuestro).

Un ejemplo de colaboración de las empresas en la realización de actividades de interés público puede ser el que recoge el art. 77.1 TRLGSS, que permite que las empresas, individualmente consideradas, puedan colaborar, en relación con su propio personal, en la gestión de la Seguridad Social. Se aprecia suficientemente claro en este ejemplo cómo la participación que el art. 129.1 CE permite a los trabajadores y empresarios en la Seguridad Social, ha sido superada por esta otra forma de participación, más colaborativa. Mientras que en aquélla se produce una defensa de los intereses colectivos de trabajadores y empresarios en la Seguridad Social a través de los sindicatos y los representantes de los empresarios, o por medio de Mutuas de Accidentes de Trabajo, la colaboración empresarial se hace siempre en relación con los empleados propios, lo que denota esa diferencia fundamental entre participación y colaboración (es decir, entre participación funcional y participación cooperativa, en la terminología ya citada de GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ) que hace relación a la espontaneidad y concienciación de defensa de los intereses generales en el primer caso, y de búsqueda individual del beneficio propio, sólo indirectamente coadyuvantes del bien común, en el segundo, por ejemplo, a través de formas de autoseguramiento, pago directo a los propios trabajadores de las prestaciones por incapacidad, fórmulas de pago delegado a cargo de la entidad gestora de la seguridad Social, etc<sup>35</sup>.

Siendo el principio de participación el tronco del que nace la colaboración, o, mejor dicho, siendo la colaboración la modalidad propia de expresión de la participación en nuestros días, dicho principio, de naturaleza expansiva y deseable, ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional, como competencia, a las Comunidades Autónomas, a las que, por ejemplo, ha permitido desarrollar los grupos sociales y porcentajes de los mismos que debían representar a los ciudadanos de la Comunidad

\*\*\*\*\*

Por el contrario, los recurrentes de ese mismo asunto consideraban lo contrario, es decir, que la declaración de un servicio público con carácter monopolístico supone un empobrecimiento de la participación ciudadana en los asuntos públicos, y así lo dicen en el Antecedente 17º: “Ya se ha dicho, que el Tribunal Constitucional no ha sancionado –especialmente en la STC 12/1.982– ni admitido que pueda declararse como servicio público la titularidad de derechos fundamentales. El que se trate de un vehículo esencial de información y de participación política de los ciudadanos no impide que pueda prestarse en un régimen de libre concurrencia. Y de lo que no cabe duda es de que el monopolio televisivo, al que conduce la declaración de servicio público, se convierte en «un instrumento de propaganda política e ideológica en manos de los correspondientes poderes, siendo esto el fondo político de la polémica». En esa línea se encuentra también el voto particular que formula el Magistrado don Carles Viver Pi-Sunyer: “Sin embargo, los aspectos objetivos y aun los institucionales del derecho a la creación de medios de difusión televisiva, no pueden alterar la naturaleza del derecho subjetivo de libertad que le es propia; en realidad, incluso la garantía de la opinión pública libre y no oligopolista tiene un contenido más procedimental y positivo –de permitir la más amplia participación posible–, que material y negativo o de control.”.

<sup>35</sup> Sobre la colaboración empresarial y la participación de los trabajadores en la gestión de la Seguridad Social, véase, por todos RODRÍGUEZ RAMOS, M. J., y PÉREZ BORREGO, G., *Participación de trabajadores y empresarios en el Sistema de la Seguridad Social y colaboración en su gestión*, en Revista Española de Derecho del Trabajo, Civitas, nº. 101, 2.000, págs. 225 y ss.

Autónoma en las Cajas de Ahorro con sede en la misma, a pesar del carácter básico en algunos aspectos de la LORCA<sup>36</sup>.

Hemos advertido ya que el necesario envés de la obligación que el art. 9.2 CE impone a los poderes públicos de facilitar la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos es la atribución de un derecho a esos mismos ciudadanos. Derecho de configuración legal, ya que no ha sido reconocido en la Constitución (salvo en su art. 23 con clara referencia al derecho al sufragio pasivo), y que para ser real y efectivo debe suponer como mínimo una integración activa de los ciudadanos en los órganos administrativos<sup>37</sup>.

La colaboración, para ser tal, debe ser absolutamente voluntaria por parte del administrado o, a lo sumo, puede encontrarse estimulada por la Administración, quien nunca podrá obligar al particular a colaborar. Por eso nos resulta de lo más paradójico el art. 39 LRJAPyPAC, titulado “Colaboración de los ciudadanos”.

Otro ejemplo de falsa colaboración, esto es, de colaboración impuesta, se encontraba en el art. 10.2 de la derogada Ley 20/1.986, de 14 de mayo, de Residuos Tóxicos y Peligrosos, cuando decía que “Los productores y los gestores de los residuos tóxicos y peligrosos estarán obligados a prestar toda la colaboración a las auto-

\*\*\*\*\*

<sup>36</sup> Así lo recoge la STC de 18 de febrero de 1.993, en los recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Presidente del Gobierno de la Nación en relación con las Leyes de la Asamblea Regional de Cantabria 1/1.990, de 12 de marzo de 1.990, por la que se regulan los órganos rectores de las Cajas de Ahorro con sede social en la Comunidad Autónoma de Cantabria, y en relación con determinados preceptos de la Ley 8/1.991, de 28 de noviembre de 1.991, por la que se modifica la Ley anterior. Como doctrina general establece el Alto Tribunal que compete al Estado regular los aspectos básicos de la participación de determinados sectores sociales afectados por su actividad, pudiendo la normativa básica añadir otros grupos sociales que deben estar representados en la Asamblea general, siempre que su enumeración no se considere exhaustiva. En este caso particular, la norma autonómica cántabra atribuye una representación del 25 por 100 a las Diputaciones Provinciales dentro de cuyo ámbito territorial existan oficinas operativas de la Caja, lo que fue reputado constitucional: **en definitiva, el legislador autonómico puede integrar a representantes de otros intereses sociales, y también puede alterar, con una finalidad democratizadora, el porcentaje de representación previsto en la Ley estatal para alguno de los grupos, por lo que no se daba en este caso vulneración del principio de participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2 CE), ni del principio básico de razonable equilibrio en la participación de los distintos grupos: reducción igualmente válida para otros órganos rectores colegiados.** En consecuencia, el legislador autonómico de Cantabria puede integrar en la Asamblea General de las Cajas de Ahorro a representantes de otros intereses sociales, y también puede alterar, incluso de manera significativa, el porcentaje de representación previsto en la Ley estatal para alguno de los grupos (Fdtos. Jcos. 2º, 3º y 4º y también las SSTC 49/1.988, fundamento jurídico 18º y 239/1.992, Fdto. Jco. 4º), de donde se columbra la *vis expansiva* de la participación como fin en sí misma, dado su carácter “democratizador”.

<sup>37</sup> En este sentido, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de revelar que la obligación de que los padres, profesores y, en su caso, alumnos, se integren en el control y gestión de los centros educativos sostenidos con fondos públicos constituía un derecho a su favor, y que tal derecho lo era a la participación, pudiendo revestir, **“en principio, las modalidades propias de toda participación, tanto informativa como consultiva, de iniciativa, incluso decisoria, dentro del ámbito propio del control y gestión, sin que deba limitarse necesariamente a los aspectos secundarios de la administración de los Centros.”** (STC de 27 de junio de 1.985, en relación con el recurso de inconstitucionalidad contra el Proyecto de Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación, Fdto. Jco. 21º).

ridades competentes a fin de permitirles realizar cualesquiera exámenes, controles, encuestas, tomas de muestras y recogida de información necesaria para el cumplimiento de su misión.”. Afortunadamente, esta colaboración forzosa ha sido sustituida, en la Ley 10/1.998, de Residuos, por un espíritu de colaboración voluntaria en la gestión de los residuos, si bien sigue estando presente la exigencia de información que demandaba aquella ley.

### 3. LA COLABORACIÓN CIUDADANA A TRAVÉS DE LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN

El objeto de nuestra obra son los instrumentos paccionados de carácter ambiental suscritos entre las Administraciones Públicas y los administrados (llámense empresas o sectores industriales, generalmente, o asociaciones voluntarias), para lo cual nos centraremos principalmente en una institución que consideramos poco aprovechada en el Derecho Administrativo, y cuya potencialidad como punto de encuentro entre la acción pública y la inquietud de los agentes sociales está aún por explorar: los convenios de colaboración. En los siguientes apartados de este capítulo nuestra investigación se centrará en ellos por dos motivos: por su señalada valía propia y por ser el instrumento de estudio ideal para fundar constitucionalmente el resto de mecanismos convencionales a suscribir entre la Administración y los particulares<sup>38</sup>.

Y es imprescindible comenzar señalando que en la Constitución española no se recoge ninguna regulación expresa sobre la capacidad negocial de las Administraciones para con los particulares.

El término “convenio” sí aparece en la Constitución pero se utiliza en tres sentidos concretos y diferentes: para hablar de los convenios colectivos (art. 37), como fuente normativa pactada; para hacer referencia a determinados compromisos internacionales del Estado español (art. 94) que requerirán de la previa autorización de las Cortes españolas, y para hacer alusión a acuerdos de cooperación entre Comunidades Autónomas, para la prestación en común de servicios. Esto último se recoge en el art. 145.2 CE.

\*\*\*\*\*  
<sup>38</sup> Hemos de advertir, sin embargo, que la gran mayoría de los modelos de convenios de colaboración existía ya con anterioridad a la entrada en vigor de nuestra Constitución, si bien esa fundamental etapa preconstitucional va a ser estudiada en el capítulo siguiente, donde desvelaremos las justificaciones históricas y jurídicas de su empleo. Ahora aquí abordaremos su fundamentación constitucional, esto es, cuáles son los anclajes dogmáticos, las posibles bases constitucionales que fundan el vuelo de este edificio en obras que sigue siendo la actividad convencional de la Administración con los particulares.

De la lectura de este artículo se elucida que la expresión de estos convenios entre Comunidades Autónomas se utiliza con el mismo significado que pueden tener los convenios de colaboración entre una Administración y un particular. Se apela, en suma, a relaciones de cooperación, género éste del que derivan la coordinación (jerárquica e impuesta) y la colaboración (voluntaria y entre iguales)<sup>39</sup>.

La Constitución distingue entre convenios para la prestación de servicios propios y convenios de cooperación, sometiendo éstos a mayores requisitos para su perfeccionamiento, diferencia de trato que se debe, como ha destacado la doctrina, a que mientras que los primeros tratan de materias típicas (ya asumidas por cada Comunidad Autónoma y conocidas por las Cortes Generales por medio de las Leyes de Estatutos de Autonomía) los segundos son atípicos y otorgan mayor margen de libertad sustancial para las Comunidades Autónomas<sup>40</sup>. De todas formas, este precepto constitucional puede entenderse hoy válido para la celebración de convenios de cooperación o colaboración entre cualesquiera Administraciones.

Posteriormente, el art. 87 de la Ley 7/1.985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, completó la Constitución en este punto, al prever la posibilidad de creación de consorcios no sólo entre Administraciones sino también con particulares sin ánimo de lucro. Este artículo innovó la legalidad ya existente hasta el momento (Ley de Régimen Local, texto articulado y refundido, aprobado por Decreto de 24 de junio de 1.955) ya que, antes, los consorcios sólo podían suscribirse entre entidades locales. Como sabemos, los consorcios no son Entidades Locales, no son Administración, pues se han excluido del art. 3 Ley 7/1.985. Son, propiamente, entidades asociativas de libre creación y con personalidad jurídica, que han visto cómo su ámbito subjetivo se ha ampliado respecto a la legislación anterior, en que sólo podían ser firmados por una Entidad Local con otra Administración, pudiendo ahora ser conformados por cualesquiera otras Administraciones no locales o incluso por entidades privadas sin ánimo de lucro. Esto no hace sino responder al deber de cooperación del propio artículo 57 de la misma ley<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Además, se suscriben para la prestación de servicios propios, lo cual guarda mucha relación con un tipo de convenios que trataremos más adelante: los convenios de colaboración con naturaleza de contratos administrativos, en los que el concepto de interés público o giro y tráfico administrativo son decisivos.

<sup>40</sup> Cfr. PÉREZ MORENO, A. y OTROS, *Comentarios al Estatuto de Andalucía*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1.981 pág. 338. Al hilo de esta reflexión los autores afirman la posibilidad, hoy más que evidente si cabe, de que pudieran suscribirse convenios entre Comunidades Autónomas y el Estado, cosa que ya adivinaban en preceptos como el art. 149.2, c) CE.

<sup>41</sup> Vid. CASTILLO BLANCO, F. A., *Los Consorcios de entidades locales: Análisis y Valoración a la luz de la nueva legislación de régimen local*, en R.A.P., nº. 124, 1.991, pág. 401 y ss. ¿Qué normativa se aplicará subsidiariamente a los consorcios firmados con estas entidades privadas en defecto u oscuridad de lo que digan sus Estatutos? ¿La propia de las Entidades locales, de las que no constituye una Administración o la de contratación de las

Todo lo dicho, empero, no borra la desazón que nos produce no encontrar ni una sola referencia explícita en nuestra Magna Carta a la actividad negocial de las Administraciones Públicas. En el momento histórico en que se forjó nuestra Constitución, España salía de una dictadura, por lo que nuestro Constituyente concibió la necesidad de modelar un Estado fuerte que desarrollara la cláusula del Estado social de derecho: no cabía esperar ninguna concesión, pues, a la sociedad misma, ningún atisbo que diese acogida a la privatización, aunque fuera bajo la forma de colaboración misma. Por tanto, dicha laguna no existe en nuestra Constitución por mero pudor, si bien es verdad que ninguno de los países de nuestro entorno recogía en sus normas fundamentales una explícita habilitación a la capacidad negocial de la Administración. Consagrar una autorización de tal carácter en España hubiese sido totalmente novedoso. Nada dice, por ejemplo, la avanzada Constitución alemana, que sí dispone, en cambio, de numerosos artículos sobre convenios entre la Federación y los *Länder*, pero que también recoge en su art. 7.3 la posibilidad de llegar a convenios con las confesiones religiosas, –cosa que igualmente se deja ver implícitamente en el art. 16.3 CE–, ni tampoco la italiana –ésta recoge también en su art. 8 los acuerdos con confesiones religiosas–.

Una autorización a tal nivel jurídico hubiese llevado aparejadas arduas dificultades de compatibilización con la defensa de los intereses generales consagrada en el art. 103 CE. Se ha preferido en nuestro país, siguiendo lo que han hecho Alemania o Italia en sus respectivas leyes de procedimiento administrativo, por tanto, ceder a la legislación ordinaria la regulación de los acuerdos o convenios, y ello de manera insatisfactoria y fragmentaria, como veremos más adelante. Tal cosa se ha hecho en la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común, y en el TRLCAP.

Pero, como hemos dicho antes, toda actividad convencional de la Administración es, ante todo, actuación administrativa, y la única habilitación general que se encuentra en nuestra Constitución para tratar el régimen jurídico básico de las mis-

Administraciones Públicas porque se entienda que son un tipo de convenios de colaboración? Pues bien, los arts. 57 y 87 LBBRL nada dicen al respecto, ni tampoco los artículos correspondientes del Texto refundido en materias de régimen local. Es por ello por lo que RIVERO se queja de que la regulación sobre el consorcio es “pobre” (Cfr. RIVERO YSERN. J. L., *Manual de Derecho local*, Civitas, 3ª edición, Madrid, 1.997, págs. 153–154), mientras que CASTILLO BLANCO se pregunta por qué no existe una regulación general sobre el consorcio con base en el art. 149.1.18ª CE. Nosotros entendemos que se aplicará como fuente de segundo grado la propia legislación básica de régimen local, ya que aunque no constituyan Administración, sí que tienen personalidad jurídica (como nos recuerda el art. 110.2 del Real Decreto Legislativo 781/1.986, de 18 de abril, que aprueba el Texto Refundido de Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen local) y esto los convierte en organizaciones, con una estructura propia y unos Estatutos que regulan su vida jurídica, lo cual excede con mucho el ámbito de actuación propio de los convenios.

mas está recogida en el art. 149.1.18. Las demás materias sectoriales administrativas en que pueden darse convenios de colaboración con particulares tienen otros artículos habilitantes en la Constitución, pero están subordinados a éste, por supuesto: así, por ejemplo, el art. 47 CE para los convenios urbanísticos, o el 16.3 CE para los convenios con las confesiones religiosas.

Si descendemos a la legislación ordinaria, hemos de recurrir al *sancta sanctorum* de la Administración Pública en España, que no es otro que la ya citada Ley 30/1.992, de 26 de noviembre. La reforma que esta ley sufrió de manos de la Ley 4/1.999, de 13 de enero, ha traído consigo algunas consecuencias novedosas para el régimen general de las Administraciones Públicas, todavía no suficientemente clarificadas, a nuestro entender. Nos referimos al art. 3, reformado por esta ley y en donde se han introducido cuatro nuevos principios generales.

En el ap. 1 del art. 3 se han introducido los principios de confianza legítima y buena fe. Ambos derivan del principio de seguridad jurídica. La positivación conjunta y correlativa de los principios de buena fe y confianza legítima sólo tiene, en nuestra opinión, un sentido. El confusionismo con que la jurisprudencia ha empleado alternativamente uno u otro términos para referir a las mismas cosas, ha motivado que el Legislador parezca haber querido relacionar la buena fe más con el mundo del deber ser que con el propiamente jurídico<sup>42</sup>. Lo demás son obviedades: tal vez se haya querido hacer hincapié en la diligencia en el cumplimiento de sus tareas, con ciertos modos de buen trato al administrado o con la simple competencia en el cumplimiento del trabajo, pero este no es su contenido jurídicamente estricto, como es de imaginar, sino un *desideratum*. Las posibles consecuencias que se extraigan de ello es cosa que concierne al Foro, pero que, en cualquier caso, parece tener menor relación directa con la actividad negocial de la Administración.

En cambio, al hablar de confianza legítima, el legislador parece concebir el componente jurídico de la buena fe, que no es otro que el derivado de la responsabilidad patrimonial que nace cuando la Administración falta a ella. El principio de confianza legítima, de claro basamento constitucional<sup>43</sup>, bien conocido en el Derecho

<sup>42</sup> Fue aplicado por la jurisprudencia contencioso-administrativa incluso antes de su recepción por el Título preliminar del Código Civil. Entendido en su acepción activa (es decir, excluyendo su función más conocida que es la responsabilidad extracontractual o incluso penal en la que puede incurrir la Administración cuando actúa con mala fe o dolo) su contenido es altamente vago e impreciso. En principio, actuar con buena fe es algo que se le presuponía a la Administración, por lo que entendemos que su consagración aquí, en el pórtico de la Ley de procedimiento administrativo, sólo tiene el ya advertido carácter reforzatorio de la responsabilidad extracontractual a la que se otorga carta de naturaleza propia en la actuación procedimental de las Administraciones.

<sup>43</sup> Así lo proclama el Fdto. Jurídico. 3º de la STS de 16 de diciembre de 1.997, en la que se condena a la Administración por no haber cumplido un convenio expropiatorio por el que unos particulares cedían a un Ayuntamiento parte de sus terrenos para que éste realizara nuevos accesos a la población, a cambio de que éste se

procedimental administrativo europeo en el Derecho alemán y también recogido por la jurisprudencia contencioso-administrativa, protege así la confianza de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones Públicas no puede ser alterada arbitrariamente. Se refiere a la justa aspiración que tienen los administrados de que no se produzcan cambios bruscos en la actuación administrativa que no fueran de esperar en atención a la información aportada por ella, al procedimiento prefigurado legalmente y a lo solicitado por el administrado. Supone la formalización general del principio de vinculación al precedente y de necesidad de argumentación del cambio de criterio. Asimismo, consagra una especie de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por los daños causados por disposiciones administrativas que los particulares no tuvieran la obligación de soportar.

Sin embargo, puede que este principio tenga más que ver con los convenios de colaboración de lo que se piensa. Veremos más adelante cómo muchos convenios de colaboración no vinculaban de suyo a la Administración, que en cualquier momento puede apartarse de la decisión pactada con el particular y proceder a dictar un acto administrativo finalizador del procedimiento, del que se podrían deducir ciertas consecuencias jurídicas como la petición de responsabilidad patrimonial. Pero, ¿podría entenderse que el malogramiento del pacto por causas imputables a la Administración va en contra del principio de buena fe? Sin duda estamos pisando un terreno resbaladizo, pues confrontamos un principio general de significado laxo con el carácter absoluto de la decisión administrativa, no sometible a condiciones pactadas.

Más desazón provoca aún la siguiente pregunta: ¿tiene fuerza de obligar suficiente este principio como para impedir a la Administración desligarse de aquello que pactó, por entenderse que el particular que convino tenía derecho a que se mantuviera su confianza legítima en el convenio? Intuimos que la Administración siempre podrá actuar unilateralmente o faltando a lo acordado con el particular (previa indemnización), siempre que en el pacto se comprometieran potestades administrativas. Y ello porque **la responsabilidad aquí no deriva del carácter cogente del acuerdo sino de la necesidad de proteger los intereses de los administrados, que resulta intrínseca de toda actividad administrativa**. La confianza que los particulares deben tener para con el actuar administrativo sólo es legítima, entendemos, si no vulnera los intereses generales que protege la Administración. Por tanto, no será suficiente causa para anular un acto administrativo que la

.....  
 comprometiera a aplicar a los bienes sobrantes una Ordenanza sobre edificabilidad: "... y que a idéntica conclusión habríamos desde luego llegado en aplicación del principio de la confianza legítima del ciudadano, que en nuestro ordenamiento jurídico resultaría **amparado por los principios constitucionales de la seguridad y la buena fe en las relaciones con la Administración**". El subrayado es nuestro.

Administración se aparte de un pacto previo suscrito con unos particulares. Ese pacto, además, deberá ser perfectamente compatible con el pleno ejercicio de la potestad ejercitada por la Administración, deberá respetar el interés general tutelado por la Administración firmante<sup>44</sup>. Si no es así, está justificado un apartamiento de lo convenido, pero el nuevo acto administrativo podría ser recurrible por interdicción de los principios de buena fe y confianza legítima, en el sentido que antes les hemos dado<sup>45</sup>.

Comoquiera que la terminación convencional de los procedimientos administrativos parece campo abonado para la ruptura del principio de confianza legítima, el incumplimiento del pacto tendrá, en principio, las consecuencias que su normativa propia determine (el TRLCAP o la normativa propia sobre contratos o convenios, de manera subsidiaria, caso de que se trate de contratos atípicos o convenios excluidos del ámbito de la contratación, respectivamente).

Aparte de la buena fe y de la confianza legítima, principios generales de toda actividad administrativa, incluso de la interadministrativa, el apartado 5 del art. 3 de la Ley 30/1.992 reformada ha dado entrada a dos nuevos principios jurídicos que afectan al régimen de los contratos y convenios administrativos, ya que se trata de principios que tienen que cumplir las Administraciones Públicas exclusivamente en sus relaciones con los ciudadanos. Y no cabe relación más directa con los ciudadanos que la actividad negocial, en la que la Administración, como sabemos, se pone a la altura de los particulares, con los que conviene. Esos principios son los de transparencia<sup>46</sup> y participación.

Precisamente, la Ley 13/1.995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, tuvo como principal norte la transparencia, incluyendo un estricto régimen de capacidad y solvencia de las empresas aspirantes a contratar

\*\*\*\*\*  
<sup>44</sup> La manera como el interés general condiciona el actuar administrativo está pasando de ser un límite a una condición, como ha apostillado agudamente SÁINZ MORENO, F., *Sobre el interés público y la legalidad administrativa*, en R.A.P., nº. 82, 1.977. En su opinión, "el interés general ha pasado de ser un límite para convertirse en una condición de la acción administrativa", y ello porque no basta con perseguir un interés general cualquiera -legalidad- para dar validez a la acción administrativa. Es preciso perseguir el interés general correcto (condición), pues de lo contrario, se incurre en desviación de poder (pág. 442).

<sup>45</sup> Tal fue el caso de la STS de 23 de febrero de 1.999, que gira en torno a determinados convenios expropiatorios en los que se pactaron los criterios de valoración de unos terrenos, que la Administración después no respetó. El motivo principal de casación de la sentencia del Tribunal a quo fue la conculcación de ambos principios, acabando el Tribunal Supremo por darles la razón a los recurrentes. En el Fundamento de Derecho Tercero dice: "La Administración, al desconocer las valoraciones presentadas por los expropiados, actuó en contra de sus propios actos y quebrantó con ello el principio de confianza legítima en el comportamiento ajeno que constituye el fundamento de la seguridad jurídica y cuyo respeto impone el principio de buena fe...".

<sup>46</sup> La **transparencia** es una obsesión de las Administraciones muy conectada con la de eficacia. La contratación administrativa, además, ha sido uno de los lunares de la Administración, campo abonado para la comisión de ilícitos, tráfico de influencias y otras irregularidades.

con la Administración. La transparencia es uno de los aspectos a mejorar en los convenios de la Administración con los particulares, y ello por dos razones: la primera es que dada la importancia que la persona del particular tiene para la suscripción o no del convenio, muchos de ellos se celebran *in tuitu personae*, con la imposibilidad de que los demás particulares solicitantes del convenio puedan concurrir libremente al pacto en igualdad de condiciones. Y cuando la concurrencia se da, aparece falseada o ilícita, como ocurre con las subastas celebradas por las Gerencias de Urbanismo para la suscripción de convenios urbanísticos, de más que dudosa legalidad. La segunda razón es que sobre la Administración cae muchas veces la duda de convenir para huir de la gran cantidad de controles y requisitos sobre el gasto que el Derecho Administrativo establece en el TRLCAP.

Cuando se firma un convenio de colaboración atípico, o sea, que no tenga por objeto uno de los cinco contratos regulados en el Texto Refundido, generalmente la regulación sectorial o es más comprensiva o sencillamente no existe. El art. 3.2 del Texto Refundido les remite, como fuente normativa de aplicación preferente, a su propia normativa. Además, muchas veces las competencias sustantivas de contratación se descentralizan funcionalmente a favor de empresas o sociedades estatales, de titularidad pública pero con forma privada, y en cuyos Estatutos o norma de creación se prevé el sometimiento de la contratación de los mismos al Derecho Privado. Y esto aunque tengan por objeto auténticos contratos administrativos, lo cual supone todo un fraude de ley al art. 3.1, d) del TRLCAP, que incluye los convenios de colaboración de contenido contractual dentro de su ámbito objetivo<sup>47</sup>.

\*\*\*\*\*

<sup>47</sup> Así lo ha denunciado entre nosotros GIMENO FELIÚ, J. M., *Una Valoración crítica sobre el Procedimiento y Contenido de las últimas Reformas legales en Contratación pública*, en R.A.P., nº. 144, 1.997, al tocar el espinoso tema de la huida del Derecho Administrativo en la contratación pública, operada por la creación de entidades públicas sometidas al Derecho Privado, para contratar siguiendo las reglas civiles y evitar así la farragosidad y garantías propias del Derecho Administrativo. Para él, la contratación administrativa tiene una doble cara: la del tráfico normal, relacionado con la búsqueda del interés público y el giro administrativo propio del ente; y la de la contratación propia, como si de un particular se tratase, por ejemplo, los contratos de depósito que pueda tener Argentaria, hoy casi privatizada pero en su época pública, si bien sometida al Derecho Privado. En idéntico sentido, LÓPEZ MENDUO, F., *El Derecho Administrativo como derecho "especial" y "excepcional" de algunos entes públicos. Consecuencias*, en la obra colectiva Libro Homenaje al Prof. Clavero Arévalo, PÉREZ MORENO, A., (coordinador), Editorial Civitas-Instituto García Oviedo, Madrid, 1.994, pág. 570, que considera que es posible y necesario aplicar el Derecho Privado a las entidades de carácter mercantil, financiero o análogo (empresas públicas concurrentes por ejemplo) que creen las Administraciones para actuar en condiciones de igualdad con el resto de particulares. En cambio, es irrenunciable el Derecho Administrativo para cuando la empresa actúe dentro de su giro o tráfico, como modo normal de actuación, para proteger así el interés público. Del mismo autor, véase el excelente análisis jurídico sobre las Corporaciones representativas de intereses económicos titulado *Estudios jurídicos sobre Cámaras oficiales de Comercio, Industria y Navegación de Andalucía*, Junta de Andalucía, Consejería de Economía y Hacienda, Córdoba, 1.991, págs. 23 y ss., en que cifra la esencia administrativa de las Instituciones de Derecho Público en el *munus publicus* que les es otorgado por el Estado, que les hace regirse íntegramente por el Derecho Administrativo. Vid. también BASSOLS COMA, M., *Servicio público y Empresa pública: Reflexiones sobre las llamadas empresas estatales*, en R.A.P., nº. 84, Madrid, 1.977, que parte de las sociedades estatales del art. 6 LGP de 1.977, y la huida del Derecho Público que supone que el Estado pueda crear sociedades mercantiles para ejercer funciones públicas administrativas (págs. 46 y ss.).

Sobre este punto nos parece interesante citar las aportaciones de dos autores: TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ<sup>48</sup> y LÓPEZ MUÑIZ<sup>49</sup>, quienes han escrito, con 20 años de diferencia, sobre la posibilidad de la realización de contratos administrativos entre personas privadas.

El principio de participación trae causa, en lo tocante a convenios de colaboración suscritos entre la Administración y particulares, de la posibilidad que tienen éstos de terminar convencionalmente los procedimientos administrativos, posibilidad recogida en 1.992 por la Ley de Procedimiento. Efectivamente, ganadas ya por la participación parcelas importantes del actuar administrativo como la elaboración de Reglamentos (LOFAGE), la concertación económica, educativa y sanitaria, urbanística, etc., sólo quedaba dar entrada a los administrados en el auténtico altar de la Administración: el acto administrativo. Y no es otra la intención del art. 88.

\*\*\*\*\*

<sup>48</sup> Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *¿Contratos administrativos entre personas privadas?*, en R.E.D.A., nº. 1, 1.974, págs. 115 y ss. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ comenta la STS de 16 de marzo de 1.973, Sociedad Anónima Municipal Nuestra Señora de la Piedad. Se trata del mismo caso (con alguna variante importante, como veremos) que tratará, 25 años más tarde, López Muñiz, en otro artículo en la R.A.P., y con igual asombro. Se trata de la constitución, por parte del Ayuntamiento de Morox (Toledo) de una Sociedad Anónima Municipal para la urbanización de dos parcelas que ya antes habían sido desafectadas. De manera que esta empresa (privada en cuanto a su forma jurídica) contrata con otra empresa privada la construcción de las obras de esas parcelas. Decimos que entronca con el artículo de López Muñiz (véase comentario a su artículo en la nota siguiente) porque en él trata de supuestos semejantes: el art. 158 de la Ley 13/1.996, capacita a la Administración General del Estado para celebrar convenios con empresas estatales mercantiles al objeto de que éstas construyan o contraten con particulares para construir obras públicas de carreteras o hidráulicas. Las diferencias son dos: mientras en el art. 158 se habla de sociedades estatales, en esta sentencia que comentamos se habla de Sociedades Anónimas Municipales. Ello implica que si en las primeras pueden entrar a formar parte del capital social empresas privadas o particulares –como dice el art. 6.1 LGP–, en éstas el capital ha de ser exclusivamente municipal. La otra diferencia es que mientras que en esta sentencia se trata de urbanizar dos parcelas de carácter patrimonial, en el art. 158 se trata de demanio, pues tal son las carreteras y obras hidráulicas. Con estas dos diferencias se matizan un tanto las conclusiones que podemos sacar al cotejar ambas situaciones, pero aun así son bastante jugosas. La STS 16 de marzo de 1.973 deja entrever que los contratos celebrados entre la empresa municipal y las empresas contratantes son contratos administrativos, y ello para evitar que, en fraude de ley, se abuse de las formas de contratación privada para escapar de las garantías de las normas administrativas. Por ende, proclama la jurisdicción de los jueces contenciosos para juzgar este caso. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ opina que la sentencia ha ido demasiado lejos, pues se vacía de toda virtualidad el empleo de formas privadas por la Administración, y cree que en este caso no hay fraude de ley, cuando lo hay, evidentemente, ya que, como dice López Muñiz, hay reserva constitucional (hoy, si bien no entonces) de contratación administrativa para los grandes contratos de obras, y porque se están ejercitando potestades administrativas. Cita TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ la interesante jurisprudencia del Consejo de Estado francés en esta materia: sólo pueden ser contratos administrativos los finalizados por persona jurídica. No lo serán, por tanto, los contratos concertados por sociedades de economía mixta (por ejemplo, las sociedades estatales del art. 6.1 LGP) para la construcción de autopistas (*Arrêt de la Société de l'Autoroute EstereL-Côte d'Azur*, de 20 de diciembre de 1.961). Con este *arrêt* se le da la razón a la solución programada en el art. 158 Ley 13/1.996, ya que allí no se dice que tales contratos sean administrativos, más bien parece lo contrario pues sólo somete a la jurisdicción contenciosa los actos de preparación y adjudicación de los mismos. Pero luego, en *arrêt Entreprise Peyrot*, de 8 de julio de 1.963 invierte los términos. Se trata de una sociedad de economía mixta –pero que es concesionaria de la Administración, aquí, creo, radica la diferencia– que celebra un contrato con una empresa privada para la ejecución de la obra. Señala que es un contrato administrativo, aunque sea *inter privados*, para evitar la privatización jurídica de las grandes obras del Estado. Según TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, ésta es la excepción a la regla general, donde escasos contratos han sido invariablemente reputados como privados por el Consejo de Estado.

<sup>49</sup> Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1.997)*, en R.A.P., nº. 144, 1.997, págs. 45 y ss. Trata el rol actual desempeñado por los convenios de colaboración, con lo que podemos

Pero, aparte estos cuatro nuevos principios introducidos en la Ley 30/1.992 por obra de la Ley 4/1.999, de 13 de enero, de vaga e imprecisa aplicación práctica<sup>50</sup>, se hace preciso analizar ahora el impacto que el art. 29 de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, de la Jurisdicción contencioso-administrativa puede tener en la efectiva obligatoriedad de los convenios de colaboración de terminación convencional de los procedimientos administrativos<sup>51</sup>.

\*\*\*\*\*

ver, al fin, cuál es su posible virtualidad y razón de ser en estos momentos. Atrás quedó ya su uso como acción de concierto, en la década de los 60, dentro de los Programas de planificación económica estatales. Hoy en día están muy relacionados con la huida general del Derecho Administrativo y con el intento de evadir los controles y corsés de la contratación administrativa. En rigor, hemos de decir que la Ley 13/1.996, de 31 de diciembre de 1.996, de acompañamiento de los Presupuestos Generales para 1.997, en su art. 158, ha reformado algún aspecto esencial de la contratación administrativa, a escaso un año de aprobarse la Ley 13/1.995. La reforma se encamina a la posibilidad que le cabe al Estado de crear sociedades estatales (mercantiles, por definición) para que, por sí mismas o por medio de la contratación con terceros, puedan ejecutar obras públicas de construcción de carreteras y obras hidráulicas. Se trata, por tanto, de generalizar la excepción que hasta ahora venía siendo la gestión directa, ya que lo normal había sido la contratación por empresario o contratista interpuesto. Esto puede suponer, al fino juicio del autor, varias cosas: se aparta, como decimos, la contratación de obras públicas, del principio general ya citado. Esto en sí mismo no es inconstitucional, ya que el art. 153 Ley 13/1.995, donde se recoge el principio de contratación por empresario interpuesto, no es básico según reza la Disposición Final de esa misma ley, por lo que se trata de una mera derogación implícita de un artículo sin rango básico por una ley ordinaria, cosa totalmente posible, como sabemos. Sin embargo, se conculca una supuesta reserva constitucional (SILVIA DEL SAZ) que establece la correlación entre obras públicas-contratación administrativa-Derecho Administrativo. Construir una presa o una carretera supone, a fin de cuentas, crear un bien del demanio, y las potestades sobre el demanio son administrativas, así como otras que se ejercen en la contratación administrativa y que suelen ser privilegios o exorbitancias fundadas en la defensa del interés público. Se llega a la paradoja que en el art. 158 Ley 13/1.996, se quiere controlar por el Derecho Administrativo algunos aspectos de los contratos privados que firmen las sociedades estatales con terceros para construir las obras. Se ve que el Legislador se arrepiente de haber cedido a la contratación privada, a fin de cuentas, la ejecución de obras públicas, y trata, *a posteriori*, de remediar un tanto el entuerto expresando que quedarán bajo los arbitrios de la Ley 13/1.995 aspectos claves de esos contratos enteramente privados como la capacidad de las empresas contratistas, formas de adjudicación, publicidad, procedimientos de selección, etc. Se conculca también la D. Ad. XII de la LOFAGE, donde se prohíbe que las sociedades mercantiles estatales ejerzan potestades administrativas.

En el art. 158,4 Ley 13/1.996, se envían a la jurisdicción contenciosa los problemas que puedan derivarse de esos contratos privados en lo tocante a preparación y adjudicación de los mismos. Es un error, dice bien el autor, aplicar aquí la teoría de los actos separables cuando ésta se da sólo cuando existen actos administrativos, lo cual aquí no se da ya que no es la Administración la que contrata sino meras sociedades estatales (que son sociedades mercantiles, generalmente sociedades anónimas). Lo que a nosotros fundamentalmente nos interesa es que, explícita el art. 158 Ley 13/1.996, la Administración quedará vinculada con estas sociedades mercantiles estatales (del art. 6.1 LGP) mediante convenios especiales. Aquí podemos intuir los convenios de colaboración del art. 3.1, d) Ley 13/1.995. Con ello se pretende controlar *de facto* la contratación que éstas hagan con terceros para construir las obras, si bien se trata de convenios que como dice el art. 3.1, d), quedarán excluidos de la Ley de Contratos y se registrarán por su ley especial, en este caso el art. 158 Ley 13/1.996, que someramente da algunas líneas de estos convenios. Por ejemplo, que habrán de ser autorizados por el Consejo de Ministros previo informe favorable del Ministerio de Economía y Hacienda, y que preverán, al menos, los siguientes extremos: -las potestades que haya de tener la Administración General del Estado en relación con la dirección, inspección, control y recepción de las obras, cuya titularidad le corresponderá a ella; -las aportaciones económicas que la administración General del Estado les haga a esas sociedades estatales, así como las que les hagan otros privados a través de los respectivos convenios. En principio, aquí son convenios *inter privados*, por lo que no podrían ser, pero si levantamos el velo, y sabemos que las sociedades estatales, según el art. 6.1 LGP están controladas en la mayoría de su capital por la Administración, veremos que, *de facto*, si bien no orgánicamente si materialmente, si son Administración.

<sup>50</sup> Siempre queda la posibilidad de anular el convenio por infracción del ordenamiento jurídico, por medio de la causa de anulabilidad recogida en el art. 64 Ley 13/1.995 y 63.1 Ley 30/1.992, ya que con estos cuatro nuevos principios recogidos en el art. 3 de ésta gracias a la reforma de enero de 1.999, cabría impetrar el auxilio de la justicia contenciosa por infracción del Ordenamiento jurídico, alegando conculcación de cualquiera de ellos.

<sup>51</sup> Dicho artículo dice así:

Este precepto está acorde con los nuevos vientos liberalizadores que han soplado en las dos últimas legislaturas, y que, para la Administración Pública, ha tenido sus puntos álgidos en las citadas Ley Jurisdiccional (en la que se contiene) y Ley 4/1.999. Con este art. 29 en la mano podríamos caer en la tentación de considerar que los convenios son, desde ahora, vinculantes para la Administración, esto es, que si hasta ahora lo pactado por la Administración con un particular no era óbice para que ésta decidiera finalmente imponer su propia decisión, a partir de esta ley (que entró en vigor el pasado 14 de diciembre de 1.998) no lo tendrá tan fácil la Administración, cuando lo establecido por un contrato o por medio de un convenio administrativo (*in claris non fit interpretatio*) la obliga a sustituir el acto o la disposición administrativa por el puro acuerdo al que llegó con el particular. Y si no lo hace, el/los sujeto/s que convienen podrán interponer un recurso contencioso por inactividad administrativa, por medio del art. 29 LJCA, para obligarla a cumplir sus compromisos.

Sin embargo, parece que la interpretación correcta del art. 29 LJCA es la que entiende que dicho precepto nada ha añadido al estado de la cuestión previo respecto a la vinculatoriedad o no de los convenios de colaboración, de modo que el convenio o acuerdo sólo será vinculante cuando lo era de suyo, o cuando de la normativa aplicable al convenio se desprenda que la Administración está obligada a realizar una prestación concreta, lo cual, como sabemos, no ocurre con todos los convenios de colaboración, en cuyo caso su incumplimiento será exigible por la jurisdicción contenciosa. Por el contrario, si el convenio no era vinculante, no cabrá hablar de la existencia de una obligación de hacer de resultado de la Administración, por lo que no será exigible su cumplimiento en vía contenciosa. A favor de esta interpretación cabe decir que no parece lógico que en una ley de la jurisdicción, de carácter adjetivo, se quiera establecer la vinculatoriedad de todos los convenios administrativos. Además, de haberlo querido hacer efectivamente, lo habría rubricado con un precepto sustantivo igual en la Ley 4/1.999, cosa que no ha hecho<sup>52</sup>.

\*\*\*\*\*  
**Artículo 29**

1. Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

2. Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78.

<sup>52</sup> Cabe aún otra interpretación: ¿podría entenderse que con el término convenio administrativo se está aludiendo *stricto sensu* a los convenios interadministrativos de los arts. 5 y 6? Esta hermenéutica es realmente más complicada, ya que la Ley 30/1.992 usa los términos "convenio de conferencia sectorial" y "convenio de colaboración", con lo que parece querer decirse que con la locución "convenio administrativo" se pretende referir al *genus* de todos los convenios, del que forma una *species*, como sabemos, los convenios de colaboración con los particulares.

En capítulos posteriores determinaremos cuándo un convenio es o no vinculante para la Administración.

Eso sí, la importancia que esto va a suponer para los convenios administrativos en general (interadministrativos o con particulares) es que ya por fin se deja patente la vinculatoriedad de algunos convenios (con el límite comentado), dado que una de las principales cortapisas que impedían su puesta de largo en el Derecho Administrativo era precisamente su laxitud jurídica, algo que desde el Derecho Procesal administrativo parece haberse desterrado jubilosamente. Sin embargo, la incorrecta inversión cronológica de las dos grandes reformas legislativas comentadas (primero la de la ley jurisdiccional y posteriormente la de la ley de procedimiento administrativo) ha impedido que tal vinculatoriedad quedara refrendada también por la Ley 4/1.999. Y así, se ha provocado una discordancia entre ambas normas fundamentales en lo tocante a este punto, pues no se ha introducido en la Ley 30/1.992 ningún precepto análogo sobre la fuerza obligatoria de los convenios de colaboración firmados por la Administración.

Por supuesto, siempre y en todo caso, los convenios de colaboración son vinculantes para la parte privada que convino, para los particulares o empresas que pactaron con la Administración.

#### IV. LA EFICACIA COMO CATALIZADOR DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA PACCIONADA

El principio de eficacia conforma, tal vez, una de esas máximas generales de la actuación administrativa que, por obvias, no debieran existir, ni tendrían por qué ser enunciadas siquiera ¿Es que no debe ser la Administración eficaz en todas sus manifestaciones sin que deba recomendarlo o exigirlo ninguna norma jurídica? ¿No debería ser la eficacia un atributo immanente de cualquier actividad pública, fruto

\*\*\*\*\*  
 El tenor literal del precepto no parece querer establecer una condición absoluta del tipo: "sólo cuando una disposición general que no precise actos de aplicación, un contrato o un convenio administrativo obligue a la Administración a realizar una prestación concreta...". Y ello porque es evidente que los reglamentos y los contratos obligan siempre y en todo caso, de manera absoluta, sin que quepa condición alguna a ello. Y si se ha incluido a los convenios administrativos junto a esa dupla de pesos pesados es porque se los ha querido igualar a efectos de obligatoriedad. Sin embargo, hemos de concluir reafirmando lo que ya habíamos extraído *ab initio*, de modo que la cita a los "convenios" del art. 29 no está prejuzgando en ningún momento su vinculatoriedad en todos los casos y cláusulas del mismo, sin que quepa culpar por tanto al Legislador por no introducir un precepto parecido en la Ley 4/1.999, modificando el art. 88. La condición, pues, sólo se establece para los convenios, de modo que lo que se quiere decir en tal precepto parece ser: "*Cuando un convenio administrativo que la Administración tenga obligación de cumplir establezca prestaciones concretas a favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieron derecho a ella (en este caso, los particulares que convinieron) pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación*".

de la determinación normativa de unos intereses generales a los que tiene que dar satisfacción de una manera efectiva?

Partiendo de la negativa a las preguntas retóricas anteriores, podemos concluir que la virtualidad de este principio jurídico deriva de una realidad diferente, la de una Administración en ocasiones lenta, burocratizada y poco resolutive, realidad sobre la que este principio pretende actuar, al igual que la participación lo hace sobre la sociedad para intentar remover los obstáculos que dificultan la completa realización de la libertad y la igualdad colectivas.

El art. 103.1 CE somete la actividad administrativa, entre otros, al principio de eficacia, que, más allá de su significado convencional, debe ser conceptualizado desde un punto de vista jurídico.

La Economía y la Ciencia de la Administración empezaron a manejar el concepto antes que el Derecho, atribuyéndole, fundamentalmente, un valor de optimización en el balance coste-beneficios o de racionalización de la organización administrativa, respectivamente, que después han recogido y ampliado los juristas<sup>53</sup>.

Presupuesta la conexión de la eficacia con el cumplimiento de los objetivos y de la eficiencia con los medios empleados en la realización de las políticas administrativas, el ocaso del Estado provisor y el tránsito hacia un Estado liberal han pergeñado una nueva forma de administrar, propia de lo que EICHHORN llama "Estado

<sup>53</sup> Desde las escuelas económicas del Estado del bienestar corporativo se abogaba, desde la segunda mitad del siglo pasado, por un incremento de la eficacia de la acción administrativa basada en la sabiduría de los profesionales y en la evitación de la participación de los ciudadanos en los asuntos económicos, con un claro trasfondo tecnocrático. Lo que ocurre es que esta visión de la economía, despolitizadora de la Administración, aquélla consigue quizás especializarse en la administración de bienes, pero se hace cada vez menos permeable a las negociaciones con los agentes privados y sociales, y acaba por convertirse, en palabras de MAE KELLY, R., *Productividad, bienestar social y política pública*, en Documentación Administrativa, nº. 218-219, Administración y Constitución: el principio de eficacia, 1.989, págs. 232 a 237, en un "instrumento rígido y conservador del mantenimiento del *statu quo*.", provocando una dictadura de la eficiencia, que llega a ser más importante que la promoción de la libertad, la justicia y la felicidad de todos, incompatible con un sistema político democrático. Sobre la escasa eficiencia del sector público español, puede consultarse CANSINO MUÑOZ-REPISO, J. M., *La eficiencia del sector público: métodos de evaluación y organismos responsables. El caso de España*, Instituto de Estudios Fiscales, 1.999. Mientras, los científicos de la Administración, que han superado abiertamente un análisis conceptual del principio de eficacia como rector de la actuación administrativa, consideran que existen otros componentes de la justicia que deben tenerse en cuenta en la organización y planificación del actuar administrativo. La abolición de las monarquías y dictaduras y la proclamación del Estado de Derecho supuso una importante revisión de la actuación de la Administración como puramente gerencial: ya no importa tanto la consecución de los objetivos a cualquier precio (eficacia) sino la programación de unos sistemas y medios adecuados para intentar conseguirlos (eficiencia), pero no a cualquier precio, sino con los condicionantes que impone la cláusula del Estado social y democrático de derecho. Cfr. BARNARD, I., *The functions of the Executive*, Harvard University Press, Cambridge, 1.938, pág. 60, citado por LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., *Una aproximación de la Ciencia de la Administración al análisis conceptual del principio de eficacia como guía de acción de la Administración Pública*, en Documentación Administrativa, nº. 218-219, Administración y Constitución: el principio de eficacia, 1.989, págs. 72, 76 y 87-89. De esta forma, para este autor, la eficiencia puede conseguirse por medio de determinados condicionamientos que el Gobierno impone a la sociedad, entre los que se encuentran la acción de fomento, la regulación o las sanciones. Desde un punto de vista jurídico, la diferencia hecha entre eficacia y eficiencia es la misma.

social liberal” y que en España hemos denominado Estado social y democrático de Derecho, que intenta aunar los beneficios de ambas etapas sin compartir, por ello, sus defectos. Efectivamente, lo “democrático” ha justificado una desregulación y liberalización de los medios de producción (eficiencia), prestándose mayor atención al sector privado, mientras que lo “social” busca condicionar esa actividad privada para adecuarla o atraerla hacia el interés general, de modo que se actúe en régimen de concesión, concierto, contrato o cualquier otra forma de encuentro público-privado sometida al Derecho Público, lo que, al tiempo, ha mejorado la eficacia de la acción administrativa<sup>54</sup>.

Además, la eficacia enlaza con la cláusula del Estado social y democrático de derecho en la medida en que una “efectiva” realización de la libertad y la igualdad no sólo exige una participación ciudadana real sino una eficacia en la actuación administrativa (como ha tenido ocasión de sentenciar el Tribunal Constitucional, SSTC 178/1.989, de 2 de noviembre, Fdto. Jco. 3º, 22/1.984, de 17 de febrero y 238/1.992, de 17 de diciembre, éstas dos últimas, instituyendo la eficacia como base del principio de ejecutividad) y en la prestación de sus servicios públicos (STC. 27/1.987, de 27 de febrero, Fdto. Jco. 2º)<sup>55</sup>.

Esta lógica está descubriendo hoy en día una nueva legitimación del actuar administrativo, basado como siempre en el principio de legalidad, pero condicionado por la necesidad de ofrecer unos servicios públicos de calidad a un buen precio. Y de ahí el recurso a la colaboración empresarial en la realización de actividades administrativas, en la autocomposición del interés público<sup>56</sup>, hasta el punto de que determi-

\*\*\*\*\*

<sup>54</sup> Cfr. HEICHORN, P., *Teoría de la economía de la empresa e interés general*, en Documentación Administrativa, n.º. 218-219, Administración y Constitución: el principio de eficacia, 1.989, págs. 249-253, que propone una visión general de la “economicidad privada” bajo el prisma de la “economicidad general”, esto es, a fin de cuentas, de que la economía se tiña de moral, hasta el punto de que todos los agentes económicos privados se muevan en sus relaciones teniendo siempre en cuenta, en lo posible, el interés general. Lo que no queda muy claro es cómo se consigue introducir esa variante en un medio dominado por el lucro: si dejando a los particulares que conformen libremente sus demandas y consumos, lo que no entraña ninguna novedad desde que Adam Smith hablara de la famosa “mano invisible”, o a través de una política pública de intervención en las condiciones de mercado. Desde una óptica coaseniana, por ejemplo, ese interés general se impone por la Administración, persiguiendo medidas jurídicas tendentes a optar por las posibilidades de actuación más baratas en términos absolutos.

<sup>55</sup> De esta y otra jurisprudencia obtiene Parejo Alfonso un concepto jurídico de eficacia, como “principio general administrativo cuyo contenido se refiere básicamente a una cualidad subjetiva (la idoneidad de la Administración para cumplir sus fines a través de su actuación...) y un resultado intencionado inducido desde dicha cualidad (el cumplimiento de los fines correspondientes o satisfacción efectiva del interés general)” y que, “sin perjuicio de su indeterminación, postula una específica aptitud de la Administración para obrar en cumplimiento de sus fines y una exigencia, asimismo científica, de realización efectiva de éstos”. Obviamente, nuestro tema de estudio, esto es, la realización de actividades de interés general por medio de particulares, a través de soluciones pactadas, se relaciona mayormente con el concepto de eficacia-finalidad, ya que es precisamente pensando en conseguir resultados mejores, más rápidos y baratos, por lo que las Administración suele acercarse a ellos. Cfr. PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia y Administración. Tres estudios*, I.N.A.P.- B.O.E., Madrid, 1.995, pág. 105

<sup>56</sup> Agudamente ha observado CALSAMIGLIA en España que la complejidad del Estado contemporáneo, lo proteico de las relaciones que se dan en su seno y de los agentes que lo forman, está suponiendo una traslación de la res-

nadas normas que prevén formas de participación en órganos administrativos establezcan criterios o índices de eficacia, como por ejemplo ocurre en la Ley de Aguas (organismos de cuenca), en la Ley 25/1.982, de 30 de julio, de Agricultura de Montaña o en el Real Decreto 2.004/1.979, de 13 de julio, por el que se regula la constitución de los Consejos Reguladores de las Denominaciones de Origen y el Consejo General del Instituto Nacional de Denominaciones de Origen. El modo como se establecen los consejos reguladores establecidos en ambas así lo confirma.

La idea de la consecución correcta de los fines se encuentra, pues, intrínsecamente relacionada con la de participación y pluralismo: la entrada de diferentes sensibilidades, intereses y puntos de vistas de los integrantes de la sociedad en la toma de decisiones por la Administración ayuda a clarificar los fines y a optar por las mejores decisiones, sobre todo cuando se trata de actuar en el ámbito de potestades discrecionales<sup>57</sup>. La eficacia se encuentra además, paradójicamente, limitada por el propio principio de eficiencia, ya que no sería deseable, ni posible, la eficacia en todas y cada una de las actividades emprendidas por la Administración, sin que dejen de importar los medios empleados para conseguirlos<sup>58</sup>. El propio art. 31.2 CE exige una racionalidad en el gasto público, cuando expone que “el gasto publico realizará

ponsabilidad del Legislativo al Ejecutivo y al Judicial, dada la velocidad con que se suceden los acontecimientos y la lentitud de las leyes para atajarlas, como describe muy plásticamente el adagio “*ex facto oritur ius*”: el derecho surge del hecho). En idéntico sentido, PÉREZ MORENO, A., *Crisis de la participación administrativa*, en R.A.P., n.º. 119, 1.989, págs. 119 y 120, citando, entre otras causas de “crisis de la ley”, la infravaloración de lo jurídico en la Administración, la obsolescencia de las leyes por el paso del tiempo y la quiebra de su legitimación, sustituida por una legitimación programática (planes, programas, medidas concretas). Ahora, empero, el casuismo y la oportunidad hacen de la Administración el principal motor de generación de las políticas públicas, de donde se colige la importancia de la participación ciudadana en el propio aparato administrativo y de las asociaciones o empresarios en su prestación conjunta. De ahí la eficiencia, entendida como la consecución del mayor beneficio al mínimo costo, ya que la crisis del Estado social tradicional supone también una crisis de los sistemas de legitimación y, por tanto, del utilitarismo benthaniano, más preocupado por la pura suma de los intereses individuales que de una teoría general del bienestar social, y su superación por las teorías paretianas, basadas en la unanimidad de las decisiones. Vid. CALSAMIGLIA, A., *Justicia, eficiencia y optimización de la legislación*, en Documentación Administrativa, n.º. 218–219, Administración y Constitución: el principio de eficacia, 1.989, págs.114–119, 128 y 130.

<sup>57</sup> Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, M., *El principio de participación en la Constitución española*, en R.A.P., n.º. 69, 1.979, pág. 196. También MUÑOZ MACHADO, S., *Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración*, en R.A.P., n.º. 84, 1.977, págs. 528 y ss., cuando escribe que lo que se “busca fundamentalmente con la participación ciudadana en las funciones administrativas es ofrecer un cauce de expresión de las demandas sociales que sea también útil para controlar las decisiones que las autoridades administrativas adoptan en el marco de sus poderes discrecionales”. En idéntico sentido se pronuncia DELGADO BARRIO, J., *Participación ciudadana y disposiciones generales*, en la obra colectiva por él dirigida, *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1.995, pág. 114, al estimar que en el caso de potestades discrecionales (como la reglamentaria, alude) la participación ciudadana contribuye a adecuar la solución discrecional elegida por la Administración a su conexión con las exigencias sociales más adecuadas.

<sup>58</sup> Esta percepción, que hemos apuntado en este capítulo en varias ocasiones, ha sido felizmente explicada por PAREJO ALFONSO, L., *La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública*, en Documentación Administrativa, n.º. 218–219, Administración y Constitución: el principio de eficacia, 1.989, págs. 63 a 65. En palabras del Catedrático de la Carlos III, existe una imposibilidad lógica y jurídica de conseguir la eficacia total de la actuación administrativa en su conjunto y ello debido a tres razones: la indefinición de los fines de dicha actividad (y de los intereses generales en ellos plasmados); la interdependencia de dichos fines, que hace que exis-

una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.”

El recurso a técnicas administrativas paccionadas (en las que la Administración se acerque a los particulares, generalmente empresarios o asociaciones de interés público) engancha con el principio de eficacia desde el momento en que la crisis del Estado social y las dudas que pesan sobre la correcta consecución de sus fines ha hecho que la Administración mire hacia el sector privado como colaborador, sector en el que la eficacia es, tal vez, el atributo fundamental. Haciendo suyo este rasgo definitorio del sector privado se mejora la eficacia de la propia Administración, que deberá corregir los posibles defectos que la actuación privada pueda ocasionar en relación con la obligación de servicio e imparcialidad que debe regir en el Derecho Administrativo.

Una vez logrado este difícil engarce –por ejemplo, a través de las técnicas paccionadas que estudiaremos en nuestra investigación–, suavizada la búsqueda de la eficacia a cualquier costa propia de los particulares mediante los principios de legalidad, seguridad jurídica y servicio público, el principio puede tener validez como una exigencia de mejora continua, basada en una transfusión modulada de las técnicas de gestión privadas en lo público<sup>59</sup>.

Las deficiencias de la sociedad que conocemos necesitan, pues, no sólo una actuación sobre la misma sino sobre la propia Administración, filosofía que llevó al Estado liberal a avanzar hacia un Estado social en el que se renunciaba a una concepción inmanente de la justicia (basada en la composición automática de los intereses generales por el propio juego del mercado) y se confiaba en el poder público como motor de actuación positiva sobre las necesidades vitales. En ese *facere* se encuentra, *in nuce*, la participación de los agentes económicos (art. 9.2)<sup>60</sup>.

\*\*\*\*\*  
tan interferencias entre las distintas actuaciones a tomar, y **la necesidad de proporcionalidad entre los medios y los fines de toda actuación pública (punto de encuentro entre la eficacia y la eficiencia, que asume ambas exigencias)**, que interdice la búsqueda de la eficacia a cualquier precio, ya sea por motivos económicos o de ablación de derechos individuales o sociales importantes. Lógicamente hablamos aquí de eficacia predicada del ámbito de todas las competencias de una Administración, no como el éxito de una puntual actuación administrativa, en que la eficacia no sólo es posible sino deseable (pág. 50).

<sup>59</sup> Una visión parecida sostiene PAREJO ALFONSO, quien comparte las causas del recurso a lo privado, cifrándolas en la declinación del Estado soberano tradicional, concentrador de la capacidad de decisión colectiva, lo que ha determinado una “devolución” de decisiones a la vida espontánea social (autonomía de la voluntad), un auge del individualismo, una mezcla de las fronteras entre lo público y lo privado. Cfr. PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia y Administración. Tres estudios*, I.N.A.P.– B.O.E., Madrid, 1.995, págs. 112–113.

<sup>60</sup> En su estudio jurisprudencial sobre el principio de eficacia, el magistrado Menéndez Pérez, a pesar de reconocer que se trata de un concepto jurídico indeterminado, le adjudica un absoluto contenido jurídico, de exigencia incluso judicial, y con un beneficioso atributo como ordenador de la actividad administrativa, sometido al principio de legalidad y consecuencia de las correcciones efectuadas a la cláusula del Estado social. Cfr. MENÉNDEZ PÉREZ, S., *El principio de eficacia de la función administrativa. Virtualidad práctica: estudio jurisprudencial*, en DELGADO BARRIO, J. (director), *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1.994, págs. 23–28 y 36.

**Capítulo 2º**  
**LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN CELEBRADOS POR**  
**LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS CON PERSONAS**  
**FÍSICAS O JURÍDICAS SUJETAS AL DERECHO PRIVADO**  
**(I): ANTECEDENTES HISTÓRICOS, CONCEPTO,**  
**DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES Y NATURALEZA**  
**JURÍDICA**

**I.**

---

**ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS ACTUALES**  
**CONVENIOS DE COLABORACIÓN**

**1. LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA CONCERTADA DE CARÁCTER**  
**ECONÓMICO**

La hecatombe que la Segunda Guerra Mundial produjo en la vieja Europa se dejó sentir, sobre todo, en lo económico. A su finalización, el continente se encontraba devencijado, con unas instituciones políticas y sociales exangües e incapaces de emprender la reconstrucción material de las infraestructuras dañadas y de recuperar *de motu proprio* el pulso de la sociedad del bienestar. A pesar de que la generalización de la planificación como técnica de actuación administrativa en la economía se produce en la segunda posguerra, hay autores que fijan su inicio verdadero bastante antes<sup>61</sup>.

\*\*\*\*\*

<sup>61</sup> Así, SÁNCHEZ AGESTA, L., para quien el origen se encuentra en la Primera Guerra Mundial, como forma de concertar a todos los sectores nacionales hacia la economía de guerra. El millonario socialista Walter Rathenau fue el primero en formular científicamente la teoría del plan. Bertrand de Jouvenel, hacia 1.928, bautizó esta técnica en Francia con el nombre de "dirigisme", y Lederer, en Alemania, la llamó "Planwirtschaft", economía del plan o economía planificada). Las primeras experiencias empezaron con el ensayo alemán tras la primera posguerra, en 1.918, y siguieron en Rusia, EE.UU., R. D. A., Francia (plan Monnet) e Inglaterra (con la figura de Stafford Cripp)... SÁNCHEZ AGESTA, L., *Planificación económica y Régimen político*, en R.A.P., nº. 3, 1.950, pág. 32. Nos unimos a la opinión de este autor, que diferencia entre planeamiento y planificación: el primero alude a la formulación del plan, y la segunda a la adaptación de la realidad económica al plan en sí mismo (pág. 31). También cifra con anterioridad la planificación S. MARTÍN-RETORTILLO, para quien el concepto de Plan, entendido como una manera de organizar la vida económica y social de un país o un sector estratégico, ya aparecía en la legislación del s. XIX, por lo que no es de recibo que se nos presente esta técnica, que concibe como función o actividad pública, como novedosa de nuestra época. Existían ya en el siglo pasado planes urbanísticos, forestales o de Obras públicas sobre todo. Inicialmente, con el término plan se quería hacer referencia a la etapa de investigación de la realidad, de acopio de información objetiva de la situación en un momento determinado. Gracias a estos planes el Gobierno podía tener un conocimiento real de los problemas e intentar solventarlo con su actuación interventora. Hoy en día, el plan

En ese momento histórico, la acción concertada respondía a la necesidad de intervención administrativa que demandaba la sociedad, si bien se hacía necesario no hacerlo de manera brusca, por lo que florecieron las técnicas de fomento, que se deslizan más hacia una modalidad vicarial de gestión de los servicios públicos. Las técnicas subvencionales y pacticias estaban determinadas a encauzar la actividad de las empresas privadas en el concreto sentido y dirección que pretendía el Estado, no dejando por ello de ser una técnica de control de la iniciativa privada en la economía, puño de hierro en guante de seda <sup>62</sup>.

A este sentido responde también la idea de la planificación. Un concepto clarificador de la idea de plan lo dio FORSTHOFF, que lo consideraba “el medio de determinar el camino y la orientación a seguir por futuros desarrollos, y de emplear coordinadamente los recursos estatales al servicio de esa determinación de objetivos”. Esto se consigue, continúa, a través de dos etapas: la primera, de decisión de los desarrollos a utilizar, y una segunda, de prognosis de los desarrollos con los que contar <sup>63</sup>.

### A. Su origen en Francia

Efectivamente, a la pérdida del tejido industrial y empresarial se sumaba la desconfianza, el desamparo de las clases medias ante el futuro. La planificación económica se erigió así como la panacea contra todos los males, como un bálsamo de Fierabrás contra las dolencias de una sociedad herida. El fenómeno se iniciaría en Francia, motor de Europa en esta ocasión, que hizo práctica la necesidad teórica de un mayor intervencionismo del Estado en los asuntos económicos, pero no a la antigua usanza coactiva, sino estimulando la actividad privada en el sentido por él deseado. Con el Plan Monnet francés (establecido por el Decreto de 16 de enero de 1.947

aparece más configurado como la fase que sigue a ésta: o sea, como la actuación administrativa de intervención y ordenación. El primer plan parece que lo encargó Fernando VI a un irlandés, Ward, para que analizase la situación económica de España. Vid. MARTÍN-RETORTILLO, S., *Antecedentes del Concepto de Plan y referencia a la Legislación de Fomento del Siglo XIX*, en R.A.P., nº. 49, 1.966, pág. 43 y ss. También es de esta opinión DÍAZ HOCHLEITNER, R., *La Programación administrativa*, en Documentación Administrativa, nº. 19, 1.959, pág. 6, para quien ya en el Renacimiento se pone en marcha una corriente a favor del planeamiento, sobre todo de planes sociales, de carácter especulativo, animados por el poder ordenador del crecientemente valorado intelecto humano.

<sup>62</sup> Esta realista visión “dirigista” de la acción concertada es obra de BAENA DE ALCÁZAR, M., *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía*, editorial Tecnos, Madrid, 1.966, págs. 95–98. Y es que, “sería demasiado ingenuo pensar que la administración otorga ventajas a los particulares, mediante medidas de fomento, a cambio de nada. Por el contrario, las condiciones impuestas a las ayudas encontraron un instrumento apropiado como los conciertos y la planificación, reservándose el Estado el derecho de inspección y control teleológico de sus estímulos. La relación entre actividad concertada y de fomento y su categorización en las modalidades de servicio público es de VEDEL, *Droit administratif*, 3ª ed., Presses Universitaires de France, París, 1.964, pág. 17.

<sup>63</sup> En este sentido, FORSTHOFF, E., *El Estado de la Sociedad industrial (El Modelo de la R.F.A.)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1.975, pág. 192.

a 1.950, si bien vigente hasta 1.954) se quería sistematizar la economía pública y privada, ponerlas en relación a través de una reconstrucción previa de resultados y objetivos para cada parte, de manera que toda la producción estuviera prefijada por el Plan, quedando la mayoría de los sectores clave de la economía francesa bajo los dictados de un instrumento concebido como una malla perfecta, a cuyas cuadrículas se adaptarían los modos y formas de la actividad económica privada. La planificación francesa ha sido calificada de indicativa porque el plan no tenía efectos vinculantes directos para el sector privado, aunque sí para el público. Ahora bien, el Estado ofrecía determinados beneficios para todas aquellas empresas particulares que quisieran concertar su actividad con el plan mismo, de manera que quedasen adheridas a sus fines.

El Plan planteaba la consecución de concretos logros, a los que aspiraba cada sector económico o productivo (metalúrgico, minero, agropecuario, etc.), pero que no pasaban de ser meras indicaciones para las células privadas de la economía. Posteriormente, cualquier empresa podía decidir hacer de esos logros una finalidad propia y deseada, a cambio de unas determinadas ventajas concedidas por el Estado; con ello estaría colaborando además, indirectamente, a la consecución de un mejor orden social en Francia<sup>64</sup>.

A diferencia de la planificación indicativa francesa y española, en la extinta U.R.S.S. se llevaba a cabo una planificación integral de corte socialista que se revestía de caracteres determinados y precisos, que se condensaban en la obligatoriedad jurídica de sus previsiones, las cuales cobraban así el valor de auténticas prescripciones. Sin embargo, es mayoritaria en la doctrina la teoría de que la planificación indicativa no denota ningún tipo de ideología en particular, respondiendo más bien a un nuevo estadio del actuar administrativo<sup>65</sup>.

En el resto de Europa se quiso imitar el fenómeno ruso, si bien, para que no se notase en exceso el determinante marxista, el sistema fue recreado en la planifica-

<sup>64</sup> El plan a la francesa, así como los españoles, servía también de instrumento de centralización. Al menos los iniciales. De los XI planes económicos que se han dado en Francia hasta 1.998, los 8 primeros han tenido carácter centralizador, llegando, a lo más, a permitir la celebración de cuasicontratos entre el Estado y las empresas particulares. Desde el IX plan, que aplicaba por primera vez la ley Rocard, de 1.982, se introdujeron los contratos de descentralización entre el Estado y las regiones francesas. Cfr. MESCHERIAKOFF, A. S., *La Planification française entre Centralisation et Décentralisation*, RFD. adm. 11 (5) sept.-act. 1.995, pág. 999 y ss.

<sup>65</sup> Vid., por ejemplo, a ALFARO ALFARO, J., *La Organización administrativa de la programación económica*, Documentación Administrativa, nº. 16, 1.959, pág. 5, para quien la planificación no es exclusiva de ningún tipo de ideología, a pesar de que ha sido EE.UU. el país más remiso a aplicarla, pues va desde España, Francia e Italia hasta Holanda, Inglaterra, Hispanoamérica, Japón, etc. Igualmente opina DÍAZ HOCHLEITNER, R., *opus cit.*, pág. 5, pues se trata "de un método de trabajo que se puede utilizar en los sistemas políticos más diversos", de una nueva "función administrativa" (pág. 9).

ción indicativa, que era una manera suave de socialismo institucionalizado, sin atentar contra las Constituciones ni contra las conciencias, dejando así incólume el derecho a la libre iniciativa privada, pero consiguiendo exactamente lo mismo que los planes rusos: controlar la economía, dirigirla en suma.

Aun así, como bien ha señalado COSCULLUELA, la planificación a la francesa dependía, en buena medida, de la existencia de un sector público poderoso, pues sólo por la vía de la dependencia orgánica, sin importar la naturaleza de ésta, podía el Estado imponer jurídicamente las previsiones del plan económico<sup>66</sup>.

El instrumento que establecía la vinculatoriedad de las empresas con el plan estatal era el concierto, figura que suponía un pacto o acuerdo bilateral Estado-empresa, por el que aquél se comprometía a proceder a un mejor tratamiento fiscal, o a conceder determinadas subvenciones o créditos blandos a cambio de su compromiso a seguir las líneas del plan en vigor. Estos conciertos supusieron la primera manifestación de los convenios de colaboración del Estado con empresas particulares para el fomento de actividades privadas de interés público.

Corroborando la relación entre planificación y colaboración de los particulares en la administración pública, recuerda CHILLÓN MEDINA que la magna obra de la planificación indicativa de cuño francés enlaza con los sistemas de democracia directa, poniéndose de moda eufemismos tales como “apasionante tarea colectiva” o “empresa comunitaria”<sup>67</sup>. Mientras que las previsiones del Plan no creaban ningún derecho subjetivo para los sujetos concernidos por él, el particular podía hacerlos nacer en su persona siempre que suscribiera el correspondiente concierto con la Administración<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> Vid. COSCULLUELA MONTANER, L., *Sector público y planificación*, en R.A.P., n.º 56, 1.968, pág. 38. Para este autor, la planificación occidental ha tenido, pues, como presupuesto originario, la creación de un sector público empresarial que venía a constituir su espina dorsal. Ello porque la existencia de un potente sector público en los sectores claves de la economía iba a realizar una labor de arrastre sobre los demás sujetos privados, que se ven así obligados a seguir las directrices del Plan si quieren ser medianamente competitivos (pág. 40). Contrariamente a la planificación francesa, la planificación española, también indicativa, nunca tuvo ese importante sector público económico, ni se preocupó en tenerlo, de tal manera que podríamos hablar, con base en esta peculiaridad, en una específica planificación “a la española” (pág. 41).

<sup>67</sup> Cfr. CHILLÓN-MEDINA, J. M., *Formas, Técnicas y Estructuras administrativas ante la Planificación económica*, en R.A.P., n.º 64, 1.971, pág. 111.

<sup>68</sup> El nombre de concierto es genuinamente español, prefiriendo los franceses usar las expresiones contratos, cuasicontratos, compromisos (*engagements*). Vid., por ejemplo, VASSEUR, M., *Un nouvel Essor du Concept contractuel (Les Aspects juridiques de l'Économie concertée et contractuelle)*, Editions Sirey, París, 1.964, pág. 36, que apela a la figura del cuasi contrato por entender que estos conciertos con el Estado tenían poca fuerza para obligar, por supuesto –según él– menos que los contratos de Derecho Civil. Alguno, como KHALIL, MAGDI SOBHY, *Le Dirigisme économique et les Contrats (Étude de Droit comparé: France–Égypte–U.R.S.S.)*, Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, París, 1.967, pág. 77, habla de contratos guiados por la información económica.

La eficacia y la productividad empezaron a tallar estas nuevas formas de actividad administrativa. Lejos queda ya hoy la clásica diferenciación bipartita entre policía y servicio público, sentado el hecho de que nuevas técnicas jurídicas de relación consensual de la Administración con los administrados (como la colaboración, la concertación o la planificación) son prácticamente irreducibles a cualquiera de ambas. En ese sentido, entiende CHILLÓN MEDINA que la planificación indicativa (voluntaria) bien podría emerger como una técnica original y novedosa de suyo, si bien finalmente parece decantarse por su no clasificabilidad, por tratarse de un concepto complejo, que aúna decisiones unilaterales administrativas con actitudes paccionadas o de fomento.

En los años cincuenta y sesenta habíamos pasado ya de una Administración liberal a una Administración intervencionista, y de ésta a una Administración relativamente concertada. La planificación indicativa significó “el estadio más avanzado de penetración de lo particular en el campo de la actividad de la Administración”<sup>69</sup>. Nótese que podría mantenerse también lo contrario, pues la actividad a realizar por parte del particular era esencialmente la que éste venía realizando antes del plan, sólo que, al concertar, el Estado se compromete a colaborar económicamente con él para que transforme la calidad, los fines o cantidades de su producción para servir al interés colectivo.

**Como hemos dicho anteriormente, el cambio de las técnicas de intervencionismo a las de la concertación supone algo esencialmente nuevo para la Administración: un *aliquid* que supone que una misma finalidad (conseguir determinados resultados económicos) se pueda alcanzar ya por otra vía que no es la tradicional de la coerción unilateral clásica, si bien ésta podría siempre intentarse en caso de fracaso del plan o de incumplimiento de las obligaciones derivadas del concierto: es el principio de intercambiabilidad de las formas de la actividad administrativa.** Esta novedad debe su nacimiento a la extraordinaria situación por la que estaban atravesando los países europeos que entraron en la II Guerra Mundial<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> Cfr. CHILLÓN MEDINA, *opus cit.*, pág. 117.

<sup>70</sup> Estas técnicas del diálogo, de la incitación, son intrínsecamente más molestas para la Administración que el clásico ordeno y mando. Lo que ocurrió es que el Estado era consciente de la debilidad del sector empresarial en aquellos momentos y que una política tal conduciría inexorablemente a una ruina aún mayor. De esta forma, como ha dicho MARTÍN DEL BURGO MARCHÁN, se viene a representar de forma dulcificada y atenuada una nueva manera de quedar insertos los administrados en la disciplina jurídica de la organización administrativa. La Administración esconde su rostro de lobo bajo la caperza de la concertación. Cfr. MARTÍN DEL BURGO Y MARCHÁN, A., *La Planificación: Un mito, una utopía, una contrautopía*, una realidad, en R.A.P., nº. 81, 1.976, pág. 81.

Los conciertos de plan, sobre los que volveremos más adelante, han sido unánimemente considerados como convenios de colaboración. Sin embargo, el discernimiento de su auténtica naturaleza jurídica ha provocado diferentes calificaciones: contratos, cuasicontratos, actos administrativos complejos, actos administrativos necesitados de colaboración, normas jurídicas, etc.

## 2. LA PLANIFICACIÓN HISTÓRICA DE CARÁCTER ECONÓMICO EN ESPAÑA

Actualmente, la planificación económica se encuentra recogida en el art. 131 CE, pero sus postulados no han sido aún llevados estrictamente a la práctica. La explicación puede encontrarse en la superación cronológica de aquella etapa de penurias, así como en el discreto éxito que estas técnicas tuvieron realmente. A ello debe sumarse, como ha señalado SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, la falta de operatividad que ofrecen ahora los esquemas de la planificación global, unido a un cierto temor a que el Consejo Económico y Social (máximo órgano consultivo de la planificación) pudiera convertirse *de facto* en una tercera Cámara.

Los Planes postconstitucionales habidos en España hasta ahora han carecido de contenido jurídico estricto, conformándose más como meras indicaciones políticas (Plan Energético nacional de 1.981, Plan Electrónico e Informático, Plan Energético Nacional de 1.983, Planes de Carreteras, etc.)<sup>71</sup>.

Nuestra planificación histórica, sin embargo, gozó de buena salud durante unos 20 años. Se trataba de una planificación mixta, vinculante para el sector público (a pesar de que, como constatará ORTIZ DÍAZ, no se exigiera de forma muy rigurosa para las Administraciones Públicas<sup>72</sup>) pero indicativa para el sector privado. El origen de estas técnicas en España se fija en la Ley 194/1.963, de 28 de diciembre, por la que se aprueba el I Plan de Desarrollo Económico y Social. Se llegaron a hacer 3 grandes planes económicos generales: el segundo tuvo vigencia desde 1.969 hasta 1.971 (Ley 1/1.969 de 11 de febrero) y el tercero desde 1.972 hasta 1.975 (Ley 22/1.972, de 10 de mayo). El cuarto plan no pasó de ser un mero proyecto, pues nunca llegó a aprobarse, concebido para acotar desde el año 1.976 al 1.979. En estas leyes de plan se recogen las bases de concierto de cada sector, desarrolladas por sen-

<sup>71</sup> Cfr. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Reflexiones sobre la Regulación constitucional de la Planificación económica*, en R.A.P., nº. 117, 1.988, págs. 48 y 50.

<sup>72</sup> Cfr. ORTIZ DÍAZ, J., *Planificación estatal y planificación local*, en R.A.P., nº. 77, 1.975, pág. 60.

das Órdenes Ministeriales –a su vez completadas por otras Órdenes de procedimiento y otras menores dictadas por delegación–.

Hasta 1.968 se dieron, para el primer plan, como expone SALAS, nueve órdenes, una para cada uno de los 9 sectores que este Primer Plan incluía (piel, ganado vacuno, siderurgias, industria del hierro...). La acción concertada se llevaba a cabo, como su nombre indica, a través de conciertos entre el Estado y las industrias individualmente consideradas. Ni que decir tiene que estas industrias debían pertenecer a uno de esos sectores previstos en el Plan. SALAS explicó exhaustivamente el procedimiento administrativo de concierto<sup>73</sup>.

Junto a la acción concertada de la planificación española apareció también, ya en la ley del primer plan, la planificación pacticia en materia de Polos de Promoción y Desarrollo industrial de los Polígonos industriales. Su finalidad consistía en estimular el desarrollo industrial de determinadas zonas geográficas españolas. En los arts. 8 y 9 de esa ley se recogían los beneficios que cabía otorgar a las empresas que decidieran instalarse en cualquiera de estos polos<sup>74</sup>.

73 Una empresa desea adherirse a un concierto con el Estado, pues cree que le convendrán las prestaciones que éste le puede reportar. En esta etapa la empresa tiene un mero interés. El Estado aprueba las Bases para la concertación con un determinado sector económico. En esta etapa la empresa detenta ya un interés legítimo. La empresa interesada en firmar un concierto lo solicita al Estado (abriendo así el procedimiento), solicitud a la que añade un Proyecto en el que declara minuciosamente cuál es su situación económica y cuáles van a ser sus perspectivas para el futuro y cumplir así el concierto. Si tiene los requisitos para poder concertar pero la empresa no ostenta un derecho al concierto (pues no se trata de una potestad reglada donde se conceda automáticamente algo si se tienen los requisitos para ello –como ocurre con las licencias, por ejemplo–). El Estado admite o rechaza la solicitud, comprobando si la empresa cumple los requisitos de las Bases y valorando discrecionalmente el Proyecto que la empresa le ha presentado y teniendo en cuenta que sus expectativas de futuro son compatibles para el concierto. Si el Estado admite la solicitud, su Proyecto sólo queda provisionalmente aceptado, y así decimos porque lo normal es que luego el Estado introduzca alguna modificación en el Proyecto que la empresa le presentó. Si hizo tal cosa, la empresa deberá aceptar o rechazar las modificaciones, rehaciendo nuevamente el proyecto libremente e introduciendo también ella las modificaciones que estime convenientes tras el cambio que de su proyecto realizó el Estado. Sus modificaciones, sin embargo tendrán como límite infranqueable que no podrán rebajar las exigencias impuestas por el Estado. Tras lo cual, el Estado acepta definitivamente y cierra el concierto con la aprobación ministerial correspondiente. Cfr. SALAS, J., *El Régimen de acción concertada*, en R.A.P., nº. 56, 1.968, pág. 464 y ss.

74 La Orden de 1 de febrero de 1.964 convocó el concurso para la concesión a la iniciativa privada de los beneficios aplicables en los Polos de Promoción y Desarrollo industrial de Burgos, Huelva, La Coruña, Sevilla, Valladolid, Vigo y Zaragoza. Es de tener en cuenta el carácter primordialmente estatal de la acción de desarrollo económico y social llevada a cabo a través de los Polos de Promoción y Desarrollo Industrial y de los Polígonos Industriales, según se desprende inequívocamente, entre otras múltiples disposiciones, de lo dispuesto en los arts. 36 y siguientes del texto refundido de la Ley del III Plan de Desarrollo Económico y Social aprobado por Decreto de 15 de junio de 1.972. El Decreto 240/1.969, de 21 de febrero, de la Presidencia del Gobierno, prorroga el régimen de los polos de promoción y desarrollo industrial existentes y localiza los nuevos. Entre los de nueva creación fueron los de Córdoba, Granada, Logroño y Oviedo. Entre los prorrogados estaban los de La Coruña, Pontevedra, Sevilla, Valladolid, Zaragoza, Burgos y Huelva. Los mecanismos jurídicos se cifraban en la convocatoria anual de concursos para la concesión de beneficios a los distintos Polos Industriales, de Desarrollo o de Descongestión industrial. Estos beneficios consistían en el otorgamiento de créditos, préstamos y subvenciones. Así, la Orden de 18 de junio de 1.965, de la Presidencia del Gobierno, convocó el concurso, para 1.966. Antes, la Orden de 10 de octubre de 1.964, de la Presidencia del Gobierno, estableció el concurso de concesión de beneficios en los para el año 1.965. El Decreto de 30 de enero de 1.964, de la Presidencia del Gobierno, localizó los polos de producción y de desarrollo y polígonos de descongestión industrial. En él se conferían beneficios a polígonos de descongestión industrial en

Sin embargo, se intuía que el pactismo, el consenso, la economía concertada representaban algo más que la mera ejecución de un Plan a través de sus conciertos individuales. El margen de actuación que se dejaba a las empresas concertantes era tan estrecho que, como hemos indicado, no dejaba de suponer otra manera de coerción, suavizada y estimulada, pero coerción a fin de cuentas. Esta idea la comparte VASSEUR, quien hace suya la afirmación de un colega, ANDRÉ PIETTRE, para quien la economía concertada en su elaboración tiende a devenir unilateral en su ejecución<sup>75</sup>.

Y así, continuó ya en la segunda mitad del siglo XX, con apoyatura en aquella inicial concertación económica, una corriente favorable al fomento de actividades privadas de interés general. Se trata de actividades ejercidas por particulares que el Estado estima pueden asegurar una misión de interés general, especialmente en el orden material (si bien también en el cultural, como ha destacado en Francia DEBBASCH<sup>76</sup> en relación con asociaciones sin ánimo de lucro o grupos deportivos) o económico. Así, por ejemplo, no sólo los conciertos ya vistos sino también los convenios de precios, usados en Francia y España para evitar el repunte de la inflación.

Además, se fueron añadiendo actividades concertadas a raíz de diferentes planes sectoriales, exhaustivamente recogidos por ORTIZ DÍAZ, que demuestran a las claras la auténtica fiebre de la planificación que vivió España desde la década de los 60, y entre cuyos planes podemos citar el Plan Nacional de la Vivienda, el Plan Nacional de Carreteras, el Plan de Autopistas, el Plan de Modernización de RENFE, el Plan de la Red del Frío, Planes de Montes, Planes generales de Transformación de Zonas regables, Plan de Infraestructura sanitaria, Planes Regionales de Infraestructura viaria, Planes de Ordenación marisquera, Planes de Construcciones hospitalarias, Planes de Albergues y Paradores de Turismo, Planes provinciales de Obras y Servicios, Plan Nacional de Combustibles, y un larguísimo etcétera<sup>77</sup>.

Madrid [art. 4], Guadalajara [art. 4º], Ciudad Real (Alcázar de San Juan y Manzanares) [art. 4º], y se localizan polos de desarrollo industrial en La Coruña, Huelva, Sevilla, Valladolid, Zaragoza, Pontevedra (Vigo) y Burgos (Aranda de Duero (art. 4º)).

<sup>75</sup> Vid. VASSEUR, M., *Un nouvel Essor du Concept contractuel (Les Aspects juridiques de l'Économie concertée et contractuelle)*, Editions Sirey, Paris, 1.964, pág. 9. En su opinión, se trata más de diálogo, de colaboración, que de las meras prescripciones de un plan. El futuro del Derecho Administrativo se encuentra en un derecho negociado, que empieza a tomar lugar junto al tradicional derecho impuesto. La concertación, la economía concertada que BLOCH-LAINÉ llenara de contenido, y toda la evolución que esta nueva tendencia significa ha sido calificada por VASSEUR como un nuevo impulso del concepto contractuel en la Administración económica y social (pág. 15 y ss.)

<sup>76</sup> Cfr. DEBBASCH, CH., *Institutions et Droit administratifs, Tomo 2, L'action et le Controle de l'Administration*, Presse universitaires de France, Paris, 1.978, pág. 56.

<sup>77</sup> Cfr. ORTIZ DÍAZ, J., *opus cit.*, pág. 46 a 50.

Desaparecido el Ministerio de Planificación y Desarrollo a la muerte de Franco, el IV Plan se disuelve cuando era ya una realidad hecha proyecto. Los problemas económicos y sociales que envolvían a la joven democracia española hicieron el resto para impedirlo. Pero posteriormente, antes del siguiente gran plan sectorial, el R. D. 1.286/1.976, de 21 de mayo, renueva el espíritu de la acción concertada, esta vez otorgando subvenciones para que las empresas suscriptoras del convenio construyeran buques mercantes de determinadas calidades. No deja de tratarse, en suma, de la prototípica acción de fomento basada en la subvención.

Las Planificaciones eléctrica y energética nacionales seguirán el camino abierto por la planificación económica general de los años sesenta. La Orden de 31 de julio de 1.969 aprobó el Plan Eléctrico Nacional, que nacía con una vigencia de 10 años. En ella se comprendían los requisitos a cumplir por todas las centrales de energía eléctrica que se pretendieran instalar en ese período. Sus disposiciones eran directamente vinculantes para las empresas<sup>78</sup>.

Siguió el Programa Siderúrgico Nacional, que nació por Decreto 669/1.974, de 14 de marzo, vinculando la producción del sector siderúrgico desde 1.974 a 1.982. Este plan fue decisivo para que se desarrollara la necesaria reconversión industrial desde 1.982, que tanto afectara a los altos hornos vascos. Se realizaba por medio de actas de concierto voluntarias, que reflejaban los compromisos a los que se obligaban las partes.

La reconversión industrial fue un mal necesario a la vista de la grave crisis que estaba atravesando el sector de la fundición y las industrias pesadas de equipamiento españolas. La crisis internacional del petróleo y el fenecimiento del régimen polí-

\*\*\*\*\*

<sup>78</sup> El Plan Energético nacional se aprobó en 1.975, con dos años de retraso respecto a lo que preveía la Ley del III Plan, que instaba al Gobierno a su elaboración en el plazo de 1 año. Las disposiciones del Plan Energético eran meramente voluntarias. Aprobado este plan sectorial, el Gobierno promulgó el Decreto 175/1.975, de 13 febrero, en el que estableció los objetivos prioritarios para asegurar el abastecimiento de energía eléctrica hidráulica, térmica de carbón y térmica nuclear, con vigencia entre 1.975 a 1.985, y como instrumento jurídico a propósito creó un régimen de acción concertada del sector eléctrico, por el que las empresas que quisieran acogerse a él accedían a una amplia serie de beneficios fiscales (la aplicación de los beneficios del apoyo fiscal a la inversión en los términos del Decreto-Ley 3/1.974, de 28 junio, la libertad de amortización y la exención de los derechos de importación; también ofrecía la facultad de expropiación forzosa y facilidades crediticias). Las principales centrales eléctricas a construir o mejorar fueron recogidas en el Anexo del Decreto 175/1.975, de 13 febrero. Ni que decir tiene que estas actas de conciertos tenían naturaleza paccionada; en efecto, carácter contractual les adjudica las SSTS de 25 de septiembre de 1.997 (Ar. 9.242), y de 25 de septiembre de 1.998 (Ar. 8.791), con relación al acta firmada entre el Ministerio y las eléctricas, respectivamente, Endesa e Iberduero). En la segunda sentencia mencionada se afirma que "el acta general de concierto, y el acta específica eran la formalización de un convenio o acuerdo de naturaleza contractual entre la Administración General del Estado y las empresas eléctricas, en las que se constataba el propósito de la empresa eléctrica de llevar a cabo determinadas inversiones, de cuya realización surgiría por aplicación de la ley el derecho a disfrutar determinados beneficios fiscales, que debían ser declarados, es decir reconocidos mediante otro acto administrativo distinto, cual era la orden correspondiente del Ministerio de Hacienda."

tico anterior, con las incertidumbres económicas que trajo consigo, motivaron la aplicación de un paquete de medidas de choque que se instrumentaron de la siguiente forma: el R. D. 2.200/1.980, de 26 de septiembre, que intervenía la fabricación de electrodomésticos de la línea blanca; el R. D. 2.206/1.980, de 3 de octubre, que hacía lo propio con el sector de aceros especiales y el R. D. 878/1.981, de 8 de mayo, de Siderurgia integral. Estas medidas se demostraron insuficientes para atajar la crisis, ante lo cual fue aprobado el R. D. Ley 9/1.981, de 5 de junio, que se convalidó y fue tramitado como la Ley 21/1.982, de 9 de junio, que establece por primera vez medidas generales para aplicar a cualesquiera sectores industriales en reconversión. De nuevo esta ley se mostró ineficaz para realizar tan magna tarea, y, por fin, fue aprobada la Ley 27/1.984, de 26 de julio, que convalidó el R. D. Ley 8/1.983, de 30 de noviembre, de Reconversión y Reindustrialización. En estos sistemas, una vez más, se acude a la acción concertada, de manera que cada empresa perteneciente a un sector de los aludidos por las leyes podría solicitar su entrada voluntaria en el sistema de reconversión preestablecido *ad hoc*, con los beneficios y tareas que ello le comportara<sup>79</sup>.

## II. CONCEPTO DE CONVENIOS DE COLABORACIÓN

### 1. INTRODUCCIÓN

El incesante incremento de los fines del Estado que la búsqueda del bienestar social ha traído consigo, ha supuesto también, para el Derecho Administrativo, una paulatina extensión de su objeto. Sus nuevas fronteras incluyen ya territorios tan novedosos como los estándares de calidad, la gestión del ocio, las telecomunicacio-

\*\*\*\*\*

<sup>79</sup> En este sentido, el Artículo 5 de esta ley disponía: "Las empresas de cada sector podrán acogerse a lo establecido en el Real Decreto de reconversión, a cuyo efecto deberán elaborar un programa que determine y concrete, en el ámbito de la empresa, el cumplimiento de las condiciones establecidas en el plan de reconversión. 2. La solicitud de incorporación al plan, acompañada del programa previsto en el número anterior, se presentará por la empresa ante el Ministerio de Industria y Energía para su aprobación conjunta por este Ministerio y los de Economía y Hacienda y Trabajo y Seguridad Social, previo informe de la Comisión de Control y Seguimiento contemplada en el art. 6º. No obstante, la solicitud a que se refiere el párrafo anterior se formulará ante la Comunidad Autónoma que haya asumido competencias en materia de desarrollo y ejecución de los planes estatales de reconversión industrial, la cual la remitirá con su informe al Ministerio de Industria y Energía". En sus 38 artículos, la ley concedía todo tipo de estímulos para atraer a las empresas a los Planes de Reconversión, otorgando subvenciones, beneficios financieros, tributarios, laborales, etc. Cfr. FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Parte III*, Industria, en la obra de MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho Administrativo Económico, Tomo II*, editorial La Ley, Madrid, 1.991, págs. 530-533.

nes o la tutela integral del medio ambiente. Sin embargo, bien por ese afán de conquista, bien por su falta de atractivo, los investigadores del Derecho Público han dejado olvidadas determinadas materias, que si bien carecen del brillo subyugante de la modernidad, tienen la suficiente trascendencia práctica como para ser replanteadas con rigor. Una de zonas de penumbra del Derecho Administrativo aparece siempre que entran en contacto la Administración y los administrados en un plano de igualdad, y, en concreto, ocurre con los convenios de colaboración celebrados entre las Administraciones Públicas y los particulares<sup>80</sup>.

No obstante, es honesto reconocer que la falta de estudios sobre el tema en cuestión deriva quizá más bien del enfoque conjunto que la doctrina hace de los convenios junto a los contratos administrativos (lo que les ha restado, objetivamente, protagonismo y autonomía) que de la propia indiferencia de los investigadores, algunas de cuyas aportaciones sobre el tema son de gran calado. Otra posible justificación de la carencia de estudios jurídicos sobre los convenios puede deberse a la ausencia de una regulación general que los contemplara, lo que les ha convertido, hasta hace bien poco, en una institución casi alegal, sectorial y marginada. Sólo a raíz de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común y de la Ley 13/1.995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, se ha puesto remedio relativo a ese desamparo normativo.

Los convenios de colaboración pueden ser celebrados entre Administraciones y particulares o entre Administraciones entre sí. Éstos últimos, que han encontrado mayor eco en la doctrina y jurisprudencia patrias, van a ser deliberadamente excluidos de nuestro estudio, si bien muchos de los esquemas y conclusiones que construyamos les servirán en parte. Por esto, a partir de ahora, designaremos con la expresión “convenios de colaboración” exclusivamente a los convenios suscritos entre la Administración Pública y los particulares, de manera que sólo trataremos los otros cuando expresamente así lo hagamos notar en esta obra.

80 Compartimos con Parada su animadversión hacia el sustantivo “particulares”, que, si bien intenta hacer referencia a las personas físicas, a los administrados, peca en exceso de ambigüedad. Nosotros, a partir de ahora, con dicho sustantivo haremos alusión no tan sólo a las personas físicas sino a las jurídicas sometidas al Derecho Privado. Sobre la crítica aludida, Cfr. PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo, Derecho Privado, Derecho Garantizador*, en R.A.P., nº. 52, 1.967, pág. 75. De todas formas, diferente es que la actuación administrativa se desarrolle en pie de igualdad con el administrado a que la Administración se comporte “como un particular”. Tantas veces hemos escuchado esta atractiva expresión que se ha hecho sibilinamente clásica al explicar los contratos privados de la Administración. Se trata, como dijo SOTO KLOSS, E., *La Contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásicas del contrato (a propósito de la distinción contrato administrativo/contrato civil de la Administración)*, en R.A.P., nº. 86, 1.978, pág. 582, nota 29, “...de un resabio decimonónico...pues el hecho de que pueda aplicársele al Estado el Derecho Privado no le hace perder su calidad de Estado, calidad que le es irrenunciable, pues no puede ser otra cosa que lo que es (...)”.

Antes de dar nuestro propio concepto de convenios de colaboración, vamos a ver la opinión de los autores que han tratado el tema.

### A. Aportaciones doctrinales

Para hablar de convenios de colaboración hemos de hacer referencia obligada a la que muchos entendemos que es la aportación básica de la doctrina española. Nos referimos al artículo que BASSOLS COMA<sup>81</sup> publicó en la Revista de Administración Pública en 1.977. Allí exponía que con el nombre de “convenios de colaboración” se hacía referencia a “una serie de figuras que bajo la denominación de concertación, concierto, administración concertada o conciertos de administración (de inspiración francesa), se han introducido en nuestro derecho positivo a raíz, a partir de 1.963, de la planificación económica y social”<sup>82</sup>.

Esta definición enlaza con la que hacen otros dos destacados autores españoles. Para GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, el acercamiento de voluntades entre Administración y administrados conforma, inespecíficamente, convenios de la Administración. Para ellos existen tres clases de convenios entre Administración y particulares: contratos administrativos, contratos privados y conciertos; éstos últimos son los que ellos hacen equivaler con los también llamados convenios de colaboración<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> Cfr. BASSOLS COMA, M., *Consideraciones sobre los Convenios de colaboración de la Administración con los Particulares para el Fomento de las Actividades económicas privadas de Interés público*, en R.A.P., nº. 82, 1.977.

<sup>82</sup> Vid. BASSOLS COMA, M., *Consideraciones sobre los Convenios de colaboración...* *opus cit.*, pág. 65. Con este concepto descriptivo Bassols renuncia a encontrar una definición ontológica unitaria del fenómeno jurídico, para pasar a establecer el ámbito que éste abarca. Posteriormente complementa este intento definidor concretando las diferentes clases de convenios de colaboración que existen a su juicio. Bassols, aunque no realiza una definición sustantiva de los convenios de colaboración sí era consciente del proceso de sustitución que los procedimientos administrativos imperativos estaban sufriendo –y continúan aún hoy con una mayor intensidad si cabe– por los de naturaleza convencional (pág. 66). Con los convenios de colaboración se trataría, pues, de designar actividades económicas privadas de interés público, dentro de las cuales podemos fácilmente insertar la tutela medioambiental. En efecto, la conceptualización de lo que sea “interés público” es una tarea eminentemente política y jurisdiccional, que depende de circunstancias históricas y espaciales, que atiende fundamentalmente a satisfacer las necesidades sociales de cada momento. Es por ello por lo que creemos que estos convenios pueden perfectamente acoger pactos entre empresas y Administraciones en materia ambiental. Es más, tal es la cercanía de estas figuras con la propia contratación administrativa que fácilmente se puede recurrir a esta normativa (con base en la cláusula de aplicación subsidiaria de la LCAP, art. 3.2) para integrar las lagunas de derecho de estos convenios.

El interés público de estos convenios ambientales empresa-Administración puede concretarse en dos puntos:

- la necesidad de ir acomodando el sistema productivo de las empresas más contaminantes a la legislación medioambiental; para ello, las Administraciones firmarían un convenio con cada una de ellas. Desde este punto de vista, se conseguiría el interés público mediante la suma del interés particular de cada empresa;

- la posibilidad de firmar convenios de colaboración por sectores. De este modo, cada sector tendría una pauta que seguir en materia ambiental-empresarial y se buscaría el interés público de manera directa. Lo ideal, por tanto, es usar ambas técnicas.

En su opinión, estos conciertos o convenios de colaboración no suponen tanto una colaboración patrimonial entre las partes como una manera de administrar. Son figuras que no pueden encontrar paralelo en el derecho contractual privado, ya que suponen un simple acuerdo sobre la medida de una obligación o ventaja, típicas de una relación de sumisión jurídico pública previamente establecida entre la Administración y el particular. Todo esto se produce dentro de la llamada “Administración concertada”, que renuncia a la imposición unilateral de su voluntad para pasar, cada vez más, a pedir la colaboración de los particulares. El siglo XX, tan luminoso en ideas y construcciones jurídicas, ha visto cómo el Estado social y democrático de derecho ha impulsado el bienestar de los ciudadanos, aumentando sus prestaciones, pero ha revelado igualmente la insuficiencia y rigidez de los procedimientos administrativos al uso, acabados por resoluciones unilaterales. Unido a ese proceso, que también constatará BASSOLS, consideran GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ como primeros convenios en el tiempo los de la acción concertada de la Ley del III Plan de Desarrollo<sup>84</sup>.

La sensibilidad jurídica de los tres autores citados se revela en la capacidad de entrever en el casuismo de hace 20 años el sesgo que hacia el voluntarismo y el pactismo empezaba ya a tomar la Administración, buscando además, como ha dicho CARRILLO DONAIRE, la privatización, la desregulación y la despublicación<sup>85</sup>. Otros autores han advertido, además de las consabidas causas de índole económica, teórico, ideológico y político, incitadoras de la privatización y de la tendencia a sustituir la iniciativa pública por la privada<sup>86</sup>. Como sugestivamente ha dicho JIMÉNEZ NIETO, “la acción empresarial carece de sexo, y su estructura ni ha de ser pública ni privada, porque no es una distinción aplicable ni operativa en un contexto microadministrativo”<sup>87</sup>.

Con los convenios de colaboración asistimos, pues, no ya a cambios concretos y aislados en la actuación sectorial de la Administración, sino a toda una revolución calla-

<sup>83</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. M., *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, octava edición, 1.998, pág. 666 y ss.

<sup>84</sup> Entre la doctrina que sigue la opinión de García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, vid., *ad exemplum*, JIMÉNEZ BLANCO, A., *Los Contratos de la Administración Pública*, en la obra colectiva *Manual de Derecho Administrativo* (Parte General), Editorial Ariel, S.A., 5ª edición, Barcelona, 1.998, pág. 775.

<sup>85</sup> Que son aspectos diversos del proceso liberalizador que hoy preside, en toda Europa y en gran parte de Occidente, el posicionamiento del Estado. Cfr. CARRILLO DONAIRE, J. A., *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2.000, pág. 51.

<sup>86</sup> Así, MONTERO ELENA, C. M., *Empresa Pública y Privatización*, en *La Intervención administrativa en la Economía*, obra colectiva dirigida por FERNÁNDEZ FARRERES, G., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1.996, págs. 71 y ss.

<sup>87</sup> Cfr. JIMÉNEZ NIETO, J. I., *Relaciones del gobierno con las empresas públicas: Directorio político y Gerencia empresarial*, en R.A.P., nº. 77, 1.975, pág. 413.

da y subliminal, tan lenta como apreciable, hacia esa otra manera de administrar, como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, que la enfrenta ya definitivamente a la coerción e imperatividad que han sido el estandarte de guerra de la Administración hasta ahora. Podemos decir, usando un símil artístico, que la administración por medio de acuerdos y pactos con los administrados integra una *nuova maniera* de administrar, abandonándose el anterior manierismo administrativo basado en la coerción y el ejercicio unilateral de las potestades.

Comoquiera que el origen de estos convenios de colaboración, reconocido por la casi totalidad de la doctrina, se cifra en la acción concertada de los Planes de Desarrollo franceses y españoles, el rasgo de la cooperación económica ha permanecido como uno de los fundamentales de todo el *genus* convenio de colaboración. Es por ello por lo que autores como MARTÍN MATEO hablan de conciertos económicos, definiéndolos como grandes compromisos que la Administración y sectores más o menos amplios de la economía realizan para hacer coincidir los fines generales del Estado y los fines particulares del sector de que se trate. A cambio de esos beneficios, los administrados suelen adquirir ventajas, generalmente de índole subvencional, pero también en forma de aportaciones a fondo perdido, créditos, desgravaciones fiscales, amortización a largo plazo de equipamientos o instalaciones concedidas o compensaciones de otro tipo<sup>88</sup>. Esta visión, empero, no deja de ser un tanto reduccionista, pues si bien la faceta económica, patrimonial (esto es, exclusivamente *inter partes* de los convenios) existe, no se debe hacer de ella la clave de bóveda desde la que construir una teoría sobre los convenios entre Administraciones y particulares<sup>89</sup>.

Por ejemplo, la idea de fomento se encuentra también implícita en la colaboración: se encuentra fuertemente asentada entre las democracias occidentales, tanto entre las de tendencia social como en las de corte liberal, ya que se satisfacen las necesidades ciudadanas sin que la relación entre la Administración subvencionante y la empresa o asociación subvencionada penetre en el aparato subjetivo de aquélla. Ello supone que los servicios de interés general prestados por las entidades subvencionadas no pasarán a entrar en la esfera de servicios de la Administración, con la subsiguiente exención de responsabilidad extracontractual que para la

\*\*\*\*\*

<sup>88</sup> Cfr. MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho Administrativo*, 19ª edición, Editorial Trivium, Madrid, 1.998, pág. 470.

<sup>89</sup> La colaboración para el ejercicio o fomento de actividades privadas que adquieren una especial utilidad para el interés público debe ser la idea-fuerza que vertebré esta figura, de manera que los convenios adquieren trascendencia *extra partes*, con efectos beneficiosos para terceros. Esto permite ampliar el campo de acción de tales convenios a otros negocios jurídicos que no sean los conciertos, como veremos más adelante.

Administración pueda suponer cualquier caso de daños a terceros que se produzca<sup>90</sup>. Diferente puede ser el caso de que un servicio público se preste expresamente a través de empresas que hayan suscrito convenios de colaboración, en cuyo caso los daños causados por las empresas colaboradoras darán lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración que haya celebrado el convenio, pero siempre con la obligación de repetir contra la empresa responsable efectivamente del daño<sup>91</sup>.

Y unidas las ideas de fomento y de colaboración a la de simplificación normativa se nos aparece ante nuestros ojos una perspectiva muy aproximada a la que puede ser el modo normal de actuación de la Administración en un futuro a medio plazo<sup>92</sup>.

De todas formas, los convenios de colaboración no suelen incluirse entre los instrumentos clásicos para vehicular las medidas de fomento. De entre ellas, se suele incluir las medidas honoríficas, jurídicas y económicas, y se les suele atribuir un carácter unilateral o, a lo sumo, condicionado, para el caso de las subvenciones. El caso es que la contraprestación administrativa en los convenios de colaboración sí podrá ser de uno de esos tres tipos citados, pero al integrarse en la causa misma de un negocio jurídico bilateral (el convenio), sin dejar de servir de estímulo y sin perder por ello su finalidad de fomento administrativo, pasa a conformar una categoría superior de modalidad administrativa: la actividad convencional o paccionada de la

<sup>90</sup> Así, la STS de 29 de octubre de 1.998 (Ar. 9.049) reza que: "Tampoco las tareas formativas organizadas y desarrolladas por terceros se convierten en servicios propios del INEM por el hecho de que éste las subvencione. La actividad de fomento de los poderes públicos es por definición una actividad externa, que no incorpora al ciclo o ámbito de actividad del organismo público las labores o tareas que son objeto de fomento. Sólo serán propias del INEM, por tanto, aquellas tareas formativas que realiza o lleva a cabo directamente."

<sup>91</sup> Como ejemplo de esta teoría, podemos citar el Real Decreto de 2 de febrero de 1.998, del Ministerio de la Presidencia, referido al Transporte de mercancías peligrosas por carretera (art. 18).

<sup>92</sup> La tendencia a la simplificación administrativa, ya sea ésta orgánica, funcional o normativa está muy unida al neoliberalismo económico, que propugna una vuelta, acentuada si cabe, al *laissez-faire* decimonónico. Nosotros queremos alejarnos de la politización de esta idea y atender a puro aspecto jurídico: la inutilidad, complejidad e incumplimiento sistemático de buena parte las normas administrativas, sobre todo de las sectoriales. Para CERULLI IRELLI, V., *The simplification of administrative action*, pág. 92, en la obra colectiva VANDELLI, L. (editor), *The administrative reforms in Italy: experience and perspectives*, Conferenze-Seminari n.º XVII, SPISA-CLUEB, Bologna, 2.000, la actividad administrativa moderna necesita sumar a los tradicionales pilares del principio de legalidad y el de proporcionalidad el de eficacia, entendido como la obtención de resultados prácticos. Por otro lado, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *De la simplificación de la Administración Pública*, en R.A.P., n.º 147, sept.-dic. 1.998, pág. 11, ha denunciado la falta de claridad que la legislación motorizada trae consigo, con la subsiguiente inseguridad jurídica para ciudadanos y operadores jurídicos, de lo que pone algunos sabrosos ejemplos. Y qué decir del fenómeno escoba de las últimas leyes de acompañamiento, absolutamente inconstitucional... A esa situación de general desconcierto normativo ha coadyuvado la derogación de la obligación de que cada reglamento recoja una tabla de vigencias (art. 129.3 LRJAPyPAC de 1.958). No estaría de más volver a este sistema –lo que conlleva un innegable esfuerzo para la Administración, pero una gran garantía para la sociedad– y a reglamentos con vocación de estabilidad, que con amplitud de miras dejen espacio a los convenios intra o extraprocedimentales para adaptarse a la cambiante situación económica de nuestros días. En parecido sentido, TORNOS MAS, J., *La simplificación procedimental en el ordenamiento español*, en R.A.P., n.º 151, enero-abril de 2.000, págs. 48 y 52, pone el acento en la idoneidad del procedimiento como elemento de estabilización y dinamización de la sociedad, de acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley 30/1.992. Ésta, en sus arts. 74.1 y 75 habla del "principio de celeridad", que, en opinión del autor no debe ser entendido como un valor absoluto y separable de las garantías o derechos de los administrados.

Administración, categoría que, de suyo, puede tener otras finalidades diferentes a las puramente incentivadoras. Es por ello por lo que existen convenios que responden a una teleología de fomento y otros que no, como veremos más adelante. Este dato sustancial hace que principios absolutos de la actividad de fomento, como el de publicidad, concurrencia o intercambiabilidad, se relativicen en el ámbito de los convenios de colaboración celebrados entre las Administraciones y las personas físicas o jurídicas sometidas al Derecho Privado<sup>93</sup>.

Hay autores, sin embargo, que han atendido prolijamente la filosofía jurídica de los convenios de colaboración, concibiéndolos como un todo unitario e independiente de los contratos administrativos. Así, por ejemplo, RUIZ OJEDA y GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, quienes consideran que los convenios de colaboración son negocios jurídicos en los que la nota de colaboración hace diluirse el carácter patrimonial *propter rem* propio de los contratos<sup>94</sup>. Se inspiran en la teoría de otro autor que ha tratado específicamente los convenios, PANIZO GARCÍA, para quien estos convenios pueden servir para dos cosas: bien para colaborar en la realización de una función pública, a la que se adhiere el contratista, bien para la realización de la actividad propia de éste, en cuyo cumplimiento concurre una razón de interés público.

PANIZO define así los convenios de colaboración: “Aquellos negocios jurídicos bilaterales, celebrados por un ente jurídico público con un ente jurídico público o con personas, físicas o jurídicas sometidas al Derecho Privado, regulados por el Derecho Administrativo, que en virtud de la presencia predominante de la idea de colaboración en la consecución de un fin común de interés público, se encuentran excluidos del régimen general que para los contratos de las Administración establece la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sometiéndose a un régimen jurídico especial”<sup>95</sup>. En nuestra opinión, los conceptos de negocio jurídico y con-

<sup>93</sup> El principio de intercambiabilidad o convertibilidad de las técnicas de fomento consiste en la posibilidad que tiene la Administración de escoger una de entre todas ellas sin que varíe el objeto de la actividad a estimular, de modo que el empleo de unas u otras, a pesar de conseguir grados distintos en esa satisfacción, resulta accesorio. Cfr. VILLAR PALASÍ, J. L., *Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político*, en R.A.P., nº. 14, 1.954, págs. 58-61 y MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho Administrativo Económico, Tomo I*, editorial La Ley, Madrid, 2ª edición, 1.991, págs. 442, 443. En los convenios de colaboración, dado el carácter personal o real concretos de la persona con quien se quiere celebrar el convenio, la elección de otras formas de fomento puramente concurrenciales puede determinar la imposibilidad de la Administración de incentivar o atraerse hacia sí la actuación del particular o empresa concernido.

<sup>94</sup> Vid. RUIZ OJEDA, A. y GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J., *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a su Reglamento de Desarrollo parcial (Doctrina, Jurisprudencia y Concordancias)*, Editorial Civitas, Madrid, 1.996, pág. 53.

<sup>95</sup> Cfr. PANIZO GARCÍA, A., *Régimen jurídico de los Convenios de colaboración*, en La Ley. Revista Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, nº. 3.895, 24 octubre 1.995, pág. 2. Como se verá más adelante, nosotros nos alineamos con su postura, que, básicamente, diferencia entre contratos y convenios por la ausencia de *causa solvendi* en éstos últimos y por la unión de dos prestaciones distintas: una de comportamiento, por parte del particular que conviene, quien se obliga a realizar una actividad o conducta de interés público, y otra de la Administración,

trato (que se quieren enfrentar tanto por Ruiz Ojeda y García Bernaldo de Quirós como por Panizo) no son antagónicos. Los contratos son la *species* desgajada del *genus* que son los negocios jurídicos. Tendremos ocasión de deslindar adecuadamente ambas figuras posteriormente.

Para PANIZO GARCÍA cuando el art. 3 del Real Decreto Legislativo 2/2.000, de 16 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP) habla de “negocios y contratos excluidos” no usa la expresión “contratos excluidos” haciéndola equivaler con contratos administrativos, sino con contratos sin más, como figuras que son eso, contratos en el genuino término de la palabra pero que por diversas razones no constituyen ni contratos administrativos ni contratos privados de la Administración. Igualmente –continúa– cuando usa el término “negocios excluidos” parece querer indicar que tales figuras no llegan a conformar auténticos contratos de la Administración, como parece ocurrir con los de la letra d). Podemos decir, en terminología de Derecho Fiscal, que se trata de contratos y negocios que están sujetos a la Ley pero exentos de ella: o sea, son contratos y negocios, pero no contratos administrativos o privados de carácter patrimonial de la Administración, cuyo género conforma el ámbito del TRLCAP.

El autor argumenta que la razón por la que se excluyen estos negocios de la ley es porque la nota de colaboración ínsita en ellos hace que se pierda o se ensombrezca el matiz patrimonial propio de los contratos de la Administración. Esta afirmación es cierta pero nos parece incompleta por el siguiente motivo: también en los contratos administrativos existe la nota de colaboración entre la Administración y el particular. Donde definitivamente desaparece de manera absoluta esa colaboración y emerge como única *causa contrahendi* el aspecto patrimonial o económico es en los contratos privados de la Administración. Por lo tanto, no debe ser exclusivamente ésa la razón de la exclusión de la ley de esos negocios<sup>96</sup>.

Podríamos decir, pues, que en los convenios de colaboración confluyen dos tipos de causas:

que no consiste en un precio cierto sino en determinadas compensaciones, exenciones tributarias, préstamos a tipos preferenciales, subvenciones o cualquier otra medida de fomento. Esto conlleva una naturaleza no contractual de los convenios, que motiva su exclusión del régimen de la Ley de Contratos.

<sup>96</sup> Además, como veremos, existen convenios de colaboración en los que el aspecto económico es predominante, incluso, al de la colaboración, como los conciertos de planificación. Más aún, si nos detenemos a pensar la causa por la que el particular conviene con la Administración, veremos que siempre es patrimonial, que siempre busca satisfacer un interés egoísta y propio, tanto en los convenios expropiatorios, como en los convenios urbanísticos, conciertos, conciertos fiscales, pactos de terminación convencional del procedimiento, etc.

– una causa general y abstracta, resultado objetivo de la suma de las intenciones de ambas partes (*causa contractus*, que equivale a la finalidad de la institución misma<sup>97</sup>), derivada de la colaboración mutua en la que se embarcan, y que es la que trasciende al exterior, la que reconocen los terceros, *prima facie*,

– y una causa concreta, una para cada parte (*causa contrahendi*), y diferente la una de la otra, que determina las razones que han llevado a cada una de ellas a convenir: de contenido patrimonial para el particular (que contrae buscando el lucro proporcionado por la Administración, y nunca *gratis et amore*), y de contenido colaboracional por parte de la Administración (que atrae hacia sí al administrado pero siempre interesada en el servicio al interés general que prestaría su colaboración mutua). Mientras que la *causa colaborandi* es la causa auténtica que lleva a la Administración a convenir, como es lógico, si tenemos en cuenta que se debe a los intereses generales, la causa patrimonial es más propia del particular, que busca siempre un interés personal<sup>98</sup>. Observamos entonces, que desde el punto de vista de la *causa contrahendi* del particular, un convenio se diferencia poco de un contrato de la Administración y sí desde el enfoque de la *causa contrahendi* de la Administración que, mientras que en el contrato es fundamentalmente patrimonial –si bien sirviendo directa o indirectamente los intereses generales– en los convenios es de naturaleza colaboradora<sup>99</sup>. Y comoquiera que la *causa contrahendi* de la Administración determina en gran medida la *causa contractus*, la finalidad que trasciende al exterior es la colaboración de las dos partes para la prestación de actividades privadas de interés general, esto es, como una misma finalidad que ambos desean sin contradicción aparente entre sus posturas (recordemos que, etimológicamente, *co-laborare* no significa más que trabajar juntos para la consecución de un mismo fin).

La causa patrimonial del particular, pues, es insuficiente para calificar el negocio como contractual. Dicho en otros términos, es la *causa colaborandi* la que

<sup>97</sup> Veremos más adelante esta unidad de intereses en los *Vereinbarungen* alemanes.

<sup>98</sup> La distinción entre colaboración y contenido patrimonial no es pura. De hecho hay convenios de contenido patrimonial, como los urbanísticos, y contratos de colaboración, como los recogidos en el art. 153.3 TRLCAP. Estos contratos de colaboración para la ejecución de las obras por la propia Administración, como explica GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., *El contratista de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2.000, págs. 24 y 25, no suponen la ejecución indirecta por contratista interpuesto, sino que no son contratos típicos de obra, ya que la ejecución la lleva a cabo el órgano gestor de la Administración. Los contratistas se limitan a “colaborar” con ella para llevar a cabo las obras, por lo que el autor entiende que se trata de contratos administrativos atípicos, si bien su especialidad excluye la aplicación de algunos requisitos exigidos por el TRLCAP, como la clasificación del contratista.

<sup>99</sup> Aunque la mayoría de las veces los particulares se acercan a convenir por causas meramente patrimoniales o económicas, a veces buscan valores más accesorios pero muy importantes para su actividad, como despejar las incertidumbres que acarrea el actuar administrativo (en los convenios urbanísticos de planeamiento o ambientales), una mayor celeridad y eficacia en el actuar administrativo, etc.

expulsa a los convenios de la categoría de los contratos abstractamente considerados<sup>100</sup>.

El matiz de la colaboración subyace en los convenios, sí, pero, paradójicamente, se acentúa más por parte de la Administración con el particular que por parte de éste con la Administración<sup>101</sup>. Así se ha pronunciado en repetidas ocasiones la jurisprudencia del TS, sin extraer de ello, sin embargo, las conclusiones que hubieran sido lógicas sobre la ontología de los convenios de colaboración. Por ejemplo, la STS de 8 de junio de 1.984 (Sala de lo contencioso-administrativo), que trata de la resolución de un convenio de colaboración firmado entre el INAS (Instituto Nacional de Asistencia Social) y el Hogar “Nazaret”, y en cuyo considerando 2º se deja claro que la colaboración es de la Administración para con el Hogar:

“...A tal efecto la competencia para la celebración del convenio venía determinada en el art. 4, párr. 1.º del D. de 17 mayo 1940 que prescribía que para el cumplimiento de sus fines podría «Auxilio Social» (hoy sustituido por el INAS) (organismo Autónomo, grupo B, adscrito al M.º de S. y S. Social) celebrar conciertos con entidades de carácter público o particular que

<sup>100</sup> Con esto refutamos la creencia general de que esta figura obedece al nombre de “convenios de colaboración” por la voluntad del particular conveniente de colaborar conscientemente a la prestación de un servicio o función administrativa. Puede que el resultado final de la institución, su *causa contractus*, su finalidad, sea ésta, pero como efecto no buscado volitivamente por aquél, sino como consecuencia objetiva de la atracción que la Administración ha hecho del particular hacia su ámbito de giro o tráfico, incitándole con prestaciones económicas, jurídicas, fiscales u honoríficas. Recordemos que en los convenios la oferta la suele realizar la Administración, y el particular la acepta o no y en determinada medida, al contrario de lo que ocurre en los contratos administrativos, donde la Administración realiza una mera *invitatio ad offerendum* (los Pliegos de condiciones), la oferta es siempre del particular y la aceptación final de la Administración. En los convenios es la Administración la que se acerca, la que desea colaborar, bajándose de su pedestal de superioridad, poniéndose en condiciones de igualdad inicial y final con la contraparte, si bien, exteriormente parece lo contrario. Podemos decir, como conclusión, que la voluntad de colaborar es de la Administración mientras que el particular mantiene una voluntad mayormente patrimonial. Exteriormente se confunde el efecto (la colaboración no deseada del particular en la gestión de un servicio público, por ejemplo) con la *causa collaborandi*, que es exclusiva de la Administración. Lo cierto es que casi toda la doctrina niega a los convenios de colaboración Administración-particulares el carácter exclusivamente contractual, con la excepción de Salas y recientemente MARTÍN HUERTA, P., *Los convenios interadministrativos*, INAP, Madrid, 2.000, págs. 41–44. Para COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*, octava edición, Civitas, Madrid, 1.997, pág. 398, con muy buen criterio a nuestro juicio, ésta es la causa principal por la que se excluyen del ámbito del TRLCAP. En parecido sentido, GIL IBÁÑEZ, J. L., *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª edición, Colex, Madrid, 2.000, pág. 32 considera que los convenios tienen una faceta común a los contratos institucionalizados, pero también una faceta específica o propia que responde a sus diversas finalidades. Sin decir cuál es la faceta común ni la específica, nosotros retenemos que la común se cifra en el objeto patrimonial de la *causa contrahendi* del particular, y la específica en la *causa contractus* del negocio, la colaboración entre las partes para la satisfacción de necesidades públicas.

<sup>101</sup> Vid. en este sentido también HUERGO LORA, A., *Los Contratos sobre los Actos y las Potestades Administrativas*, Civitas, 1.998, pág. 184, añadiendo, además, que en los contratos de fomento (del que forman parte los convenios de colaboración) los intereses de la Administración y los particulares son los mismos y no contrapuestos como en los contratos administrativos normales. También pág. 189. En el mismo sentido, PAREJO ALFONSO, L., *La Terminación convencional del procedimiento administrativo como forma alternativa de desarrollo de la actividad unilateral de la Administración*, en *Eficacia y Administración: tres estudios*, 1ª ed., Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1.995, pág. 158, para quien la actividad consensual de la Administración integra al particular, acabando con el dogma del carácter reaccional de la participación ciudadana, con la correlación entre las nociones de interés público y potestad y con la contraposición entre el interés privado y el interés público.

*desarrollen actividades en el campo benéfico-asistencial... Asimismo del contenido del acuerdo se deduce que el Hogar Nazaret es una Institución de Asistencia Pública (art. 1.º) y que el objeto de lo pactado (art. 2) o concierto versa sobre colaboración (a través de subvención etc.) en actividades educativas, formativas y asistenciales que en el Hogar han de desarrollarse etc. y por ello la actividad desarrollada (y que se fomenta a través del concierto, subvencionándola) aparece directamente vinculada al desenvolvimiento de un servicio público asistencial que la legislación vigente atribuye al INAS (...), y de régimen especial que se regula en primer lugar por sus normas peculiares y en su defecto por la legislación general...". (El subrayado es nuestro).*

Esto último también lo defiende BASSOLS, cuyo artículo citado se llama "Convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público". Para él, dependiendo de cuál sea la nota predominante en cada convenio de colaboración –la patrimonial o la de la colaboración para la consecución de un interés público– tendrá ese convenio naturaleza de contrato administrativo (colaboración) o contrato privado de la Administración (patrimonial). Ello, además, es compatible con que los convenios estén excluidos de la ley, pues como decía Panizo, el art. 3 recoge contratos o negocios administrativos o privados de la Administración, pero que, por cualquier otra causa, no están sometidos a la ley.

*Quid iuris?*... Si nos atenemos a que el TRLCAP rellena las dudas y lagunas de la normativa propia de estos convenios, como reza el art. 3.2, ¿implica ello que la naturaleza de estos convenios de colaboración es administrativa? ¿Podrían algunos tener naturaleza privada y seguir siendo eso compatible con que su fuente subsidiaria de regulación sea el TRLCAP? ¿Cuál es la auténtica causa de la exclusión de estos negocios y contratos de la ley, ya que la nota de colaboración también se da, aunque en menor medida, en los contratos administrativos? ¿Es la huida del Derecho Administrativo la causa oculta por la que se firman convenios<sup>102</sup>? ¿Es eso de recibo o sería una desviación de poder<sup>103</sup>?

102 Así opina GONZÁLEZ MARINÁS, P., *Comentarios al proyecto de ley de contratos de las Administraciones Públicas*, editorial Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1.994, pág. 53, para quien los convenios obedecen fundamentalmente a una finalidad de fomento (la Administración se evita tener que prestar una finalidad pública porque existen particulares o privados que las pueden desarrollar con iguales o mejores garantías), por lo que se debe evitar que a través de esta figura intente la Administración introducir auténticos contratos administrativos, apartando de sí el riguroso iter procedimental de los contratos.

103 Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Reflexiones sobre la Huida del Derecho Administrativo*, en R.A.P., nº. 140, 1.996, se fija fundamentalmente en la utilización instrumental de entes sometidos al Derecho Privado para el ejercicio de funciones públicas, y, en ese sentido, deja entrever que muchas de las últimas normas en materia de contratación administrativa no han tenido aún el efecto deseado (pág. 36 y ss.).

Como veremos posteriormente, la necesidad de descubrir y aclarar la naturaleza jurídica de esta institución late muchas veces en la propia definición que se hace de la misma. Así, no son pocos los autores que dividen los convenios de las Administraciones con los particulares entre aquéllos que tienen naturaleza contractual y aquéllos otros que no la tienen. PÉREZ DE LEÓN PONCE y PÉREZ BENJUMEA entienden que éstos últimos son los auténticos convenios de colaboración, a los que prefieren denominar “conciertos” para que no se confundan con los convenios de colaboración interadministrativos del art. 6 de la Ley 30/1.992. Para definirlos se unen a la tesis de BASSOLS, pues entienden que “Los conciertos son aquellos convenios o negocios celebrados entre una Administración Pública y uno o varios sujetos de Derecho Privado que tienen por finalidad fomentar actividades económicas privadas de interés público”. Como vemos, en la definición queda patente que la colaboración es unívoca, por parte de la Administración con el particular, no estableciéndose una reciprocidad por parte del particular que concierta, en cuanto a la causa del negocio se refiere<sup>104</sup>.

Un esfuerzo loable en el intento por concretar los amplios y difusos márgenes de los convenios de colaboración se debe a PARADA VÁZQUEZ, para quien existen convenios entre la Administración y los particulares de objeto público que no son necesariamente a los que quiere hacer alusión el TRLCAP con su art. 3.1, d). Para él, se trataría de “acuerdos que, versando sobre objetos públicos, pretenden sustituir la acción unilateral de la Administración por el acuerdo con el administrado, y a los que, evidentemente, no se acomoda la normativa dictada para los contratos administrativos, ni en lo que afecta a los procedimientos de selección de contratistas, ni en lo relativo a las normas sobre garantías, ni tampoco en lo que atañe a otros aspectos típicos de la regulación de los contratos administrativos derivados del hecho de engendrar una relación duradera entre la Administración y el contratista”<sup>105</sup>.

Pero el problema de los convenios de colaboración no es meramente de nomenclatura, de terminología, sino propiamente de derecho sustantivo. Los convenios y los contratos, como todos los acuerdos de voluntades, conforman una categoría más amplia, concurriendo directamente a la producción de la eficacia final y típica de los

<sup>104</sup> Lo que para ellos está claro es que se trata de un conjunto de figuras heterogéneas que tienen en común que no pertenecen a la categoría contractual, aunque a veces puedan rozarla. Así, PÉREZ DE LEÓN PONCE, B. y PÉREZ BENJUMEA, J., *Los Contratos de las Administraciones Públicas (Estudio comparativo y sistemático de la normativa antigua y la vigente)*, Boletín Oficial del Estado, 1.995, pág. 29 y 30.

<sup>105</sup> Cfr. PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo, Tomo I*, Parte General, décima edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1.998, págs. 279 y 280.

efectos queridos por las partes. Estamos, en suma, como ha subrayado TRIMARCHI, ante negocios en los que concurren actos voluntarios, o sea, actos jurídicos en sentido estricto, y que no necesariamente han de ser de voluntad, sino también pueden ser de conocimiento, ciencia, deseo, etc.<sup>106</sup>

Otros autores prefieren hablar, en general, de convenciones administrativas. Paladinamente, en Italia, FALCON, que las define como “todo concordato entre una Administración Pública y una contraparte, pública o privada, que contiene la determinación consensual de obligaciones recíprocas, asumidas por medio del común consentimiento y suscripción”. Además, estas convenciones nacen con vocación de permanencia y estabilidad. Para este autor, todos los contratos administrativos son convenciones, pero no al revés<sup>107</sup>.

En España ha tratado abundantemente los convenios de colaboración BUSTILLO BOLADO, sobre todo los convenios contractuales en derecho español<sup>108</sup>. Para BUSTILLO, los convenios entre Administraciones y particulares son declaraciones de voluntad que pueden o no conformarse como contratos propiamente dichos. Constituirán un contrato si esa declaración de voluntad contiene un negocio jurídico, ya que integra un contenido jurídico para las partes (puesto que crean derechos subjetivos y determinadas reglas de conducta entre las mismas). Es decir, el negocio no sólo crea, modifica o extingue una relación jurídica, sino que la reglamenta<sup>109</sup>.

<sup>106</sup> Cfr. TRIMARCHI, M. V., *Enciclopedia del Diritto, Tomo IX, Voce “Acordo”*, Giuffrè Editore, Calasso, F. (editor), Milano, 1.958-1.995.

<sup>107</sup> Cfr. FALCON, G. *Convenzioni e accordi amministrativi (profili generali)*, en *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, vol. IX, 1.988, pág. 1 y ss.

<sup>108</sup> Vid. BUSTILLO BOLADO, R. O., *Convenios, Pactos y Acuerdos entre la Administración y los Particulares en el Derecho Público español: los convenios de Naturaleza contractual (Concepto, Delimitación y Régimen jurídico)*, Tesis sostenida por el autor en la Universidad de Cantabria, acabada el 30 de marzo de 1.999. Hemos de expresar aquí nuestro agradecimiento a su autor por el permiso otorgado para leerle a pesar de que el libro que finalmente ha visto la luz recoge sólo una parte de la Tesis originaria (BUSTILLO BOLADO, R. O., *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, Aranzadi, Pamplona, 2.001). El agradecimiento se extiende, por ende, al Prof. FRANCISCO LÓPEZ MENUDO, director de nuestro Departamento, por habernos dado la oportunidad de manejar el original que, de esa Tesis, le pertenecía como miembro del Tribunal que la juzgó.

<sup>109</sup> Sobre el concepto de relación jurídica en Derecho Administrativo, Véase SORIANO GARCÍA, J. E., *Evolución del Concepto “relación jurídica” en su Aplicación al Derecho Público*, en R.A.P., nº. 90, 1.979, pág. 33 y ss. Hemos indicado que podemos explicar el tema de los contratos o convenios a partir del concepto de negocio jurídico, de creación alemana y asumido posteriormente en Italia. Pero también existe el término “relación jurídica,” de creación igualmente iusprivatista, y no recibido adecuadamente en Derecho Administrativo. El origen de este término, según el autor, se encuentra en Savigny, que la concibe como la manera que tiene el Derecho de contemplar el actuar de dos sujetos entre sí, cuya relación implica un deber, ya de colaborar, ya de puro sometimiento. La igualdad de las partes se presupone, pues, por encima de que el deber sea de sometimiento. Ello significa que, como dice el autor, no necesitamos retrotraernos al umbral previo de la autonomía de la voluntad para afirmar que en las relaciones jurídicas existe igualdad entre las partes (pág. 58). Al elemento objetivo se suma, exteriormente, por tanto, la envoltura jurídica. Esta concepción tiene raíces ideológicas, ya que se parte de una posición de igualdad entre las partes, que tiene también mucho que ver con el conservadurismo. En Derecho Administrativo, en cambio, como sea que las relaciones entre la Administración y los administrados no son horizontales sino verticales, o “de plano incli-

Luego entra a valorar qué convenios son o no contratos, explicando su parecer en cada caso concreto<sup>110</sup>.

## 2. NUESTRO CONCEPTO

Una vez repasadas diversas opiniones de la doctrina española y extranjera sobre el concepto de convenio de colaboración, intentaremos dejar clara nuestra posición. Para nosotros, la definición de convenio de colaboración ha de tener los siguientes elementos clarificadores:

1. Se trata de acuerdos en sentido estricto. Esto es, de un consenso de voluntades entre dos o más partes para un caso concreto.

2. Con este acuerdo cada parte accede a obligarse jurídicamente con la/s otra/s, de manera que de su declaración afirmativa de voluntad nacen efectos jurídicos queridos por ambas. Según este segundo rasgo caracterizador, no serían convenios aquellas manifestaciones volitivas que simplemente expresaran deseos o meras declaraciones de intenciones o de conocimiento, sin trascendencia para el derecho.

3. Las partes en el acuerdo se encuentran en posición de igualdad. El hecho de que inicialmente, antes de la suscripción del convenio, la Administración se encuentre moral y prácticamente por encima del particular, al que intimida por todo el equipaje de dogmas y potestades que porta, no implica una desigualdad sustancial de las partes en el

\*\*\*\*\*  
 nado”, como dice el autor, tal concepto de “relación jurídica” no hizo fortuna. Es obligado hacer referencia a la crítica que este concepto suscitó en Federico de Castro, el príncipe de los civilistas españoles, que entendía que la supuesta igualdad de las partes en los contratos y relaciones jurídicas privadas no era sino una imagen ficticia que no se correspondía con la realidad: era y es un hecho que sólo en las relaciones económicas menores, de pequeño comercio, tal cosa es cierta, mientras que cuando se contrata entre un consumidor y grandes comerciantes, o, en general, cuando se mueven grandes cantidades de dinero, siempre hay una parte que cede o se adhiere a los intereses del económicamente más fuerte. Basta hoy recordar la rabiosa actualidad, la fusión entre Continente y Pryca, que han creado un monstruo del abastecimiento tal que imponen a los mismos productores, y, ni que decir tiene, a los consumidores, los precios de compra. Esta falsa posición horizontal de las relaciones en Derecho Civil, ya ha sido también denunciada por otros autores arriba citados. En Derecho Administrativo, en lugar de relación jurídica, se ha preferido usar el concepto de Derecho Público subjetivo, que no implica una inicial posición de igualdad de las partes, antes bien, lo contrario, derechos reaccionales frente a la *potentior persona*.

<sup>110</sup> Cfr. En su Tesis, ROBERTO BUSTILLO BOLADO sostiene su propio concepto de contrato, que aplicará también a determinados convenios con particulares, definiéndolo como todo negocio jurídico plurilateral y dando, como una de sus principales notas definidoras, la capacidad de ambas partes de establecer el contenido jurídico del mismo. Se aprecia en este criterio la influencia de la reciente doctrina contractualista alemana (por todos, WOLFF, H., BACHOF, O., STOBER, R., *Verwaltungsrecht*, (3 vols., Vol. I, Beck, München, pág. 795, MAURER, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Beck, München, 1.994 (9ª edición), pág. 177 y ss., KOPP, F. H., *VwVfG*, Peter Lang, Frankfurt a. M.-Berlin-Bern-Nueva York-Paris-Wien, 1.992, pág. 1.301 y BOSSE, *Der Subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform öffentliche Verwaltung unter besonder Berücksichtigung der Subordinationsverhältnisse*, Duncker und Humblot, Berlin, 1.994, pág. 35.), pero no hemos de olvidar que tal cosa no ocurre en todos los convenios de colaboración, como veremos más adelante.

momento de convenir, y, menos aún, durante la vigencia del convenio<sup>111</sup>. La diferencia es sólo formal, nunca material, de manera que las partes deciden voluntariamente acceder a vincularse la una a la/s otra/s, de manera natural y consciente. Mantener lo contrario (que la superioridad de la Administración es sustancial o material) supondría valorar jurídicamente esa presión inicial, introduciéndola en la misma *causa contrahendi* del convenio, como pura intimidación, lo que haría nulo el contrato, según el art. 1.301 C.C.

4. La verdadera causa del convenio no es la liberalidad de los particulares en colaborar desinteresadamente como se dice de manera habitual e irreflexiva: para ellos, la causa inmediata es, como en todo acuerdo de voluntades, la ventaja propia, generalmente patrimonial, otras veces de trato. Es impensable atribuir a la mera filantropía para con el bien común la firma de un contrato, un convenio, un consorcio o cualesquiera acuerdos. El particular que conviene busca un beneficio egoísta, y la Administración, que lo sabe, coadyuva a ello ofreciendo ventajas fiscales, económicas, procesales, normativas, etc. Es por ello que en algunos tipos de convenios la noción de colaboración debe hacerse recaer más sobre la Administración (que coopera con el particular para que module su actividad normal de modo que redunde en beneficio de la colectividad)<sup>112</sup>. En otros convenios, la colaboración será más propia del particular para con la Administración, porque el convenio supone una prestación nueva que antes no realizaba, pero siempre, de existir, como causa mediata para convenir, siempre motivado, –su parte–, por la búsqueda de su satisfacción personal.

5. La finalidad de la institución convencional en sí es la satisfacción directa o indirecta de determinados intereses de la colectividad. No debe confundirse la causa con el fin. La primera, como ya hemos advertido, para el particular, generalmente es egoísta, individual, si bien totalmente lícita. La finalidad es la consecución de un beneficio para el interés común que defiende la Administración. Y ello porque la voluntad de convenir siempre queda, en última instancia, en manos de la

\*\*\*\*\*

<sup>111</sup> Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *La Institución contractual en el Derecho Administrativo: en torno al problema de la Igualdad de las Partes*, en R.A.P., nº. 29, 1.959, pág. 95 y ss. Las partes en el acuerdo se encuentran en posición de igualdad. Una cosa es la posición originaria, con la que los contrayentes llegan al contrato (que siempre será desigual, por los motivos aducidos) y otra es la posición que las partes adoptan una vez contratan, durante la vida del contrato, que tiende siempre a la igualdad de trato.

<sup>112</sup> La prestación que la Administración ofrece al particular en los convenios podría incluirse en la actividad de fomento. Como tal, los motivos que llevan a la Administración a ofrecerla no es otra que la búsqueda de un interés público, sin que pueda hablarse, por tanto, de mera liberalidad, so pena de que el convenio incurriera, cuanto menos, en causa de anulabilidad por desviación de poder (art. 63.1 LRJAPyPAC) o, a lo máximo, de nulidad (art. 27.1 RSCL). En esa dinámica de actividad de fomento, parece existir un principio *pro res publica* de los fines económicos y sociales, de modo que sólo se recurra a las subvenciones cuando la Administración no pueda prestar con igual eficacia una actividad similar, si bien tal principio parece solamente predicable en la esfera local, dada su escasez endémica de recursos económicos.

Administración, quien o bien inicia las negociaciones estimulando la adhesión del particular o bien interviene *a posteriori* en una actuación tendente a la búsqueda del bien común. Ahora bien, ese fin, siempre existente, puede ser más o menos explícito o estar escondido bajo aparentes fórmulas de intereses privados o particulares de la Administración.

Por tanto, podemos definir los convenios de colaboración como aquellos negocios jurídicos concluidos entre una o varias Administraciones y una o varias personas naturales o jurídicas sometidas al Derecho Privado, por medio de los cuales aquéllas estimulan a éstas para que, previa negociación, realicen determinadas prestaciones, normalmente de contenido no patrimonial, modulando su actividad propia (si fuera preexistente), o iniciándola *ex novo* si no lo era, con el fin de producir un beneficio directo o indirecto en el interés general para cuya gestión es competente, lo que supone una nueva manera de administrar. No nos encontramos, por tanto, ante una concreta modalidad contractual, como tendremos ocasión de determinar en su momento, sino ante un negocio jurídico bilateral de naturaleza, causa, finalidad y objeto diferentes<sup>113</sup>.

### III. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES

#### 1. Distinción entre convenios y contratos

Hemos considerado que el género de los negocios jurídicos bilaterales incluye, entre otras, las categorías independientes de los contratos y de los convenios de colaboración. La relación entre ambas no es pues vertical sino horizontal, de hermandad,

<sup>113</sup> Efectivamente, siempre el primer paso lo da la Administración, que convoca unas ayudas o subvenciones, por ejemplo, para fomentar la participación empresarial en la prestación de un determinado servicio o en el desarrollo de determinada tecnología. Lo normal es que las solicitudes las dirijan los particulares, y que la Administración acepte unas u otras, procediendo entonces a la suscripción de convenios de colaboración con las adjudicatarias. Éste es el mecanismo, por ejemplo, de los convenios que se firman entre el Ministerio de Industria y Energía con las empresas beneficiarias del sector aeronáutico del Plan Tecnológico Aeronáutico II (1.999-2.003), conforme a la Orden de 12 de agosto de 1.999. En esa Orden puede leerse lo siguiente: "La Comisión de Seguimiento y Control analizará las solicitudes, proponiendo la estimación total o parcial o la desestimación de las mismas. La propuesta estimatoria de la mencionada Comisión implicará que el órgano competente del Ministerio de Industria y Energía proponga a cada uno de los beneficiarios la celebración de un convenio de colaboración, que incluya los proyectos presentados por cada uno de ellos que hayan sido estimados por dicha Comisión.

4. En cada convenio de colaboración se determinarán los compromisos que adquieren el Ministerio de Industria y Energía y la empresa beneficiaria, tanto en el desarrollo de los proyectos como en la financiación de los mismos, en el reembolso de las ayudas previstas, así como en las condiciones y obligaciones en caso de incumplimiento por parte de la empresa, y de la necesidad o no de prestación de garantías."

con lo que llegamos a la conclusión final de que los convenios no son contratos. Dentro de los convenios de colaboración hay varias *especies* y muchas manifestaciones, de entre los que destacamos, por su amplitud y trascendencia para la reforma del Derecho Administrativo, la terminación convencional de los procedimientos administrativos. Dos de las *especies* fundamentales en que se divide la categoría de los convenios de colaboración son los convenios de fomento (algunos de los cuales pueden versar sobre potestades administrativas) y los convenios de ejecución.

Los convenios de colaboración y los contratos de la Administración no son la misma cosa, a pesar de que parte de la doctrina así lo entienda<sup>114</sup>. Se diferencian por su objeto y por su causa. Así, el objeto de los contratos de la Administración (ya sean típicos, atípicos o privados) es indisponible, de modo que cualquier convenio que verse sobre materia contractual estará obligado a regularse por el TRLCAP (ex art. 3.1, d), *contrario sensu* y Disp. Adic. 4ª TRLCAP), equivaliendo entonces *de iure* a un contrato<sup>115</sup>. Así es en una doctrina muy asentada del Consejo Consultivo de Andalucía, que, a pesar de reconocer ciertas diferencias entre los convenios contractuales y los contratos en sí mismos (Dictamen 090/1.997, de 10 de julio, sobre convenios a través de los que se prestan servicios de comedor de centros públicos dependientes de la Consejería de Educación y Ciencia), no las lleva al extremo de impedir la aplicación de los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a dichos convenios de objeto contractual: así, por ejemplo, para convenios de prestación de servicios sanitarios por empresas privadas –Dictámenes 32/1.995, de 1 de

114 Vid. GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo, Vol. II*, 10ª edición, Tecnos, Madrid, 1.992, págs. 314–315, PAREJO ALFONSO, L., Crisis y renovación en el Derecho Público, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.991, pág. 126, DELGADO PIQUERAS, F. *La Terminación convencional del Procedimiento administrativo*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1.995, pág. 107, BUSTILLO BOLADO, R. O. y CUERNO LLATA, J. R., *Los Convenios urbanísticos entre Administraciones locales y particulares*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1.997, pág. 30, ARREDONDO GUTIÉRREZ, J. M., *Los convenios urbanísticos y su régimen jurídico*, editorial Comares, Granada, 1.999, pág. 22, que llega incluso a destacar que los “convenios de administración” quedan enmarcados “con naturalidad” en el régimen jurídico de los contratos administrativos y CANO MURCIA, A., *Teoría y práctica del convenio urbanístico. Doctrina, legislación, jurisprudencia y formularios*, Editorial Aranzadi, 2ª edición, Pamplona, 1.997, págs. 42 y 327. Este autor no adopta, sin embargo, una postura clara acerca de la suficiencia de la habilitación del art. 4 TRLCAP como cláusula general de pactación de las Administraciones Públicas, limitándose a cohesionar la vaguedad del principio con la idea de servicio público que prescribe el art. 103 CE (pág. 32).

115 Ya hemos aludido antes que la exclusividad del objeto contractual y su intangibilidad por parte de otras figuras negociadas por la Administración (los convenios de colaboración, sobre todo) obedece a dos causas principales: por un lado, la esencial condición patrimonial de los contratos; por otro, evitar el fraude de ley o la huida del Derecho administrativo, para impedir que por la vía muchas veces alegal y poco reglamentada de los convenios pueda la Administración obviar las garantías y los severos controles que el TRLCAP exige para la contratación. El criterio que se ha seguido para restañar los linderos entre ambas figuras es el del objeto, bastante limitado por cuanto, como dice el art. 3.1, d), sólo puede asegurarse objetivamente cuál es el objeto de los contratos típicos y de los atípicos recogidos en una disposición legal. Permanece así una sombra de incertidumbre sobre cuál sea el objeto de los contratos administrativos atípicos nacidos al único amparo del art. 4 TRLCAP (no recogidos en norma alguna) o de los recogidos en reglamentos, así como también se ignora el objeto de los contratos privados de la Administración más allá de los ejemplos que, en todo caso, establece el art. 5 TRLCAP (compraventa, donación, permuta, arrendamiento sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, que, en todo caso tendrán ese carácter).

junio y 161/1.997, de 17 de diciembre–; o así, en materia de modificación unilateral del convenio –Dictamen 32/1.997, de 6 de marzo–; o para determinados convenios urbanísticos, de objeto contractual –Dictamen 79/1.997, de 12 de junio–.

Respecto a su causa también divergen los contratos de los convenios. Hablamos aquí de causa como la causa del negocio (la *causa contractus* en la terminología clásica civilística que venimos usando). La Administración se acerca al contratista y al destinatario del convenio por motivos diferentes. Mientras en el primer caso sólo busca satisfacer unas necesidades perentorias en el segundo busca algo más, la colaboración del particular para el ejercicio de funciones de interés general. Contemplada externamente la causa del negocio, no existe contradicción aparente de intereses entre la Administración y el particular que conviene, ya que ambos actúan de consuno para realizar una actividad que reporta beneficios para el interés general, al contrario de lo que ocurre en el contrato, donde el entrecruzamiento de prestaciones es clarísimo, sin que el contratista desee en ningún momento más que su lucro propio. A pesar de ello, nosotros venimos sosteniendo en esta obra que el particular que conviene no desea ni busca la satisfacción del interés general sino de su propio interés egoísta, sin que ello signifique tampoco ninguna oposición de intereses pues la Administración lo sabe y lo aprovecha uniéndose a él, con la idea de servir a los intereses generales<sup>116</sup>. Hay que reconocer, empero, que en el contrato de gestión de servicios públicos las fronteras entre contratos y convenios se difuminan si atentemos exclusivamente a la causa.

No obstante, entendemos que, tras la reforma operada en la Ley 13/1.995, no todos los convenios de colaboración son ya exclusivamente de fomento, como venía la mayoría de la doctrina desde 1.973. Por esto, convenios en los que se fija la cuantía o medida de una decisión unilateral administrativa (como los convenios expropiatorios o de determinación de la responsabilidad extracontractual), los llamados convenios de ejecución<sup>117</sup> o conciertos de administración<sup>118</sup>, son también, en

\*\*\*\*\*

<sup>116</sup> Para el particular que celebra un convenio, su *causa contrahendi* es onerosa, en definición del art. 1.274 C.C., cifrándose en la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte.

<sup>117</sup> En terminología de HUERGO LORA, A., *Los Contratos sobre los Actos y las Potestades Administrativas*, *opus cit.*, pág. 334, para quien estos convenios, además, tienen como característica esencial que son celebrados en virtud de normas dispositivas como son los arts. 24 LEF, 141.4 Ley 30/1.992, 122.2 TRLS de 1.976 ó 146.2 LCAP.

<sup>118</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, *opus cit.*, vol. I, pág. 667, que van más allá que Huergo Lora, considerando incluso que estos conciertos pueden configurar también las relaciones jurídicas entre la Administración y los particulares. No así PAREJO ALFONSO, L., *La Terminación convencional del procedimiento administrativo como forma alternativa de desarrollo de la actividad unilateral de la Administración*, en *Eficacia y Administración: tres estudios*, 1ª ed., Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1.995, pág. 181, quien estima que el acuerdo se da sólo en la concreción en el caso concreto de los deberes y obligaciones que ya están establecidos por el Derecho objetivo, esto es, determinándose sólo una simple ejecución de la forma objetiva aplicable.

nuestra opinión, reconducibles a la teoría general de los convenios de colaboración. Y ello porque en ellos la Administración y los particulares colaboran para evitarse las molestias y retrasos que la aplicación de las normas de derecho dispositivo ocasionarían caso de no llegarse a un acuerdo.

Para PARADA VÁZQUEZ, en estos acuerdos la Administración contrata, a diferencia de lo que ocurre en la contratación administrativa, investida de una posición de superioridad que le confiere poder establecer dicha relación jurídica paccionada o una más favorable a través de un acto unilateral.

De todas formas, a nuestro juicio, la posición de partida de las partes en los contratos de la Administración es esencialmente diferente de la que existe en los convenios de colaboración, pero en un sentido inverso a como la entiende PARADA, ya que, de existir en éstos la superioridad aludida, sería meramente escénica o moral, constatable al inicio, *ad praeivum*. Se trataría de una mera "presión ambiental", si se quiere, pero que no trasciende para el mundo del Derecho. Al contrario, en los contratos de la Administración la superioridad existe desde el inicio, ya que a la parte sólo le cabe adherirse o no al contrato<sup>119</sup>.

En efecto, en nuestra opinión, una vez conformada intelectualmente la voluntad de concertar por el particular, éste conviene en obligarse jurídicamente y en configurar una relación jurídica de tú a tú con la Administración, de modo voluntario; el convenio de colaboración se constituye pues como un compromiso negocial de igual a igual, sin que en esto exista diferencia sustancial importante con lo que ocurre con los contratos civiles entre sujetos de Derecho Privado, en los que la posición de partida puede ser de superioridad moral para alguno de los dos (por ejemplo, por parte del vendedor en las compraventas en masa que realizamos a diario o del Banco cuando nos concede una hipoteca); pero no se trata de una superioridad jurídica (como ocurre en los contratos administrativos o privados de la Administración) que

119 La mayoría de la doctrina se pronuncia a favor del carácter contractual del pliego de condiciones particulares que aprueba el órgano de contratación. Así, PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo*, Vol. I, editorial Marcial Pons, duodécima edición, Madrid, 2.000, págs. 309 y 310. TORNOS MÁS, *Actuaciones relativas a la contratación: pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, perfección y formalización de los contratos, prerrogativas de la Administración*, en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1.996, págs. 267 y ss. y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I., Octava edición, Civitas, Madrid, 1.997, págs. 698 y 699. Sin embargo, la "intangibilidad" del pliego de condiciones particulares ha llevado a AYMERICH CANO, C. I., *Acerca de la naturaleza normativa de los pliegos de cláusulas administrativas particulares*, en *El derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI (Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo)*, coordinado por SOSA WAGNER, F., Tirant lo Blanch, Tomo II, Valencia, 2.000, págs. 1.808 y 1.809 a abogar por el carácter de norma reglamentaria de los mismos. Si bien dentro del pliego se aprecian dos partes diferenciadas: las cláusulas sobre la selección del contratista y las cláusulas contractuales propiamente dichas. A los candidatos sólo les cabe aceptar o rechazar en bloque la totalidad del pliego, sin poder incluir cláusulas propias o personales.

pueda quedar después más o menos neutralizada en el momento del consentimiento (contratos privados de la Administración) o prolongarse durante la vida del negocio (contratos administrativos).

Además, ese miedo o presión al que hace alusión PARADA para diferenciar los convenios de los contratos administrativos existe también, más si cabe, en éstos, pues aunque no se trate en suma de contratar para evitar una hipotética actuación unilateral posterior de la Administración, no deja de notarse la comentada superioridad de partida de ésta también en los contratos administrativos, en este caso porque es ella la que establece las condiciones y requisitos del contrato y del procedimiento de selección del contratista.

Si a ello le añadimos que en la contratación administrativa esa superioridad de la Administración persiste a lo largo de la vida del contrato gracias a las prerrogativas que la normativa establece, que le son irrenunciables (STS, Sala 3ª, de 15 de febrero de 1.999) y teniendo en cuenta que tal cosa no ocurre necesariamente en los convenios de colaboración (que, en principio, se regirán por su propia normativa) llegaremos a la conclusión de que no es por la pretendida coacción a la que la Administración somete a los particulares que con ella conciertan por lo que llegaremos a diferenciar plenamente a los contratos administrativos de los convenios de colaboración<sup>120</sup>.

Al contrario que PARADA VÁZQUEZ, otra pluma destacada de nuestra doctrina, SANTAMARÍA PASTOR, ubica los convenios de colaboración en el cauce contractual, destacando la equívoca denominación con que se evocan (conciertos de Administración, a la manera francesa o de García de Enterría), y que “carecen, en la mayor parte de los casos, de una base de contraprestación patrimonial entre las partes y mediante los cuales se trata de invitar a los particulares a la realización de actividades que se consideran convenientes para el interés público”. Se deja ver, una vez más, la influencia de García de Enterría en la definición. Nótese, además, que SANTAMARÍA no descende a discernir quién colabora con quién y en qué posición se obligan.

Enfoca el tema, más bien, desde la perspectiva del fomento, otorgándole a la Administración el papel de catalizador de la relación<sup>121</sup>. Esto es posible en determi-

\*\*\*\*\*

<sup>120</sup> Algún autor, sin embargo, ha visto en esa coacción la nota esencial de algunos convenios, ejemplarmente los convenios expropiatorios. Vid. RODRÍGUEZ MORO, N., *La Expropiación forzosa en la reciente Jurisprudencia del TS*, en R.A.P., nº. 34, 1.961. En este caso el autor afirma que tal acuerdo o convenio no es una compraventa propia del Derecho Civil, sino una traslación forzosa impuesta por razones de utilidad pública o interés social (o sea, no entiende que sea un contrato, por las singulares razones de presión que se ejerce sobre el particular (pág. 130).

<sup>121</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, Colección Ceura, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. S. A., Madrid, 1.999, pág. 186.

nados convenios de colaboración, en que la actividad del particular nace sólo a raíz del estímulo administrativo, que le invita a la realización de determinadas actuaciones convenientes para el interés general. En otros casos, sin embargo, y como ya advertíamos arriba, la actividad del particular ya se venía realizando con anterioridad a que se planteara el convenio (por ejemplo en los conciertos de la planificación económica). En este caso, el particular se adhiere incidentalmente a determinados requisitos del concierto, para obtener concretos beneficios personales, pero sin dejar de realizar la actividad objeto social de su empresa. La colaboración, recordamos, no es exclusivamente del particular para con la Administración sino también, y mayormente, a la inversa: la Administración colabora con el particular ofreciéndole determinados beneficios a cambio de que éste module el contenido de su actividad empresarial, pues retiene que tal cosa reportará beneficios generales para la colectividad<sup>122</sup>.

Lo que sí es incontrovertible en la búsqueda del concepto de convenios de colaboración –y esto es algo en lo que conviene la mayoría de los autores– es que este fenómeno se encuadra, en brillantes palabras de GIANNINI, en la “convicción de que instrumentos fundados sobre el consenso son preferibles a aquellos fundados sobre la autoridad”. Para el desaparecido maestro italiano, este macroproceso se ha concretado en determinadas figuras convencionales consistentes en la extensión del acuerdo y del contrato a relaciones que no tienen contenido patrimonial, a relaciones concernientes a actividades a desarrollar, a acciones comunes, a problemas políticos, y que han dejado desorientadas a doctrina y jurisprudencia. Éste será, en su opinión, “el administrar del futuro”<sup>123</sup>. GIANNINI prefiere denominar estas figuras como pactos o acuerdos, despreciando el término “convención”, por excesivamente genérico, indicando la transcripción escrita de un acuerdo determinado<sup>124</sup>. Se trata –sigue– de un fenómeno típico de la edad presente, nacido de la complicación, fragmentación y diversificación de los intereses públicos y de los intereses pri-

<sup>122</sup> La colaboración que se ve, la colaboración fáctica, la colaboración que trasciende ad extra la esfera negocial, es la del particular con la Administración, pero la auténtica colaboración, desde el punto de vista jurídico, que además se inserta en la *causa contractus* del negocio en sí, es de la Administración con el particular.

<sup>123</sup> Vid. GIANNINI, M. S. A., *Diritto Amministrativo*, Volume secondo, Terza edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1.993, pág. 344 y 345. Otros autores, en la misma línea de pensamiento, hablan de la Administración por acuerdos, nuevo fenómeno que complica la materia administrativa por los inevitables problemas de superposición de los regímenes jurídicos y de exacta calificación del instituto jurídico, que supone la introducción de los pactos y convenios como una nueva especie normativa. Vid. AICARDI, N., *La Disciplina generale ed i Principi degli Accordi amministrativi. Fondamento e Caratteri*, en Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, n.º. 1, 1.997, pág. 16.

<sup>124</sup> Cfr., contra la opinión de FALCON, que usa la expresión, GIANNINI, *opus cit.*, pág. 424. Igualmente crítico con el sustantivo “convención” se muestra VETTORI, G., *Accordi “amministrativi” e contratto*, en Contratto e Impresa, n.º. 2, año 9, CEDAM, Padova, 1.993, pág. 521, para quien esa palabra no convence, por tratarse de una expresión absolutamente neutra. Llega a decir, jocosamente, que a ella se recurre a menudo cuando no se sabe qué decir, y con su mero uso no se clarifica si estamos o no delante de auténticos contratos, con todo lo que ello implica.

vados coligados o imbricados, que no pueden sin embargo venir “gobernados” desde lo alto, a través de la acción aislada de la autoridad administrativa. Sin embargo, no se debe creer que fenómenos del mismo tipo no se dieran también en el pasado y, en ciertos sectores, incluso desde épocas lejanas<sup>125</sup>.

Más explicación y depuración de términos que distinción en sí misma supone el tratamiento que algunos autores hacen de la negociación de las potestades administrativas, que puede también articularse en forma de convenios de colaboración. Así también lo ha entendido HUERGO LORA, para quien, sin embargo, la categoría se llama “contratos sobre actos y potestades administrativas”. Ha sido esencialmente este autor quien ha desarrollado exhaustivamente esta técnica paccionada entre Administración y ciudadanos, importada del Derecho Alemán. La *Verwaltungsverfahrensgesetz* (Ley de Procedimiento administrativo -VwVfG) alemana de 1.976 introdujo la figura de los Contratos Públicos, regulando la posibilidad de un ejercicio pactado de potestades y actos administrativos. HUERGO considera que ésta es la gran categoría en la que cabe insertar todos los convenios y relaciones consensuales que suscribe la Administración con los particulares al margen de los contratos administrativos normales (convenios de colaboración, convenios de ejecución, conciertos, etc.). Para nosotros, no todos los convenios de colaboración –en el sentido que nosotros les damos– suponen un ejercicio consensual contractual de potestades o una vinculación o predeterminación de la resolución administrativa que ponga fin a un procedimiento. Así, por ejemplo, los convenios de fomento de la acción educativa o sanitaria concertada no suponen un ejercicio de potestad sustantiva alguna. Además, entendemos que no cabe hablar de contratos sobre potestades administrativas, dado el carácter vinculante para la Administración de los contratos y la incompatibilidad intrínseca que ello supone con el principio de indisponibilidad de las potestades administrativas, con base en el art. 1.271 C.C. –que advierte que será nulo el contrato con objeto inidóneo– (que pueden modularse e incluso condicionarse en el sentido que veremos más adelante, pero nunca vincularse por un pacto). Como veremos, la aplicación de ese principio es totalmente distinta en las potestades regladas y en las discrecionales, lo que da margen a nuestra tesis. Por la misma razón, pensamos que sí cabe hablar de contratos sobre actos administrativos (como permite el art. 88 LRJAPyPAC) siempre que en ellos no se ejerza una potestad administrativa.

Hemos de reconocer, empero, que los contratos sobre actos y potestades administrativas tienen como categoría la virtud de la lógica expansiva y globalizadora que

<sup>125</sup> Vid. GIANNINI, M. S. A., *Il pubblico potere*, Bologna, 1.986, pág. 126.

no tienen categorías más sectoriales y sin filiación clara como la terminación convencional, por ejemplo<sup>126</sup>. Y que la mayoría de los convenios de colaboración que conocemos suponen, en alguna medida, un condicionamiento o afectación de alguna potestad administrativa: así, los expropiatorios, urbanísticos, sancionatorios, etc.

Para nosotros, el sostenimiento doctrinal de esa categoría contractual no nos impide seguir hablando de convenios de colaboración cuando el pacto se realice sobre actos o potestades administrativas, ya que, como reza el art. 3.1.d) TRLCAP, éstos tienen por objeto la colaboración con la Administración, sin que se excluya de la misma la posible colaboración en el ejercicio de las competencias y potestades administrativas<sup>127</sup>.

Nos interesa igualmente distinguir entre convenios de colaboración para el fomento de actividades privadas de interés público y ejercicio privado de funciones públicas. En este caso se trata de profesionales libres cuya actividad ha quedado reglada y es vigilada por la Administración en función del interés general que despliegan, de tal calibre que deviene función pública. A diferencia de los convenios del art. 3.1, d) TRLCAP, aquí no es una colaboración temporal sino permanente. Comparten el hecho de que en ningún caso suponen el ingreso del particular en la organización administrativa, siendo la responsabilidad de ambos de Derecho Privado, no pública. Ejemplos de este ejercicio privado de funciones públicas son los notarios, capitanes de barco, comandantes de aeronave, árbitros de Derecho Privado, integrantes de cuerpos de seguridad privados, corredores de comercio, agentes de bolsa...<sup>128</sup>.

## 2. Distinción con la actividad informal de la Administración

Aparte de estas figuras de origen alemán, que suscitan dudas conceptuales o filosóficas más que auténticos problemas de separación jurídica con los convenios, nos

<sup>126</sup> Vid. HUERGO LORA, A., *Los Contratos sobre los Actos y las Potestades Administrativas, opus cit.*, pág. 289 y ss., opina que con el estudio de la terminación convencional del procedimiento como acto consensual limitado a la concertación, (al final del procedimiento), del acto administrativo que le ponga fin se está excluyendo involuntariamente una serie de supuestos muy dados en la práctica administrativa, cuales son los fenómenos de predeterminación del contenido del acto antes de iniciarse el procedimiento. Tal cosa no ocurriría, insiste, si en lugar de terminación convencional del procedimiento habláramos de contratos sobre actos administrativos, en general. En el mismo sentido, PAREJO ALFONSO, L. en PAREJO ALFONSO, L., (Coautor) / JIMÉNEZ BLANCO, A., (Coautor) / ORTEGA ÁLVAREZ, L., (Coautor), *Manual de Derecho Administrativo, opus cit.*, 756, que denomina a estos acuerdos previos al inicio del procedimiento administrativo como "preacuerdos", afirmando su viabilidad cuando no sean vinculantes en todo caso, y, para los vinculantes, allí donde la legislación sectorial haya previsto las consultas o informaciones previas al procedimiento con carácter vinculante.

<sup>127</sup> Conviene también en este extremo PAREJO ALFONSO, L. en PAREJO ALFONSO, L., (Coautor) / JIMÉNEZ BLANCO, A., (Coautor) / ORTEGA ÁLVAREZ, L., (Coautor), *Manual de Derecho Administrativo, opus cit.*, pág. 756.

<sup>128</sup> Véase SÁINZ MORENO, F., *Ejercicio privado de funciones públicas*, en R.A.P., nº. 100-102, enero-diciembre 1.983, pág. 1.699 y ss.

parece adecuado distinguir ahora entre la actividad negocial de la Administración con particulares de la actividad informal de la Administración. La Teoría de la actividad informal de la Administración fue creada también en el prolífico Derecho Administrativo alemán e importada entre nosotros por PAREJO ALFONSO, quien la hace equivaler a toda la actividad no jurídica que la misma lleva a cabo. Frente a las críticas acerca de su ilegalidad debemos decir que se trata de una actividad meramente alegal, y del todo legítima siempre que se respete escrupulosamente el principio de legalidad, como ocurre también con los convenios celebrados al amparo del art. 4 TRLCAP en cierta medida<sup>129</sup>.

Si esos actos o reglamentos negociados informalmente al margen de cualquier procedimiento son correctos material y formalmente, en nada empece a su virtualidad que les hubiera precedido algún contacto o reunión entre la Administración autora de los mismos y algunos particulares o empresas. En el Derecho Ambiental Alemán son usuales. Ni tan siquiera conforman tipología de transacción (contrato previsto en el C.C., como ya hemos visto) ni de terminación convencional del procedimiento administrativo (art. 88 Ley 30/1.992), pues éstos ya están regulados y la actividad informal implica un absoluto desprendimiento de la norma jurídica. Ello no quiere decir que los acuerdos o convenios informales se deban siempre a un vacío normativo o laguna de ley, que empuje a los poderes públicos a buscar atajos para su actuar cotidiano. Hay casos en que la actividad informal tiene lugar para evitar la onerosidad formal o sustancial de determinada regulación positiva, y entonces se habla de desuso normativo, huida del derecho o actividad informal. En el primer caso, se trata de normas que han quedado sustancialmente obsoletas dentro del Ordenamiento porque no se hayan reformado o por desaparición del instituto regulado, por lo que convencionalmente se acepta el apartamiento de tal regulación, cuya aplicación, aparte de anacrónica, podría producir daños irreparables. En el segundo caso, la norma no se aplica porque exista un consenso de los juristas en abstenerse de la aplicación de la norma, sino para evitar, fraudulentamente o por pura eficacia y agilidad del actuar administrativo, determinados controles o trámites. En el tercer caso, pueden concurrir razones de ambos tipos (de agilidad o de desuso), pero deviene ilícita si supone una actividad paralela de la Administración sin proteger suficientemente los intereses generales, sin la transparencia ni las garantías a que se debe toda actividad de la Administración.

\*\*\*\*\*  
<sup>129</sup> Este carácter alegal se convierte no sólo en su principal debilidad sino en su virtud principal, pues la informalidad ayuda a la eficacia y agilidad administrativa y supone, a la vez, su más importante peligro, siempre que tras ella se escondan prácticas fraudulentas o de trato de favor. De todas formas, esa actividad informal estará viciada en la medida en que lo estén los actos administrativos o reglamentos a los que dé lugar, de manera que a través de ellos se controla la legalidad (o mejor, licitud) de aquélla de la que traen causa.

Aunque sea alegal, no implica ello que tal actividad sea aséptica jurídicamente hablando, lo cual es hoy en día muy difícil dada la hiperregulación actualmente existente. Con base en los principios de buena fe y confianza legítima en la actuación administrativa, podría exigirse el cumplimiento de los acuerdos alcanzados informalmente si la Administración incumple, aunque esta construcción choca con la dificultad de probar el contenido del acuerdo, no escrito, auténtica prueba diabólica a todos los efectos.

### 3. ACTOS ADMINISTRATIVOS NECESITADOS DE COLABORACIÓN, ACTOS SUCESIVOS Y ACTOS-CONDICIÓN

Otro ámbito de distinción debería ser considerado para diferenciar entre los convenios y aquellas otras instituciones que ni siquiera sean acuerdos de voluntades constitutivos de negocios jurídicos. Estamos hablando de los actos administrativos necesitados de colaboración, de coadyuvante o de solicitud (que de estas tres formas puede llamarse) y de los actos jurídicos sucesivos. Los primeros aluden a determinados actos administrativos que necesitan, para producirse, la actuación inicial del particular destinatario del mismo. Éste manifiesta su conformidad y pone en marcha la actuación administrativa. Así, de este tipo, son las licencias, autorizaciones, determinadas concesiones y permisos, actos administrativos todos ellos en que el administrado se encarga de solicitar algo a la Administración, quien acaba autorizando o no de manera unilateral. FORSTHOFF cita como ejemplos, también, la concesión de nacionalidad o el nacimiento de la relación funcional de empleo<sup>130</sup>.

Estos últimos se parecen a los convenios en que en ambos la voluntad del particular parece coadyuvar, colaborar con la Administración. Pero, mientras que en el convenio las partes actúan en posición de igualdad, en estos actos la Administración nunca deja de estar por encima del particular, quien se limita a pedir o incitar a la actuación administrativa, pero asumiendo la decisión impuesta por ésta. En los convenios es al contrario: la incitación viene generalmente de parte de la Administración, quien necesita del particular, “rebajándose” a ofertar determinadas prestaciones para poner al particular de su parte y convencerle de que le ayude.

<sup>130</sup> Cfr. FORSTHOFF, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, Giuffrè Editore, Varese, 1.958, pág. 295. Para este autor, la solicitud del particular adquiere peso específico cuando se trata de pedir algo que engendra no sólo derechos sino también deberes, como en estos dos casos. A algunos de estos actos OTTO MAYER los denominó actos administrativos de sumisión, por ese mismo motivo; MAYER, O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1.895, pág. 98, citado por Forsthoff, *opus cit.*, nota 38. Para el autor alemán, origen del escepticismo contractualista en Alemania, para que relaciones como la de funcionariado quedaran dentro de la legalidad exigían la voluntad del destinatario (*volenti non fit iniuria*).

En estos casos, además, la Administración procede a dictar un acto administrativo que el particular tiene que aceptar a posteriori. Podemos hablar, por ejemplo, de la aceptación del cargo por parte del funcionario *in pectore*, o de la aceptación de una concesión. Son casos en que, por norma, se acepta aquello que se solicitó previamente (la solicitud para examinarse en el primer caso y para ser adjudicatario de la concesión). Si la Administración procede a dictar estos actos sin la previa autorización del administrado éstos serían nulos, bien porque se ha prescindido absolutamente del procedimiento, bien porque se adquieran facultades o derechos careciendo de los requisitos necesarios para su adquisición.

Los segundos consisten en actos jurídicos sucesivos, pero que en ningún momento se concretan de manera bilateral. Debe ponerse cuidado en discernir entre estos actos y las manifestaciones de voluntad producidas en momentos diferentes, que, por supuesto, pueden entrañar convenios de colaboración, ya que, como se ha dicho aquí, el acuerdo de voluntades no exige que el momento en el que se produzcan sea el mismo, pudiendo alcanzarse de manera consecutiva. ¿No se producen en los contratos administrativos típicos las manifestaciones de voluntad en momentos diferentes también (ofertas de los contratistas, aceptación de una de las ofertas por la Administración)? Por esta razón, nosotros opinamos que la aceptación de las hojas de aprecio por la Administración o por el administrado conforma también convenios de colaboración, ya que la voluntad de llegar a un acuerdo existe, y éste se produce por la aceptación de una de las partes a la oferta de la otra, presuponiéndose con ésta, por supuesto, una voluntad de obligarse en caso de que la contraparte la acepte. Se consigue así el mismo efecto que cuando se pacta el precio de la cosa de manera consensuada según el art. 24 LEF. En ambos casos la autonomía de la voluntad del particular existe, pudiendo pedir la cantidad que a él le venga en gana, e igualmente libre en ambos casos (salvo por razones de plazo, 15 días para ambos en el art. 24, 20 y 10 consecutivamente para ambos también en el trámite de las hojas de aprecio) es el margen de actuación de la Administración, bien para ofertar, bien para aceptar<sup>131</sup>.

Lo que ocurre es que fracasada por cualquier motivo la posibilidad de convenio expropiatorio del art. 24 (porque el expropiado está demasiado enfadado o asombrado como para convenir amigablemente, porque desconfía o no entiende o porque no le interesa o no llegan al acuerdo), en que las partes tienen libertad para conve-

<sup>131</sup> El hecho de que en el convenio del art. 24 el objeto del pacto pueda ser mayor (se puede pactar el precio y la manera de pagarlo, por ejemplo) y que el consenso se produzca *ipso tempore* en nada obsta a considerar la aceptación de la hoja de aprecio como convenio, pues se dan todas las notas de voluntariedad, nacimiento de efectos jurídicos, terminación convencional del procedimiento, etc. que en el convenio del art. 24 LEF.

nir de mutuo acuerdo y sin apenas formalismos, la legislación expropiatoria concibe una segunda salida consensuada a la expropiación, pero limitándola y constriñéndola en trámites sucesivos, lo cual supone una merma para la libertad de iniciativa común de las ofertas, y teniendo que esperar cada parte a su turno para realizar su propuesta, pero nada más<sup>132</sup>.

Aplicando una metáfora procesal, y salvadas, por supuesto, las distancias, podríamos concluir diciendo que el convenio expropiatorio del art. 24 es al acuerdo preprocesal lo que la aceptación de las hojas de aprecio es a la heterocomposición: pero en ambos casos se llega al acuerdo; lo que varía es el modo y el momento de hacerlo.

Hay sentencias, sin embargo, que han concebido al convenio expropiatorio como acto administrativo. Así la STS de 5 de diciembre de 1.992 (Sala 3ª), abundaba en una visión unilateralista del acuerdo del art. 24 LEF<sup>133</sup>:

*“El art. 24 de la Ley de Expropiación Forzosa establece que la Administración y el particular a quien se refiere la expropiación podrán convenir la adquisición de los bienes o derechos por mutuo acuerdo en cuyo caso dará por concluido el expediente. El convenio expropiatorio sobre la conformidad en el justiprecio es un acto administrativo específico que pone fin al expediente, de conformidad con dicho Precepto Legal. Por ello, una vez producida la aceptación por el expropiado de la oferta de valoración hecha por la Administración, no es posible, la revocación o modificación unilateral de tal convenio, careciendo de validez y efectos jurídicos cualquier manifestación o reserva en tal sentido formulada por el expropiado. Y como dice la STS 29-3-1.979 al superar el convenio expropiatorio las diversas fases a las que se subordinó su perfección, alcanzó la plena validez y engendró un*

<sup>132</sup> Con esta separación en el tiempo de la expresión de las voluntades de las partes se quiere ordenar el procedimiento para llegar al acuerdo, actuando la legislación aquí como un árbitro que establece unos plazos para cada parte.

<sup>133</sup> Junto a esta, otras muchas, como las STS 10 de marzo de 1.964; 3 de diciembre de 1.979; 25 de mayo de 1.981. Pero la mayoría de las sentencias que sobre convenios expropiatorios han recaído los consideran como contrato: así, STS 4 de junio de 1.963, 3 de enero de 1.964, 10 de julio de 1.981, 22 de diciembre de 1.977, 2 de enero de 1.980. También la doctrina se ha polarizado en este debate, alineándose en la postura unilateralista, por ejemplo, ESCUÍN PALOP, V., *Naturaleza del convenio expropiatorio en el derecho español*, en la obra colectiva *Libro Homenaje al Prof. Juan Galván Escutia*, Universidad de Valencia, 1.980, pág. 165 y ss. y parece que también RAZQUIN LIZÁRRAGA, J. A., *La Naturaleza y el Cumplimiento efectivo de los Convenios expropiatorios (a propósito de la Sentencia de la sala 5ª del TS de 16 de marzo de 1.984)*, en R.V.A.P., n.º 14, Oñati, 1.986, pág. 69, y en la contractualista GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, opus cit., pág. 666, FERNÁNDEZ AGÜERO, E., *El artículo 24 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1.954: el convenio expropiatorio*, en R.D.U. y M.A., n.º 182, dic. 2.000, pág. 1.462 (que lo califica de convenio del art. 3.1, d) LCAP, por lo que cree que la Administración no tiene que ostentar en ellos prerrogativa alguna, dada la igualdad sustancial de las partes, pero contradiciéndose a continuación al calificarlos finalmente como contrato administrativo especial), o MALLOL GUARRO, *La indemnización y el justiprecio en la expropiación forzosa*, editorial Hispano Europea, Barcelona, 1.966, pág. 57. En una línea intermedia, atribuyéndole carácter administrativo pero sin pronunciarse sobre si es o no contrato, SOSA WAGNER, F., *Comentario al art. 24 LEF*, en SOSA WAGNER, F. (director), *Expropiación forzosa y Expropiaciones urbanísticas*, Aranzadi editorial, Pamplona, 1.998, págs. 82 y 83.

*derecho subjetivo en la sociedad recurrente a obtener la cantidad fijada como contraprestación a la adquisición de los bienes expropiados y como tal negocio jurídico es un acto administrativo regido por la normativa específica de tales actos, la Administración no puede desligarse del convenio ni revocarlo más que declarándolo lesivo para el interés público e impugnándolo ante esta Jurisdicción como establece el art. 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo...". (Fundamento Jurídico 3º). (La negrita es nuestra).*

A nuestra manera de ver las cosas, el Tribunal Supremo califica erráticamente los convenios de actos, yerro que puede venirle por dos razones: la primera, porque tiene en mente el primigenio concepto de negocio jurídico engendrado en Alemania, que, como ya hemos dicho, entraba dentro de la categoría de los actos administrativos, unilaterales. Se olvida, por tanto, de la evolución que posteriormente sufriría el concepto de negocio jurídico, ensanchando su naturaleza hasta comprender acuerdos o pactos bilaterales o multilaterales, entrando a formar parte, pues, en estos casos, del género de los contratos o convenios. Esta segunda teoría la secundan varias sentencias, algunas ya citadas a lo largo de este estudio. Un segundo tipo de motivos puede hallarse en la confusión entre el negocio jurídico conformado por la unión de las voluntades de expropiante y expropiado y el acto administrativo posterior a ésta que acontece cuando la Administración libera el pago de la cantidad convenida. Igual esquema se da en todos los contratos en que participa la Administración. El procedimiento se entiende terminado con el acuerdo (art. 24 LEF, art. 88 Ley 30/1.992), pero casi siempre le sigue un acto administrativo para cumplir aquello que se pactó, y que es el que permite al particular defraudado (en caso de cumplimiento defectuoso o incumplimiento) interponer un recurso contencioso-administrativo.

Como hemos dicho, es necesario delimitar algunos supuestos de convenios de otras figuras de acción concertada, como los actos jurídicos unilaterales sucesivos. Cuando se llega a un acuerdo por medio de actos jurídicos unilaterales sucesivos se quiere decir que las manifestaciones de voluntad de cada parte son independientes, que no traen causa la una de la otra, y que, en caso de incumplimiento, no cabe la mutua exigencia e indemnización sino meras sanciones o renunciaciones<sup>134</sup>.

<sup>134</sup> Se trataría, en lo tocante a la Administración, de meros actos administrativos que conceden algún beneficio de cualquier naturaleza (generalmente económico) previa la manifestación de voluntad del particular. No son necesariamente actos administrativos necesitados de colaboración, como ya hemos visto, ya que, a veces, la iniciativa no la toma la Administración sino el administrado.

Hay casos, además, en que el acto administrativo se articula bajo la forma de condición o modo: en estos casos se habla de acto-condición. Nos referimos, por ejemplo, a la entrega de una subvención por parte de la Administración. Ésta la concede al particular X a condición de que la aplique a determinado destino, y que, en caso de incumplimiento, quedaría revocada<sup>135</sup>. No obstante, para llegar a este difuso concepto es necesario tomar algunas precauciones dogmáticas. La condición debe ser la auténtica causa del acuerdo y no una carga accesoria del núcleo del mismo.

No podemos calificar de acto-condición a todos aquellos acuerdos en que la Administración conceda algo “a condición de”, pues estaríamos cayendo en la más pura tautología, ya que, como tal condición, ésta siempre se daría en todo pacto o convenio, que no son más que manifestaciones de voluntad condicionadas a la aceptación de la otra parte. Y así, un ejemplo prototípico de convenio, un convenio expropiatorio, ni siquiera podría salvarse de ser calificado de acto condición, pues la Administración pacta con el particular libremente el precio de la cosa expropiada a cambio de que la parte privada pague, y pague, además, con las condiciones pactadas: plazo, término, modo, moneda... En los convenios, empero, vemos que la condición no es más que la transubstanciación de la *causa contrahendi* del particular, quien colabora a cambio de algo, un *do ut des*, un *quid pro quo*, que enlaza internamente de manera únicamente unidireccional las dos manifestaciones de voluntad<sup>136</sup>.

Un verdadero acto condición es aquél en que la propia prestación se hace depender de la de la contraparte. La condición no se presupone sino que es la esencia del intercambio patrimonial: “Sólo pacto a condición de que tú hagas tal cosa”. La condición no queda sólo en la fase mental de aproximación de las voluntades, sino que se integra, además, en el propio pacto una vez finalizado, dándole su auténtica naturaleza. Y así, sería el caso de una subvención, en la que existe una auténtica condición resolutoria, de manera que podría retirarse si el administrado no la destina al objeto en concreto para el que fue concedida. Por ejemplo, si se dedica a comprar semilla de tomate una subvención concedida para plantar algodón, se incumple esta condición o, mejor dicho, modo, y la Administración podría retirarla sin problemas de estar atacando un derecho concedido, ya que éste estaba condicionado, por lo que,

135 Lo mismo que las subvenciones condicionadas (v. gr., STS de 4 de octubre de 1.999), la jurisprudencia ha aceptado la validez del otorgamiento de licencias condicionadas, aunque dicha carga o condición impuesta por la Administración unilateralmente no se recogiera en la norma. Así, en las SSTs de 20 de octubre de 1.980 y de 20 de diciembre de 1.988.

136 La condición envuelve la aproximación al contrato, pero se disuelve una vez perfeccionado éste, con el acuerdo de voluntades, de manera que exteriormente, la finalidad del convenio aparece única y compartida para las dos partes, aunque inicial e interiormente, como hemos dicho, no haya sido así.

al incumplirse, se estima que el pacto no se dio, no se ha perfeccionado, por lo que nunca existió *ex nihilo*. Otra diferencia entre una subvención condicionada y un convenio de colaboración radica en la capacidad del particular de negociar en éste último las condiciones del pacto.

#### 4. Convenios y consorcios

Por último, tenemos también que diferenciar los convenios de los consorcios. Los consorcios fueron magistralmente tratados por MARTÍN MATEO<sup>137</sup>, describiendo sus características esenciales en las siguientes notas:

1. Preexistencia de una comunidad de intereses;
2. Realización de obras o prestación de servicios de interés público o privado, pero relevantes en el ámbito colectivo;
3. Creación de una organización común que, con un carácter instrumental, atiende a determinados fines colectivos;
4. Agrupación de intereses y esfuerzos que impulse a crear una organización común con finalidad no lucrativa.

Como vemos, en los consorcios se crea una propia organización *ad hoc* para gestionar un acuerdo al que llegan diferentes Administraciones Públicas (entre ellas, generalmente, una Entidad Local) o éstas con una entidad sin ánimo de lucro. Si nos quedáramos solamente en la fase previa (no organizativa) del pacto, sí podríamos hablar de convenios de colaboración para definir la relación que media entre la Administración y estas entidades benéficas, a las que la Administración estimula para que se unan a ella, ejerciendo para ellas la actividad propia que desarrollaba porque puede tener efectos positivos para el interés general<sup>138</sup>.

Los consorcios se recogen tanto en el art. 87 Ley 7/1.985, de 2 de abril, de Bases del Régimen local, como en el art. 6.5 de la Ley 30/1.992, como órgano de vigilancia de los convenios de colaboración interadministrativos del art. 6 de esta misma ley. Algún autor piensa que estos órganos pueden tener naturaleza de órganos de

<sup>137</sup> Cfr. MARTÍN MATEO, R., *El Consorcio como institución jurídica*, en R.A.P., nº. 61, 1.970, pág. 9 y ss.

<sup>138</sup> Vid. SALAS, J., *opus cit.*, pág. 470 procede a diferenciar la actividad de concertación en sí misma considerada (como actividad administrativa genérica de satisfacción de un interés público), del concierto propiamente dicho (como instrumento concreto de encuentro de voluntades entre la empresa y el Estado).

arbitraje, aunque parece que en este supuesto no se ha previsto la sustitución del recurso de alzada por un laudo<sup>139</sup>. A pesar de que la literalidad de la Ley parece restringir los convenios de colaboración y las conferencias sectoriales al ámbito propio de la Administración General y a la de las CC.AA., dado el carácter supletorio de la Ley 30/92 en materia de régimen local, donde, a propósito, el art. 57 de la Ley de Bases de Régimen Local prevé la posibilidad de los Convenios entre la Administración del Estado y las Entidades Locales. Además, la Comisión Nacional de Administración Local, como órgano permanente para la colaboración entre ambas (art. 117.1 LRBRL), podría formular la impugnación de cualquiera de ellos donde no se estimen correctamente salvaguardadas las competencias locales en las materias objeto de dichos convenios de colaboración.

## IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN

### 1. SU ESENCIA: NATURALEZA JURÍDICA PROPIA, DIFERENCIADA DE LA DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN

Nos toca ahora, por fin, enfrentarnos a la esencia de los convenios de colaboración –a su *ethos*– en el derecho positivo español, porque las cosas no son lo que parecen, ni siquiera lo que se dice de ellas, sino lo que son. Y el derecho tiene la misión de acompañar a los convenios en su camino hacia la legalidad, mostrándole a cada paso, en el espejo bruñido de la norma, su auténtico rostro.

Para ello, nada mejor que traer aquí la definición que dimos de convenios de colaboración al principio de este capítulo. Arriba decíamos que podríamos definir los convenios de colaboración como aquellos negocios jurídicos concluidos entre una Administración y una o varias personas naturales o jurídicas sometidas al Derecho Privado, por medio de los cuales aquella estimula a éstas para que, previa negociación, realicen determinadas prestaciones, normalmente de contenido no patrimonial, modulando su actividad propia (si fuera preexistente), o la iniciándola *ex novo* si no lo era), con el fin de producir un beneficio directo o indirecto en el interés

139 AA. VV., Comentario a la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común. (Exégesis y valoración de su incidencia para la Administración de la Comunidad Autónoma), Eusko Jaurilaritza y Gobierno vasco editores, Vitoria-Gasteiz, 1.993, pág. 32.

general para cuya gestión es competente, lo que supone siempre una nueva manera de administrar. Pero analicemos ahora cada uno de los términos de esta definición, a la luz de todas aquellas enseñanzas extraídas de este estudio nuestro.

1) Empezamos por decir que los convenios de colaboración son negocios jurídicos. Como hemos dicho antes, los calificamos así porque un negocio jurídico implica un acuerdo de voluntades al que llegan dos o más partes y que engendra compromisos y efectos jurídicos por sí mismo. Y, ya que estos negocios no son contratos, hemos de precisar más diciendo que se trata de negocios bi/multilaterales, figura tardía que acabó por imponerse en Alemania para superar a la de los propios contratos administrativos, frente a todos aquellos (MAYER, paladinamente) que sólo consideraban los negocios jurídicos unilaterales.

2) Decimos también que son negocios concluidos entre una Administración y una o varias personas, naturales o jurídicas, sometidas al Derecho Privado<sup>140</sup>.

Por convenios de colaboración se quiere hacer referencia aquí a aquellos pactos firmados con particulares, no con otras Administraciones, lo que excluye del objeto de nuestro estudio a los convenios de colaboración interadministrativos recogidos en el art. 6 de la Ley 30/1.992. Al reformado art. 6 se han sumado también, en la misma ley, nuevos preceptos en la materia: la D. Ad. 13ª y el apdo. 4º del art. 7. Además de esto, siguen igual los llamados convenios de Conferencia sectorial (art. 5.5)<sup>141</sup> y los convenios interadministrativos para la encomienda de gestión (art. 15.4).

3) En estos convenios, la Administración se dirige a los particulares; es ella la que necesita la ayuda de los administrados. Ya hemos elucidado en este trabajo que aunque la mayoría de autores hablen de que el particular colabora con la Administración, nosotros estimamos que tal colaboración no es deseada por el particular de manera directa, o ni siquiera indirecta, sino que se produce como efecto subsiguiente a la firma del convenio. Sería bastante más lógico y respondería mejor al mecanismo de fomento que se esconde en muchos de estos convenios pensar que

<sup>140</sup> El recurso a la pactación de actividad administrativa no está prohibido por la Constitución. El art. 103 CE consagra un principio de intercambiabilidad de las formas de la actuación administrativa, de modo que depende de ella elegir un modo clásico de intervención (unilateral) o uno más consensuado (que puede ir desde la simple consulta a la conclusión de acuerdos sustitutivos del acto administrativo), siempre que sirva con objetividad los intereses generales y, en este último caso –como ya dijimos– así se lo permita la normativa sectorial. En esta lógica hay que entender también la opción por un medio de policía, fomento, prestacional o de servicio público.

<sup>141</sup> Convenios de Conferencia sectorial que muchos autores ven como una clase de convenios de colaboración, de los que lo diferencia el órgano en cuyo seno se toman, o sea, una Conferencia sectorial. Vid. ALBERTÍ ROVIRA, E., Relaciones entre las Administraciones Públicas, en la obra colectiva, La nueva ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común (dirigida por LEGUINA VILLA, J., y SÁNCHEZ MORÓN, M.), Madrid, 1.997, pág. 67.

es la Administración la que colabora con los particulares para, así juntos, poder mejorar en algo la comunidad de intereses gestionada por la Administración<sup>142</sup>. De todas formas, parece innegable que la colaboración a que se alude en espíritu con la expresión “convenios de colaboración” es a la de los particulares, pero como simple efecto correlativo y externo de la búsqueda de sus intereses egoístas en el pacto.

4) El objeto del convenio suele ser no exclusivamente patrimonial. Puede serlo en los convenios de ejecución (como los expropiatorios o los urbanísticos, por ejemplo<sup>143</sup>) o en los de terminación convencional (por ejemplo, en la del art. 13 del R.D. 329/1.993, de 26 de marzo, sobre procedimiento para la petición de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas). Tampoco tendrán carácter patrimonial en absoluto los convenios en los que se fomente el ejercicio privado de funciones públicas. Ya hemos comentado antes la exclusividad del objeto de los contratos, de modo que si un convenio [como recuerda el art. 3.1, d)] versa sobre una materia contractual administrativa típica, atípica o privada (en estos dos últimos casos si un reglamento o ley así lo recoge), será un contrato administrativo típico, atípico o privado. Aun así, consideramos que la opción del Legislador del TRLCAP de hacer depender la distinción entre los contratos y los convenios exclu-

\*\*\*\*\*

<sup>142</sup> Es la Administración la que se acerca al particular, pidiéndole su colaboración. Así lo recoge –en relación con las empresas colaboradoras de la ITV– la STS de 13 de octubre de 1.997 (Ar. 7.439) al decir que: “...cuando el poder público acude a la empresa privada para pedir su colaboración en el ejercicio de una función pública, surge entre ellas un vínculo, cuya naturaleza está muy próxima a una relación contractual. Podría incluirse en los denominados convenios de colaboración a los que se refiere el artículo 2º.7 de la Ley de Contratos del Estado, que se regularán por sus normas peculiares, y supletoriamente por la de los contratos de la Administración, siéndoles aplicables, en todo caso, los principios de dicha contratación.”. En apoyo de esta tesis nuestra, si bien interpretándola en un sentido mucho más restringido, se encuentra HUERGO LORA, A., *Los convenios urbanísticos*, Civitas, Madrid, 1.998, pág. 128, para quien en los convenios de colaboración, a diferencia de lo que ocurre en los “contratos ordinarios” regulados en la LCAP, la Administración no persigue un interés contrario al del contratista, enriqueciéndose a costa de la prestación de éste, sino que colabora en una actuación del particular, favoreciendo su realización porque coincide con el interés general que representa. De estas palabras y de otras vertidas en la página anterior se desprende que este joven autor conceptúa los convenios de colaboración dentro del género de los contratos, calificándolos de contratos “no ordinarios”, en contraposición a los regulados en el TRLCAP. Y, sin embargo, no integra dentro de los convenios de colaboración a los convenios urbanísticos por entender que en ellos no se trata de favorecer actividades privadas de interés público y por el tenor de la Disp. Adic. 4ª. En nuestra opinión, si bien es cierto que en los convenios urbanísticos existe una importante contraposición económica o patrimonial de intereses (el objeto suele ser un bien inmueble o el pago de determinadas cantidades), no es escamoteable nunca la permanencia de una parcela de colaboración entre las partes, visible no sólo en la existencia de cierta comunidad de fines sino en la especial atención que la Administración presta a las cosas o prestaciones del particular concretamente afectado por el proceso urbanizador (el convenio se suele realizar *in tuitu personae*), elementos estos que, junto a otros ya suscitados en esta investigación, incorporan de lleno los convenios urbanísticos en la especie de los convenios de colaboración. Además, la Disp. Adic. 4ª viene a confirmar expresamente lo contrario, esto es, que aquellos convenios de objeto contractual (muchos de los urbanísticos tienen tal carácter, al tratarse de contratos de obras o de contratos especiales recogidos en normas urbanísticas) están incluidos en el ámbito objetivo del TRLCAP, en consonancia con el art. 3.1, d) TRLCAP.

<sup>143</sup> Imaginemos, por ejemplo, un convenio urbanístico de ejecución del planeamiento en el que el particular ve reducida la superficie que tiene que ceder al Ayuntamiento a la hora de edificar, por ejemplo, o por el que se le recalifican terrenos. El beneficio aquí es estrictamente jurídico, si bien puede incidir, si el particular lo desea, en su economía propia (verbigracia, caso de vender).

sivamente del criterio sustancial (o sea, del objeto), como hace el art. 3.1, d) no es acertada, ya que la principal distinción entre ambas figuras se encuentra en la causa del negocio<sup>144</sup>.

5). Los particulares realizarán actividades de hacer, dar o no hacer, y podrá consistir tanto en la modulación de su actividad anterior al pacto (actas de concierto, por ejemplo), lo que será la regla normal, o en actividades nacidas propiamente del convenio (como es el caso de la terminación convencional de los procedimientos administrativos).

6). Se busca por la Administración fomentar actividades privadas que puedan tener interés público. Este interés público será directo o indirecto, de manera paralela a como ocurre con los contratos de la Administración (art. 5 TRLCAP). En ningún caso se perseguirá por la Administración un interés exclusivamente privado, ya que la Administración, si el pacto es lícito, siempre habrá de buscar el interés general, de manera más cercana o más remota, al que se debe. Una interesante sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha intentado distinguir entre necesidades de interés general que no tengan carácter industrial y mercantil y necesidades de interés general con carácter industrial y mercantil, llegando a la conclusión de que las empresas privadas pueden ayudar a los Organismos Públicos a conseguir cualquiera de las dos<sup>145</sup>.

144 Mientras que ambas instituciones se destinan a servir los intereses generales (tal es la vocación de la Administración en todo caso y también aquí, buscándolos de manera consensual), en los contratos el beneficio general se consigue gracias a la prestación que la Administración realiza a la sociedad (con la ayuda puntual del contratista), mientras que en los convenios de colaboración la prestación principal la realiza siempre el particular que conviene. Y no digamos nada sobre las diferencias de ambas figuras en cuanto a su régimen jurídico, posiciones de las partes y márgenes de negociación disponibles para el administrado... Pero como el Legislador sólo ha puesto el acento en un criterio sustancial, en aras, tal vez, de evitar que la Administración pueda usar fraudulentamente los convenios como si fueran contratos, podría llegarse a la paradoja no prevista por la *mens legislatoris* de que por la vía de los convenios de colaboración nacidos del art. 4 TRLCAP se pudieran meter auténticos contratos administrativos atípicos sin regulación propia, ya que el art. 3.1, d) sólo incluye en el ámbito del TRLCAP los convenios con objeto de contrato administrativo atípico recogidos expresamente en reglamentos. En estos casos tendrá que ser la jurisprudencia la que incluya estos convenios en el seno del TRLCAP, levantando el velo del convenio.

145 Se trata de la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de noviembre de 1.998, recaída en el asunto C-360/96, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, por el Gerechtshof te Arnhem (Países Bajos), en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden y BFI Holding BV. En esta sentencia, se partía de que el párrafo segundo de la letra b) del artículo 1 de la Directiva 92/50 debía interpretarse en el sentido de que el legislador distingue entre, por una parte, necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil y, por otra, necesidades de interés general que tienen carácter industrial o mercantil. Además, la existencia de una competencia desarrollada y, en particular, el hecho de que el organismo de que se trate actúe en situación de competencia en el mercado, puede ser un indicio de que no se trata de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil. Pero, no obstante ello, "...el concepto de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil no excluye las necesidades que también son o podrían ser satisfechas por empresas privadas...".

7). Los convenios de ejecución o fijación (convenios expropiatorios, convenios urbanísticos de ejecución del planeamiento –(no los de modificación, al afectar al ejercicio de una potestad administrativa–, etc.) siguen siendo convenios no contractuales (de fijación de obligaciones previamente establecidas en las normas), aunque con un importante componente real, por lo que, en virtud del art. 3.1, d) TRLCAP se excluyen también del ámbito objetivo del TRLCAP y aunque tengan una naturaleza materialmente muy cercana a la contractual, prima en ellos, formalmente, la faceta de colaboración que hace que sigan siendo convenios y no contratos administrativos puros. En la mayoría de los convenios de colaboración no contractuales –y paladinamente en los ambientales, que vamos a tratar en la segunda parte de este estudio– se excluye la aplicación del principio de libre concurrencia (salvo que la normativa sectorial específica diga lo contrario), ya que al ser celebrados in tuitu personae (en la mayoría de los casos), o, en menor medida, in tuitu rei (en casos de gestión paccionada de espacios naturales, por ejemplo) determinan una individualización de la parte privada con la que se ha de pactar. Cuando hablamos de individualización, esto es, del carácter in certam personam de los convenios de colaboración queremos referirnos a todos los convenios (tanto los celebrados in tuitu personae como in tuitu rei) ya que la actividad o la prestación llevadas a cabo por un concreto particular, o la situación en la que éste se encuentra, son determinantes de la firma del convenio, pues sólo ella está en condiciones de prestarla, no siendo indiferente para la Administración celebrarlo con otra persona. El interés general por tanto, justifica aquí convenir con esa concreta persona y excluir, para los casos en que se dé con mayor claridad esta circunstancia, la aplicación del principio de concurrencia (que sí existe y es regla esencial en la adjudicación de subvenciones). El principio de publicidad siempre podrá aplicarse, para que puedan presentarse, y alegar lo que a su derecho convenga, los demás interesados y afectados por la celebración de ese convenio<sup>146</sup>. Obviamente, la publicidad y la concurrencia se deberán aplicar en aquellos convenios de objeto contractual administrativo, que son realmente, repetimos, contratos administrativos especiales.

\*\*\*\*\*

<sup>146</sup> De todas formas, como ya se apuntó, el carácter de pacto *in certam personam* no excluye de por sí el carácter contractual de los convenios. Se trata de un rasgo propio muy característico pero que, por sí mismo, puede también darse en los contratos administrativos que se celebren por el procedimiento negociado. Lo que realmente excluye la naturaleza contractual en los convenios de colaboración es precisamente su objeto, como deja sentado sin ambages el art. 3.1, d) del TRLCAP y ha confirmado, por ejemplo, la ya citada STJCE de 12 de julio de 2.001 (Sala Sexta), en el caso *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi, Piero de Amicis, Consiglio Nazionale degli Architetti y Leopoldo Freyrie c. Comune di Milano*, en cuyo parágrafo 71º consagra que a un convenio urbanístico se le aplica la normativa comunitaria sobre adjudicación de los contratos públicos de obra aunque sólo quepa contratar con una única persona, de forma que “dicha circunstancia no basta para excluir el carácter contractual de la relación que se establece entre la Administración municipal y el urbanizador, puesto que el convenio de urbanización celebrado entre ambos determina las obras de urbanización que el encargado de ejecutarlas debe realizar en cada caso, así como los requisitos correspondientes, incluida la aprobación de los proyectos de dichas obras por el Ayuntamiento”, esto es, cuando el objeto del convenio establece las relaciones típicas de un contrato administrativo de obras.

La faceta contractual administrativa supone las siguientes consecuencias para los convenios de objeto contractual<sup>147</sup>:

– carácter vinculante para la Administración que los suscribe, quien no podrá desligarse de ellos “por su exclusiva voluntad” (STS de 29 de abril de 1.989);

– mantenimiento de las prerrogativas administrativas propias de los contratos pero sometiénolas a las garantías para el contratista de la LCAP (STS de 7 de mayo de 1.986, donde se declara la nulidad del acuerdo de resolución unilateral de la Administración por incumplimiento del contratista, por haberse realizado sin las garantías necesarias que marca la ley);

– cumplimiento de los requisitos de forma, procedimiento y publicidad que recoge el TRLCAP, en la válida celebración y perfección de los convenios (STS de 15 de noviembre de 1.988, donde, a pesar de que el convenio urbanístico era de modificación del planeamiento, la prestación administrativa se limitaba a la obligación del Alcalde a “proponer” al Pleno la modificación en el sentido acordado);

– Serán convenios de tipo administrativo, por lo que la jurisdicción competente es, a todos los efectos, la contenciosa (STS de 2 de enero de 1.980)<sup>148</sup>.

– Posible nacimiento de responsabilidad contractual en caso de incumplimiento por parte de la Administración (SSTS de 29 de abril de 1.989 ó 4 de enero de 1.983), al contrario de lo que ocurre, por ejemplo en los convenios urbanísticos de modificación del planeamiento, donde la responsabilidad de la Administración es normalmente extracontractual, al carecer el convenio de fuerza vinculante. A veces, sin embargo, la jurisprudencia hace derivar de ellos responsabilidad extracontractual.

Veamos ahora la naturaleza jurídica del género convenios de colaboración, recogiendo las líneas maestras definidas de las características comunes que se aprecian

\*\*\*\*\*  
<sup>147</sup> Algunas de las cuales señala FONSECA FERRANDIS, F. E., *Los convenios urbanísticos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, RDU y MA n.º. 179, enero-feb., 1.998, págs. 99-105.

<sup>148</sup> Cfr. SANZ PÉREZ, D., *Algunas notas sobre los acuerdos ambientales como instrumentos de gestión ambiental*, en Revista Mensual de Gestión Ambiental, año 1, n.º. 12, diciembre 1.999, pág. 8. Muy interesante resulta su idea acerca de cuál sea el interés público ínsito en los acuerdos voluntarios, y que no es otro que el abstracto y general interés público que puede tener la Administración en una intervención pública eficaz que permita mantener y mejorar el equilibrio necesario entre la evolución industrial y la protección ambiental. Esto implica partir de la concepción por nosotros asimilada de que caben acuerdos extra procedimentales, en los que no existe una norma concreta en la que se determinan con exactitud los intereses generales ambientales a proteger por el acuerdo y que es la misma razón por la que consideramos que todos los acuerdos o convenios voluntarios de colaboración Administración-particulares son de carácter público y nunca privado (salvo excepciones), por constituir en sí mismos una nueva manera de administrar en la que se complacen, de suyo, los intereses generales. La causa del acuerdo sería ilícita cuando no se complacen esos intereses generales y con él se ha producido una desviación pública o privada de poder, sin que la amenaza administrativa de actuar unilateralmente en caso de fracaso o incumplimiento del acuerdo por causa imputable a la parte privada pueda considerarse como un elemento capaz de viciar la *causa contrahendi* de la empresa/s que convinieron, ya que queda en su última voluntad hacerlo o no.

en los diferentes tipos de convenios estudiados en esta investigación. Para ello nada mejor que valernos de la autoridad de alguna jurisprudencia civil recaída sobre esta resbaladiza figura, más creíble si cabe que la contenciosa al estar ésta “viciada” de alguna manera por la huella pública que la Administración imprime siempre en su actividad. Se trata de la STS de 16 de enero de 1.990 (Sala de lo Civil). En esta sentencia se ventila la corrección de la jurisdicción civil para entender de unos convenios de colaboración suscritos entre el Instituto Nacional de la Vivienda y una empresa Inmobiliaria para la promoción de la construcción de viviendas sociales. La sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, recurrida ante el Tribunal Supremo, declara que la civil es la jurisdicción competente, por entender que tales convenios tenían naturaleza privada. Sin embargo, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo casará esa sentencia para otorgarle competencia a la jurisdicción contenciosa, en la inteligencia de que tal figura tiene naturaleza contractual pública.

El Fundamento de Derecho 2º no tiene desperdicio. Claro que habrá de tenerse en cuenta que la sentencia aplica el Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado, reformado por última vez por la Ley de 17 de marzo de 1.973, que introdujo la exclusión del art. 2.7, relativa a los convenios de colaboración, y que no se aplicó la redacción dada por la Ley 37/1.988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1.989, que otorga la letra definitiva al art. 2.7 de la Ley de Contratos del Estado; éste ha pasado de manera idéntica –salvo el último inciso, no relativo a los convenios de colaboración– al art. 3.1, d) TRLCAP:

*“...de esa normativa se desprende que la Jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las cuestiones referentes a los contratos celebrados por la Administración cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos y que los arts. 19 y 1 de la Ley de Contratos del Estado según D. 923/1965, de 5 de abril otorga tal competencia en lo relativo a la resolución de todas las cuestiones derivadas de los contratos administrativos, por lo que, se agrega, los llamados «Convenios de colaboración» a que se contrae el litigio de 28 de abril de 1.978 suscritos para estimular la promoción de las denominadas viviendas sociales son unos de los instrumentos utilizados por la Administración para la promoción, construcción y venta de viviendas de tipo social dentro de un Plan Estatal a tenor del R. D. 2380/1.977, por lo que dichos convenios constituyen una categoría especial de contratos administrativos que cabe incluirlos en los llamados «contratos de subvención» “.*

Henos aquí con dos notas fundamentales: el Tribunal considera estos convenios de colaboración como contratos administrativos “especiales”, o sea, no “típicos”, no recogidos en la Ley de Contratos. No son ni contratos de obra, ni de servicio públi-

co, ni de suministro, ni de consultoría y asistencia ni de servicios; son contratos administrativos con otro objeto. ¿De qué objeto se trata?<sup>149</sup>. Posiblemente por entender que tras la veste de convenio se escondía un contrato administrativo atípico parecido al de obras. El Supremo observa los convenios desde la faceta del fomento público de determinadas actividades privadas que tienen interés público. Por ende, concluye, son contratos administrativos de subvención: la subvención es una figura que muchos autores califican de contrato, y que mayoritariamente todos reconocen como de Derecho Público. Y, en efecto, en muchos convenios de colaboración se otorga una subvención al particular que conviene; en muchos, pero no en todos: en los convenios expropiatorios, en muchos convenios urbanísticos, por ejemplo, no hay subvención al uso. Pero, una vez más, según el concepto –lato o stricto– que tengamos de subvención podremos calificar a todo el género convenio de colaboración como contrato administrativo de subvención. Es evidente, que con los convenios se pretende estimular a un particular a mejorar, modular o empezar a prestar determinados servicios que pueden redundar en beneficio de la colectividad. Y decimos estimular porque nosotros entendemos que es un término más amplio que fomentar. Por fomento entendemos un determinado tipo de actuar administrativo, con características innatas de gratuidad o de donación modal, con lo que la reciprocidad de la relación se resiente, emergiendo de la misma con mayor importancia la prestación del fomentado, que es la principal, la que busca la Administración.

Esto no obsta para que algunos autores entiendan que la subvención (figura típica del fomento) es un contrato, un *do ut des*. Pero, siendo ello cierto, no lo es menos que en ese contrato siempre primará cualitativamente (y generalmente también cuantitativamente) la actividad administrativa sobre la del particular. Es igualmente evidente que toda la actividad convencional de las Administraciones para con los administrados no se agota en relaciones de fomento o subvención, razón por la cual la Administración puede estimular determinadas conductas de los particulares no

<sup>149</sup> La caracterización de los contratos administrativos a través de su objeto y no por la jurisdicción que los regula se o por la normativa que los recogiera es algo que hoy nos parece evidente, pero que no lo era tanto hace sólo medio siglo. Ya ENTRENA CUESTA, R., *Consideraciones sobre la Teoría general de los contratos de la Administración*, en R.A.P., n.º 24, 1.957, pág. 60 y ss., entendía que el criterio a usar para dilucidar si estamos o no frente a un contrato administrativo no es el del sujeto que lo firma, la jurisdicción que resuelve los problemas de él derivados, el contenido o la forma que tenga. Para él, es el objeto el criterio que más se aproxima a diferenciarlo de los contratos privados de la Administración. En su opinión, un contrato es administrativo cuando se cumplen dos requisitos: – que el objeto inmediato y directo del mismo sea una obra o servicio público, entendido esto último *lato sensu*, como satisfacción del interés general; – que la competencia exclusiva sobre el servicio público sea de una de las dos partes (entendemos que será siempre de la parte pública, a no ser que se dé entre dos Administraciones distintas).

sólo por medio del fomento o de la subvención, sino también relacionándose con ellos siguiendo otros mecanismos, contractuales o no<sup>150</sup>.

Vemos, pues, una fractura entre determinados convenios de colaboración que pueden responder al esquema del fomento (puntualmente de la subvención) y otros que no. Entre los primeros se encuentran las actas de concierto de los Planes de Desarrollo, los convenios realizados para el fomento de actividades educativas, culturales, etc., y, entre los segundos, los convenios urbanísticos, expropiatorios, la terminación convencional de los procedimientos del art. 88 de la Ley 30/1.992, etc. La conclusión de que aquellos convenios sobre los que versaba la sentencia eran contratos administrativos de subvención nos parece, pues, correcta, salvando la distinción hecha ahora aquí.

Esto nos invita a expresar una intuición que, a estas alturas de nuestra investigación, se ha hecho convicción: la evidente relación que muchos convenios de colaboración con particulares tienen con la prestación de un servicio público<sup>151</sup> (sanitario, asistencial, educativo, etc.) por medio, generalmente, de técnicas de fomento, nos permite incluir estos tipos de convenios entre los contratos administrativos especiales, al contrario de lo que ocurre con los convenios de colaboración no contractuales, esto es, convenios de colaboración en sentido estricto<sup>152</sup>.

<sup>150</sup> Ya hemos citado aquí que el convenio expropiatorio no responde al esquema subvencional o de fomento, pero que, aun así, es un convenio. Se trata, en nuestra opinión, de un convenio de colaboración de ejecución, que viene a determinar el grado o cuantía de una obligación previamente establecida por la Administración, en el ejercicio de una potestad administrativa. Este tipo de convenios no puede ser cubierto por la *species* de los convenios de fomento (y menos aún por la de los contratos de subvención). En el convenio expropiatorio las dos partes (la administrativa y la del expropiado) son igualmente importantes, están en posición de igualdad cualitativamente hablando, ya que ambos intercambian bienes equivalentes: generalmente dinero a cambio de una cosa, pero también cosa por cosa o cosa por actividad, etc, pero siendo la prestación del particular esencial para la existencia del negocio. Igualmente, en un convenio urbanístico, un particular puede intercambiar una finca por otra del Ayuntamiento, o ceder a éste parte del suelo del edificio edificado a raíz de la posibilidad de construir otorgada por el Ayuntamiento al cambiar la programación del suelo, etc.

<sup>151</sup> Ello supone el reconocimiento de una zona de sombra entre los contratos administrativos de gestión de servicios públicos y los convenios de colaboración (especialmente aquellos de fomento). Sin embargo, cabe apreciar una diferencia importante: mientras que en éstos la prestación del particular ya se venía realizando antes del convenio, en aquéllos tal cosa puede o no ocurrir. Entiéndase *lato sensu* el concepto de servicio público como hace, por ejemplo, GARRIDO FALLA, F., *El Concepto de Servicio Público en Derecho español*, en R.A.P., n.º 135, 1.994, pág. 21, no como el concepto equivalente a giro o tráfico de la contratación administrativa sino como un conjunto de prestaciones técnicas que ofrece la Administración a los ciudadanos, de manera permanente y regular, a través de un conjunto de medios materiales y humanos de titularidad pública y en régimen jurídico especial. Ésta última nota está en crisis, ante la conocida huida del Derecho Administrativo, que viene empleando formas jurídicas privadas para gestionar servicios públicos, con la correlativa rebaja de potestades exorbitantes.

<sup>152</sup> En esta línea, Vid. GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo* (II), Capítulo III: "Servicios públicos y Actividades privadas de Interés público", 10ª ed., Tecnos, Madrid, 1.992. Garrido dedica el Capítulo III a las actividades privadas de interés público, definiéndolas como actividades que realiza un particular y que, por su importancia para el interés general, quedan sometidas a una reglamentación administrativa especial, como "servicios de interés público". La actividad continúa siendo privada, pero la persona sobre la que recae esta reglamentación se acerca al estatuto de un concesionario o de un establecimiento público, sin serlo. Y esa reglamentación ("ordenamientos jurídicos sectoriales" los llamaba Giannini) podría establecerse, en nuestra opinión, a través de convenios

Dentro de los primeros, lógicamente, cabría citar también los convenios que un Ayuntamiento podría suscribir con entidades sin ánimo de lucro para, por ejemplo, dar de comer a los desfavorecidos de un barrio, los convenios ambientales, los conciertos educativos con colegios privados, algunos convenios de la Ley General Sanitaria, etc.<sup>153</sup>. Dentro de los segundos, los convenios urbanísticos, los expropiatorios, fiscales, de precios, más todos los que supongan la terminación convencional de un procedimiento administrativo, convenios que tienen, además, otro rasgo definitorio: no responder al paradigma típico de colaboración para el fomento de actividades privadas de interés público. En ellos no se realiza ninguna actividad por parte del particular, sino que se pacta algo concreto: poner fin, por razones de eficacia, generalmente, a un procedimiento administrativo. Este segundo tipo de convenios son los que estarían excluidos del ámbito del TRLCAP, por ser figuras diferentes a los contratos de la Administración, si bien el interés público se modula con los intereses del particular<sup>154</sup>.

Sigue así el Fdto. Jco. 2º de la sentencia aludida:

*“... y cuya especialidad radica precisamente en la mayor intensidad de la presencia pública o mayor «autoritas» (sic) de la Administración; y es que, se añade, no existe en tales convenios la recíproca prestación del promotor –en cuanto a la causa del mismo– sino que por el fin de orden social que persiguen son unos instrumentos de política social en los que se ofrecen condiciones ventajosas para los promotores, no en su propio beneficio sino, en rigor, en el de los destinatarios finales de las viviendas contribuyendo así al fomento del empleo, por lo que estos convenios están «preñados» –sic– de contenido público, puesto que tanto por su contenido, su especial causa, su régimen jurídico, justifican su exclusión enjuiciadora del orden civil...”.*  
Aquí se expone la explicación a la que hacíamos alusión más arriba.

de colaboración, que, en este caso, claramente tendrían naturaleza de contrato administrativo atípico, por estar vinculado a la colaboración para la obtención del bien público, dentro del giro o tráfico de la Administración competente para firmarlo, claro está (pág. 385 y ss.).

<sup>153</sup> Vid. CASSAGNE, J. C., *El Resurgimiento del Servicio Público y su Adaptación en los sistemas de Economía de Mercado (Hacia una nueva concepción)*, en R.A.P., nº. 140, 1.996, para quien es un hecho que estamos viviendo una etapa de crisis y adaptación de la institución del servicio público a los nuevos aires de economía liberal. Estos cambios inducen a que se busquen nuevas formas de articulación jurídica de la prestación de estos servicios. Y esto no deja de ser algo normal, ya que el Derecho Administrativo es posiblemente la rama del Derecho más sensible a los cambios sociales; y si es habitual y realista la crítica que se le hace al mundo jurídico de ir por detrás de la realidad social, de no alcanzarla debido a los cambios que en ella se producen con celeridad, tal crítica es menos aplicable al Derecho Administrativo (pág. 95).

<sup>154</sup> Nos parece que es a este tipo de convenios de colaboración al que mejor le viene la definición expresada por García de Enterría y Fernández Rodríguez cuando definen los convenios de colaboración suscritos entre Administración y particulares en general. En efecto, estos autores creen que los convenios de colaboración (que ellos denominan también como conciertos en su particular nomenclatura) “no suponen ningún ejemplo de colaboración contractual entre partes, un fenómeno económico de intercambio, sino, por el contrario, un simple acuerdo sobre la medida de una obligación, o de una ventaja, típicas de una relación de sumisión jurídico-pública previamente establecida entre la Administración y la persona con quien ella conviene”. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. M., *Curso de Derecho Administrativo, opus cit.*, pág. 667.

El Supremo entiende que en los convenios de colaboración la presencia de la Administración es principal, esto es, la prestación de la Administración (el Estado, en este caso), marginando la posible contraprestación del particular –que es la prestación accesoria–. Este desequilibrio contractual se explica atendiendo a los fines de los convenios, que no son favorecer al particular conveniente sino al público al que éste sirve y en quien redundo, de manera remota o indirecta, la actividad de fomento, la subvención, otorgada al particular –beneficiario directo de la misma–. Aquí hemos de expresar nuestras reservas respecto de la postura del TS, en el sentido ya indicado de la búsqueda egoísta por el particular que conviene de su interés propio, siendo su prestación la principal, deseada y atraída por la Administración. El hecho de que el convenio esté “preñado” de interés público no impide –a nuestro juicio– abogar por la primacía de la prestación del particular, que es la que se considera de interés público, siendo ella la auténtica causa del negocio para la Administración<sup>155</sup>.

También yerra, a nuestro entender, el Supremo en otro matiz: aduce que la auténtica especialidad de los convenios de colaboración radica en la intensidad de la presencia pública (en comparación con el resto de los contratos administrativos), en la “autoridad” que despliega en ellos la Administración. Esto último nos parece especialmente importante, pues para nosotros, antes al contrario, mientras que en el contrato administrativo típico la Administración mantiene su potestas (visible, entre otras cosas, en las exorbitancias de interpretación, resolución unilateral, de modificación, etc.), conservando una posición de superioridad durante la vida del contrato (no así antes de firmarlo, como hemos tenido ocasión de explicar en esta investigación, donde las partes convienen, por supuesto, voluntariamente) en los convenios de colaboración excluidos, del art. 3.1, d) TRLCAP, la Administración se desviste de su ropaje de *potentior persona*, y aparece desnuda delante del particular (antes y durante la vida del contrato) al que, a diferencia de lo que ocurre en los contratos típicos, tiene que “convencer” o persuadir para que suscriba el convenio (a diferencia también de la actividad administrativa unilateral clásica de la Administración, donde ésta impone su *puissance publique* por medio de actos o disposiciones administrativas). Es decir, a pesar de que tanto en el contrato como en el convenio los particulares aceptan voluntariamente y de *motu proprio* comprometerse con la Administración, el particular contratante sabe que ante sí tiene un cordero que luego se transformará en lobo, en una Administración investida de todos sus privilegios –que desplegará des-

\*\*\*\*\*

<sup>155</sup> En los contratos administrativos la prestación del particular es también la esencial (suministros, obras, gestión de un servicio público), como ocurre en los convenios, a diferencia de lo que ocurre en los contratos privados, donde las dos prestaciones son igualmente importantes. Existiendo en ambos la sinalagmaticidad de las prestaciones la equivalencia entre ellas se da sólo en los privados. Así lo considera también DE SOLA RAFECAS, J. M., *Contratos administrativos y Contratos privados de la Administración*, Editorial Tecnos, Madrid, 1.990, pág. 55.

pués durante la vigencia del contrato; es decir, va a contratar de igual a igual y voluntariamente con una Administración que aunque no en acto, ya es, en potencia, antes de firmar, una Administración clásica. Esto no ocurre –como venimos sosteniendo– en los convenios de colaboración, donde la posición de las partes es de igualdad y la importancia de las prestaciones se desequilibra a favor de la del particular, deseada como es en concreto –*in tuitu personae*– por la Administración<sup>156</sup>. Este carácter individualizado de los convenios hace que los principios de publicidad y concurrencia sólo puedan ser aplicables en la medida en que lo establezca su regulación sectorial concreta (y subsidiariamente el TRLCAP).

Efectivamente, tal cosa no tiene por qué ocurrir con los convenios de colaboración excluidos del TRLCAP, en los que la Administración, durante la existencia del convenio, sólo usa, generalmente, su autoridad, no su potestad, careciendo normalmente de prerrogativas y rigiéndose por su normativa administrativa específica (cuando exista)<sup>157</sup>. Aquellos convenios de colaboración regidos por el TRLCAP (por tener idéntico objeto al de cualquiera de los contratos administrativos o privados típicos de la ley, ya al de cualquier otro contrato administrativo o privado atípicos recogidos en normas administrativas especiales, seguirán siendo convenios de colaboración) se asimilarán a auténticos contratos administrativos o privados y se regirán por su normativa básica (TRLCAP) en la medida en que ésta lo diga.

La contractual es la verdadera naturaleza material de los convenios de colaboración incluidos en el ámbito objetivo del TRLCAP, como se desprende del art. 3.1,d) del TRLCAP.

Así pues, ésta es la interpretación que nos parece más correcta de este intrincado enunciado: existe una categoría jurídica llamada “convenios de colaboración”. Esta

<sup>156</sup> Recuérdese que los contratos administrativos son típicos contratos de adhesión, donde al contratista sólo le cabe aceptar o no el Pliego de condiciones particulares aprobado por la Administración contratante, con la excepción de los contratos adjudicados por el procedimiento negociado, donde las partes pueden pactar, en atención a la especialidad de su objeto (un tanto *in tuitu personae*, como ocurre en los convenios) las cláusulas del acuerdo, como disponen los arts. 73.4 y 92.3 TRLCAP. En los convenios, en cambio casi siempre existe una negociación del contenido del acuerdo. Cfr, por ejemplo, GIL IBÁÑEZ, J. L., Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, 2ª edición, Colex, Madrid, 2.000, págs. 32 y 33, calificando los contratos administrativos como contratos de adhesión, que resultan de obligado acatamiento para las partes como si de un contrato privado se tratara.

<sup>157</sup> Así lo ha entendido también ARIÑO ORTIZ, G., *El Contenido de la Relación contractual: sus Principios informadores, Documentación Administrativa*, nº. 121, 1.968, cuando niega la posibilidad de que se puedan introducir en un contrato privado de la Administración las potestades administrativas de la contratación pública. Él alega la imposibilidad de que ello sea posible por obra del art. 1256 C.C., según el cual, la validez y cumplimiento del contrato no puede dejarse en manos de una de las partes, págs. 56 a 58. En sentido contrario, CARRETERO PÉREZ, A., *opus cit.*, pág. 125, quien opina, con GARCÍA DE ENTERRÍA, que la mayoría de los privilegios que posee la Administración en estos contratos se pueden dar también en los privados, y que no definen por sí a un contrato como administrativo.

figura puede ser usada tanto por las Administraciones entre sí como entre éstas y los particulares, ya sean personas físicas (más raro) o jurídicas (empresas –sobre todo–, asociaciones sin ánimo de lucro, fundaciones, etc.). Los convenios de colaboración interadministrativos están excluidos de la Ley de Contratos del Estado por la letra c) del art. 3.1 TRLCAP. Su régimen jurídico está recogido principalmente en el artículo 6 de la Ley 30/1.992, redactado conforme a la Ley 4/1.999, de 13 de enero y en el art. 57 de la Ley 7/1.985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local. Estos convenios obedecen a la necesidad de auxilio recíproco, colaboración y asistencia entre Administraciones, principios rectores de las relaciones administrativas recogidos en la letra d) del apartado 3º del artículo 4 de la Ley 30/1.992, y en los apartados 3º, 4º y 5º del mismo artículo redactados por la citada Ley 4/1.999, de 13 de enero. Estos convenios se excluyen de la Ley de Contratos por varias razones y, por tanto, no estarán directamente sujetos a las reglas básicas de concurrencia, publicidad, capacidad, etc., del TRLCAP. Ésta es una exclusión absoluta: se excluyen todos los convenios de colaboración interadministrativos, sea cual sea su objeto<sup>158</sup>. El enunciado de la letra c) del art. 3.1 TRLCAP no deja lugar a dudas. Los motivos que se pueden dar para excluirlos del ámbito de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas son de variada índole: principalmente, porque es necesario un cauce más flexible e informal de relaciones interadministrativas que el que otorga la contratación administrativa<sup>159</sup>.

En efecto, las normas de los contratos administrativos recogidas en el TRLCAP exigen una serie de requisitos de difícil cumplimiento para las Administraciones: necesidad de clasificación, garantías de la contratación, capacidad y solvencia, etc... Por otro lado, la necesidad de dirigirse a una determinada Administración y no a

<sup>158</sup> Así lo ha confirmado el Informe 12/1.997, de 20 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, cuando afirma, respecto de los convenios interadministrativos de la letra c) del apartado 1º del art. 3 de la Ley 13/1.995, que el enunciado del art. 3.1, c) “permite sostener que los convenios de cooperación comprendidos en este último, es decir, los que se celebren con entes públicos, a diferencia de los convenios de colaboración con particulares, pueden tener por objeto el de los contratos regulados por la Ley de Contratos del Estado o por normas administrativas especiales...”. Consideración Jurídica 2ª.

<sup>159</sup> Esa y no otra debe ser mantenida como motivación principal de exclusión de los convenios interadministrativos del ámbito objetivo del TRLCAP. No cabría aquí hablar del principio de indisponibilidad de las potestades administrativas como razón, ya que, a diferencia de los convenios con particulares en los que la desviación de poder es una realidad y preocupación legítima, en el caso de los convenios interadministrativos, como explica RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *Los Convenios entre Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1.997, pág. 345, las dos partes buscan la satisfacción de intereses generales. Estos argumentos han erigido a los convenios de colaboración interadministrativos como “la forma normal de relacionarse las Administraciones Públicas, los Organismos Autónomos y los Entes Públicos sujetos en su concepto de órganos de contratación a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas...” (informe 68/1.996, de 18 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación, Consideración Jurídica 2ª). No obstante eso, ello no empece, sin embargo, a recelar de posibles desviaciones de poder públicas, de modo que el convenio satisficiera por vía convencional los intereses de la Administración opuesta más que los propios, lo que va más allá de una simple cooperación interadministrativa.

cualesquiera otras indistintamente no podría ser satisfecha siguiendo los procedimientos administrativos de preparación y adjudicación de los contratos administrativos, pues ni el uso del procedimiento negociado podría a veces llegar a esa conclusión<sup>160</sup>.

Junto a ellos están los convenios de colaboración firmados entre Administraciones y personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho Privado, que estamos estudiando en esta obra. En cambio, la exclusión a que hace referencia la letra d) del art. 3.1 TRLCAP no es absoluta sino relativa. Sólo se excluirán determinados convenios de colaboración de los suscritos entre Administraciones y particulares. Con ello se da a entender que hay convenios de colaboración de este tipo que se rigen enteramente por la normativa contractual. ¿Cuáles serán? Hasta la Ley 37/1.988, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1.989, se hablaba de convenios de colaboración para el fomento de actividades privadas (fundamentalmente económicas) de interés público. Antes de esa ley, decimos, todos los convenios de ese tipo (fomento) firmados entre una Administración y un particular estaban excluidos de la Ley de Contratos del Estado. Tras esa ley desaparece la alusión al fomento de actividades privadas de interés público, y se excluyen sólo aquellos convenios de colaboración cuyo objeto no sea similar al de los contratos regulados en el TRLCAP o al de otros contratos regulados en otras normas administrativas especiales. ¿Ha cambiado algo en el ámbito excluido de la ley para los convenios de colaboración tras esa Ley 37/1.988? ¿A qué obedece el cambio operado por la comentada Ley? Pues bien, el art. 2.7 de la Ley de Contratos del Estado, antes de la reforma operada por la Ley 37/1.988 decía así:

<sup>160</sup> Cfr. Informe nº. 12/1.997, de 20 de marzo, en cuya Consideración Jurídica 2ª se desglosan las dificultades normativas de la Ley 13/1.995, que incitan a las Administraciones a usar, como modo típico de relacionarse entre sí, los convenios de colaboración del art. 3.1, c) Ley 13/1.995 (o convenios de cooperación, como a veces se denominan también para diferenciarlos de los convenios de colaboración suscritos entre Administraciones y particulares del art. 3.1, Ley 13/1.995). Vid. igualmente en este sentido, los Informes 14/1.984, 37/1.985, 1/1.989, 6/1.989, 8/1.989, 11/1.994 o 25/1.994 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Comoquiera que el procedimiento negociado exige un mínimo de tres candidatos para una posterior adjudicación directa del contrato (y que sólo podrá usarse de manera excepcional) la conclusión que de aquí se saca es que no podrá utilizarse un contrato privado para contratar *in tuitu personae*, esto es, adjudicando a una única persona, que es lo que nos interesa, aunque de hecho se vengán realizando, siendo la competencia de esos tres candidatos más ficticia que real. No es necesario que todos ellos acrediten su solvencia o capacidad, si no sólo aquél a quien finalmente se adjudica el contrato. Esto, que no deja de ser una forma de flexibilizar aún más este procedimiento de selección del contratista, ha sido interpretado así por el Informe 9/1.998, de 11 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación, Consideración Jurídica 4ª. Vid. COSCULLUELA MONTANER, L. *Manual de Derecho Administrativo, 8ª edición*, editorial Civitas, Madrid, 1.997, pág. 411 y 412, donde expone este hecho y confirma lo paradójico que resulta que, a pesar de su carácter excepcional, el procedimiento de adjudicación directa haya sido el más utilizado, citando los informes del Tribunal de Cuentas.

«Los convenios de colaboración que, en virtud de autorización del Gobierno, celebre la Administración con particulares y que tengan por objeto fomentar la realización de actividades económicas privadas de interés público».

Como vemos, el enunciado parece querer decir que tampoco se trata de una exclusión absoluta, pues sólo se excluirían aquellos convenios de colaboración que tuvieran por objeto el fomento de actividades económicas privadas de interés público. Pero lo que ocurrió es que la jurisprudencia interpretó repetidamente que todos los convenios de colaboración firmados con particulares eran del tipo de fomento. Y lo que parecía una condición (=excluidos sólo si tienen por objeto el fomento de actividades económicas privadas de interés público) se hizo adjetivo (=todos los convenios de colaboración son de fomento, y, por tanto, todos están excluidos: actas de concierto, convenios de precios, acuerdos de Polos industriales...). E incluso se excluía algún tipo de convenios que no respondían al esquema del fomento, como los convenios fiscales o los convenios expropiatorios. Así, la STS de 23 de febrero de 1.999, que casó la del tribunal a quo aceptando como motivo de casación la infracción por ese tribunal del art. 2.7 de la Ley de Contratos del Estado, en referencia a determinados convenios expropiatorios:

*MOTIVOS DE CASACION:*

*Motivo primero.* - Al amparo del artículo 95.1.4 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción de las normas reguladoras de los Convenios entre la Administración y los particulares: violación del artículo 111 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, artículo 234 de la Ley del Suelo de 1.976, artículo 24 de la Ley de Expropiación Forzosa, artículo 2. 7 de la Ley de Contratos del Estado de 1965 y artículos 8 y 11 del Reglamento de Régimen Interior de la Gerencia Municipal de Urbanismo.

La probable razón para excluir también a los convenios expropiatorios y fiscales puede concretarse en que son figuras especiales, de naturaleza diferente a la contractual: por un lado son convenios de colaboración (la Administración colabora con los particulares, pactando el final de los procedimientos expropiatorio y tributario de inspección, respectivamente), pero por otro, no respondían claramente al esquema del fomento-subsidación. Comoquiera que hasta 1.992 no se contempló en nuestro Ordenamiento la terminación convencional de los procedimientos con el art. 88 Ley 30/1.992, la jurisprudencia, ante la ausencia de otra figura mejor, seguía considerando esos convenios bien como meros actos administrativos<sup>161</sup>, bien como con-

<sup>161</sup> Así lo entiende, por ejemplo, el Fundamento de Derecho 3º de la STS 6 de febrero de 1.999: "Dada la incuestionable naturaleza administrativa del convenio suscrito -en cuanto que está dirigido a la consecución de un fin de interés públi-

venios de colaboración de fomento (confundiendo éste con la mera búsqueda del interés general<sup>162</sup>). Pero a pesar de la masiva exclusión de los convenios de colaboración, el inciso segundo del párrafo primero del art. 3 del Reglamento General de Contratación amortiguaba el destierro.

Gracias a este precepto, a estos convenios excluidos se les seguirían aplicando supletoriamente las reglas sobre preparación, adjudicación y efectos del contrato de gestión de servicios públicos. Esta supletoriedad devenía casi siempre aplicación de primer grado ante la ausencia de principios similares en la normativa específica de los convenios, con lo que, de facto y salvo la ausencia de concurrencia (al ser convenios firmados, repetimos, *in personam*) seguían estando incluidos en la Ley de Contratos, si bien no de derecho.

Tras la Reforma de 1.988, se cambia la letra del art. 2.7 de la Ley de Contratos del Estado, aprobada por Decreto 923/1.965, de 8 de abril, y desde entonces se excluirán, de aquí en adelante, aquellos convenios de colaboración firmados entre las Administraciones y personas sujetas al Derecho Privado que cumplan tres condiciones:

1). Que se trate de convenios de colaboración, vengan o no recogidos en normas específicas (aunque será lo normal), sean convenio de fomento o de ejecución (“*ubi lex non distinguit... nec nos distinguere debemus*”).

2). Que no tengan igual objeto que el de los contratos regulados en el TRLCAP. O sea, que sean convenios que no tengan objeto de contrato administrativo típico (obras, servicio público, suministro, consultoría y de asistencia o de servicios o trabajos específicos y concretos no habituales) ni de contrato privado típico (o sea, que no sean de compraventa, donación, permuta y arrendamiento sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables ni de seguros o bancarios y de inversiones, ni de creación e interpretación artística y literaria ni de espectáculos)<sup>163</sup>.

3). Que tampoco tengan objeto igual al de cualquier otro contrato administrativo o privado atípicos recogidos en una norma administrativa especial.

\*\*\*\*\*  
 co cual es la ejecución del planeamiento- **el mismo goza de la presunción de legalidad y ejecutividad que ostentan los actos administrativos**, vinculando su contenido también a la Administración firmante que, en caso de entender que vulnera el ordenamiento, contaba con unos concretos instrumentos de impugnación, previstos en los artículos 109 y siguientes de la anterior Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958...” La negrita es nuestra.

<sup>162</sup> Sirva de ejemplo la parte en negrita extraída de la nota anterior.

<sup>163</sup> Ejemplo de convenio de colaboración incluido en el ámbito del TRLCAP por tener objeto de contrato de obra es el recogido en la Resolución de 1 de septiembre de 1.994, de la Secretaria General Técnica del Ministerio de Cultura, que da noticia de la suscripción de un Convenio de colaboración entre el Ministerio citado y la Fundación para la Formación y Creación Escénica de la Comunidad de Madrid para la rehabilitación del colegio «Sagrada Familia», con el fin de convertirlo en centro de formación y creación de las artes escénicas y musicales, con el nombre de teatro de «La Abadía».

Esta tercera condición podría interpretarse de dos maneras distintas:

a) En el sentido en que lo hemos interpretado, esto es: que están excluidos los convenios de colaboración que tengan objeto de contrato administrativo o privado atípicos recogido en una norma administrativa especial: así, por ejemplo, normas como el Decreto 1.005/1.974, de 4 de abril y Orden de 8 de marzo de 1.972 (sobre contratos de asistencia), Decreto 2.575/1.973, de 5 de octubre, Real Decreto 533/1.992, de 22 de mayo, (sobre contratación de equipos informáticos), Real Decreto 1.465/1.985, de 17 de julio y Real Decreto 2.357/1.985, de 20 de noviembre (sobre contratos de trabajos específicos y concretos). Podríamos escoger esta interpretación por dos razones: primera, porque así parece desprenderse siguiendo el criterio de interpretación gramatical<sup>164</sup>. De esta manera, el enunciado debería entenderse así:

*“Quedan fuera del ámbito de la presente Ley:... Los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho Privado, siempre que su objeto no sea el de los contratos regulados en esta Ley o en los contratos regulados en normas administrativas especiales...”*

La segunda razón atendería al criterio de interpretación según el contexto<sup>165</sup>, ya que está en la lógica de la letra del precepto que no sólo no se excluyan aquellos convenios de colaboración con objeto similar al de un contrato típico de los regulados en la ley, sino también aquellos convenios con objeto similar al de un contrato administrativo o privado atípico, recogido en una norma administrativa especial. Y ello porque con esta hermenéutica se trataría de no excluir a aquellos convenios de colaboración que sean materialmente contratos de la Administración.

O sea, se evita así una huida del Derecho administrativo por parte de las Administraciones, que prefieren firmar convenios de colaboración con sus entes instrumentales, sometidos al Derecho civil o mercantil (Sociedades Estatales, sociedades concurrentes...), con lo que tales pactos se excluyen del régimen administrativo para pasar a regirse por el Derecho Privado, evitando así la fiscalización del gasto y el proceso de publicidad y concurrencia inherentes a éstos<sup>166</sup>.

<sup>164</sup> Art. 3.1 C.C., primer inciso: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras...”.

<sup>165</sup> Art. 3.1 C.C., segundo inciso: “Las normas se interpretarán (...) en relación con el contexto...”.

<sup>166</sup> Vid. DEL SAZ CORDERO, S., *La Huida del Derecho Administrativo: Últimas Manifestaciones. Aplausos y Críticas*, en R.A.P., nº. 133, 1.994, pág. 57 y ss. Aquí relata los últimos desarrollos legislativos y reglamentarios en contra del Derecho Administrativo, poniendo especial énfasis y comentario en los contratos blindados de alta dirección y en la Sentencia del TJCE de 17 de noviembre de 1.993, que condenó a España por eximir a los organismos que lo quisiesen por medio de sus leyes especiales de creación *ad hoc* de los procedimientos públicos de adjudicación de con-

Creemos, efectivamente, que el art. 3.1, d) TRLCAP es una vía tentadora por la que pueden transitar las Administraciones Públicas territoriales en su deseo de contratar con sus extensiones descentralizadas, o sea, con Sociedades estatales u otras sociedades de carácter civil o mercantil (privadas) en manos del Estado, CC.AA. o

tratos administrativos, como postulaba el anterior art. 2.8 de la Ley de Contratos del Estado. En lo tocante a este último punto, el TJCE veía incompatible la aplicación de sus Directivas sobre contratos de obras, suministros y demás contratos administrativos típicos –que exigía, las garantías lógicas de concurrencia y publicidad y procedimientos adecuados– con el susodicho art. 2.8, por el que se incurría en el fraude de excepcionar esos procedimientos públicos con la cláusula incluida en sus leyes de creación de decir que tal organismo sometía sus actuaciones al Derecho Privado, aunque tuvieran naturaleza pública del art. 6.5 LGP. Sin embargo, esto que ha sido todo un logro de la jurisdicción comunitaria, no se ha visto acompañado de igual esfuerzo en cuanto a la misma utilización abusiva de las Sociedades Estatales (con personalidad pública pero de naturaleza privada) para contratar en régimen de Derecho Privado carreteras u obras públicas, como entidades interpuestas creadas *ad hoc* con esa finalidad por sus Administraciones matrices. Y ello porque no se las ha incluido en el ámbito subjetivo de la Ley 13/1.995, sino que se ha procedido, con los parabienes del dictamen del Consejo de Estado sobre la ley, a introducir en la D. Ad. VI una débil e inútil prescripción para que en su actividad contractual se ajusten a los principios de publicidad y concurrencia. Inútil porque si no están vinculadas por los procedimientos administrativos de adjudicación, no se sentirán concernidas por semejante obligación, que no pasa de ser una “obligación natural”, como dice la autora. Y esto, a pesar de que, como ya hemos dicho, las directivas europeas en la materia establecían un concepto amplio de los organismos públicos que habrían de quedar obligados por los procedimientos de concurrencia y adjudicación de los contratos (como la Directiva 89/440/CEE, de obras, o 77/62/CEE, de suministros). En este sentido, BAÑO LEÓN, J. M., *La influencia del Derecho Comunitario en la interpretación de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, en R.A.P., nº. 151, enero–abril de 2.000, págs. 16–19 y GIMENO FELIÚ, J. M., *La necesaria interpretación subjetivo–funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública*, en R.A.P., nº. 151, enero–abril de 2.000, págs. 435 y 436, quienes traducen la expresión “entidad de Derecho Público” como todo tipo de persona jurídica en forma pública o privada siempre que atiendan necesidades de interés general y dependan de un ente público, que ejerce sobre ellas una “influencia dominante”. En ese mismo sentido, según DEL SAZ, en ellas el ámbito subjetivo fijado haría que estuviesen incluidas también “las empresas públicas con forma societaria cuya actividad consista en la realización de obras públicas o infraestructuras” (nota 54), si bien no así las que tuvieran por finalidad la competencia, en régimen de igualdad con los privados, o las actividades comerciales, que se excluirían de dicho ámbito, como única excepción. Pero el concepto lato de Administración Pública sometida a las prescripciones y procedimientos administrativos de contratación establecidos en estas Directivas ha sido reducido flagrantemente por el Legislativo español, tanto en la Ley 13/1.995, como en la Ley 13/1.996, de 31 de diciembre de 1.996, de acompañamiento de los Presupuestos Generales para 1.997, que, en su art. 158, ha reformado algún aspecto esencial de la contratación administrativa, a escaso un año de aprobarse la Ley 13/1.995. La reforma se encamina a la posibilidad que tendrá desde ese momento el Estado de crear sociedades estatales (mercantiles, por definición) para que por sí mismas o por medio de la contratación con terceros, construir o ejecutar obras públicas de construcción de carreteras y obras hidráulicas. Se trata, por tanto, de generalizar la excepción que hasta ahora venía siendo la gestión directa o contratación por administración de las obras, ya que lo normal había sido la contratación por empresario o contratista interpuesto. Se conculca con ello, además, la D. Ad. XII de la LOFAGE, donde se prohíbe que las entidades de Derecho Público puedan tener otras funciones que no las mercantiles, y donde se impide que tales ejerzan potestades administrativas, cosas que aquí no se dan, ya que no es mercantil la actividad de poder contratar con terceros, y tal cosa, además, como dijimos arriba, implica el despliegue de varias potestades administrativas, tanto por la naturaleza de la función desarrollada como por el objeto sobre el que se aplican (demanio). Una cosa es la personalidad pública de un ente (la máscara con la que se presenta frente a terceros, su veste) y otra la naturaleza jurídica del mismo (participación única o mayoritaria de una Administración Pública en su capital, por ejemplo, las Sociedades Estatales, su esencia, su auténtica cara después del levantamiento del velo), que la excluye de la Ley de Contratos ex art. 1 y art. 3.1, d) TRLCAP, artículo éste último donde se incluyen al aludir a “personas físicas o jurídicas sometidas al Derecho Privado). O sea, el tema fundamental es que los convenios de colaboración que celebre una Administración matriz con su Sociedad Mercantil *ad hoc* no serán contratos administrativos especiales si están fuera del tráfico o giro o del interés público inmediato de la misma. Pero es que con estas sociedades de forma privada interpuestas se burla la contratación administrativa, ya que los contratos que esta sociedad celebre con particulares para construir carreteras u obras hidráulicas tampoco se someterán a procedimientos de adjudicación de la Ley 13/1.995, al quedar excluidas estas sociedades del ámbito subjetivo del art. 1 de la misma. Vid. pág. 76 y ss.

Entidades Locales, para evitar así el molesto régimen de publicidad y concurrencia de la Ley de Contratos<sup>167</sup>. O sea, es una manera de institucionalizar y regularizar lo que hasta 1.989 era práctica habitual alegal de las Administraciones Públicas, que creaban sociedades anónimas privadas con las que poder contratar directamente, al margen de las reglas citadas de la Ley de Contratos.

En este sentido podemos invocar el cuerpo doctrinal de la Junta Consultiva de Contratación, para quien no cabe usar la figura de los servicios propios para ejecutar obras o trabajos por medio de una Sociedad estatal interpuesta, teniendo la Administración que usar las figuras de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas<sup>168</sup>.

De todas formas, al margen de la disquisición dialéctica contratos-convenios, la lógica parece reclamar que, para evitar esa huida del Derecho Administrativo de los organismos públicos dependientes de la Administración (por mucho que las leyes de creación de éstos establecieran un régimen administrativo peculiar o privado de contratación) comporte la exención de los principios institucionales de la contratación administrativa, como los principios de publicidad y concurrencia, cuyo cumplimiento será objeto de la jurisdicción contenciosa.

Según esto, si un convenio de colaboración tuviera igual objeto que el de un contrato administrativo típico, se regularía en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por el TRLCAP y sus disposiciones de desarrollo, supletoriamente por las restantes normas de Derecho administrativo y, en su defecto, por las normas de Derecho Privado (art. 9 TRLCAP). Si tuviera por objeto, por ejemplo, una compraventa de un bien inmueble, se regularía en su preparación y adjudicación por su normativa administrativa específica (art. 9) y, en su ausencia, por el TRLCAP y sus disposiciones de desarrollo, y en sus efectos y extinción por las normas de Derecho Privado, especialmente por el C.C.. Si tuviera por objeto uno igual al de cualquier contrato administrativo especial recogido en un reglamento propio, estarían incluidos en el ámbito de la presente ley, pero, lógicamente, sólo en la medida en que lo están los

<sup>167</sup> Si a esto se suma la ambigüedad en la distinción entre sociedades estatales y Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogos, llegamos a la indefinición más absoluta de lo que sea empresa pública, su estatuto y concepto. Así lo expone ESTEVE PARDO, J., *Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogos y Entidades de Derecho Público que por ley hayan de ajustar sus actividades al Ordenamiento jurídico privado*, en R.A.P., nº. 92, 1.980, pág. 360 y ss.

<sup>168</sup> Así, por ejemplo, el Informe 22/1.995, de 26 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación, Consideración Jurídica 2ª, denuncia que "En principio, las relaciones entre la Consejería de Medio Ambiente y Urbanismo del Principado de Asturias y la empresa TRAGSA han de articularse en el marco de la Ley 13/1.995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, utilizando todas sus posibilidades", entre las cuales nosotros podemos citar los convenios de colaboración incluidos en el ámbito de la ley, la ejecución de obras por la Administración y la utilización del procedimiento negociado.

contratos administrativos especiales; esto es, se regiría, en primer lugar, por sus propias normas con carácter preferente, y supletoriamente o en su ausencia, por el TRLCAP y disposiciones de desarrollo; en defecto de éstas, por las restantes normas de Derecho administrativo, y en el de éstas, por las normas de Derecho Privado<sup>169</sup>.

b) Una segunda interpretación posible, que nosotros no mantenemos, pudiera haber sido la siguiente: están excluidos todos los convenios de colaboración cuyo objeto no sea el de los contratos regulados en el TRLCAP ni tampoco esté comprendido en normas administrativas especiales, con lo que se excluirían todos los convenios de colaboración estudiados. Siguiendo esta interpretación, el precepto se entendería así:

*“Quedan fuera del ámbito de la presente Ley:... Los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho Privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley ni comprendido en normas administrativas especiales...”*

Son también varias las razones que nos pueden llevar a esta inteligencia: primera, la interpretación gramatical, igualmente posible que la anteriormente expuesta; segunda, podríamos pensar que las consecuencias a que nos puede llevar la interpretación primera son absurdas. Si incluimos en el ámbito de la ley los convenios de colaboración que tengan objeto de contrato administrativo atípico se podría entender que la ley les es de aplicación directa (haciendo equivaler estar en el ámbito de la ley a aplicación directa de ésta) lo que, a fin de cuentas no sería admisible pues, paradójicamente, a esos convenios se les estaría aplicando el TRLCAP en mayor grado que a los propios contratos administrativos atípicos (a los que el TRLCAP sólo se aplica supletoriamente tras sus normas específicas). Una tercera razón sería la interpretación histórica<sup>170</sup>, ya que, desde siempre, la jurisprudencia ha excluido a los convenios de colaboración regulados en normas administrativas específicas (actas de concierto, conciertos con entidades sociales, convenios de precios...) mientras que, según la interpretación primera por la que nosotros abogamos, estarían también excluidos en la ley al no tratarse éstas de normas sobre contratos sino sobre convenios.

Respecto de la primera condición, no es necesario que los convenios a suscribir estén recogidos en una norma concreta *ad hoc* ya que la capacidad negocial de la Administración es tan amplia que el principio de legalidad se encuentra satisfecho

<sup>169</sup> Como recoge el art. 7.1 TRLCAP, las reglas de la ley sobre preparación, adjudicación, efectos y extinción se aplicarán a todos los contratos administrativos, típicos o especiales, si bien a éstos le es aplicable preferentemente sus normas específicas.

<sup>170</sup> Art. 3.1, tercer inciso: “Las normas se interpretarán (...) en relación con (...) los antecedentes históricos y legislativos...”.

por el mero respeto a la legalidad, al interés público o a los principios de buena administración (art. 4 TRLCAP)<sup>171</sup>.

Y aquí radica nuestra principal divergencia con las tesis de BUSTILLO BOLA-DO, óptima en su complitud y rigor, pero que considera en este punto que es posible defender que todos los convenios entre Administración y particulares son contratos administrativos especiales, a pesar de las apariencias, por la identidad sustancial que existe entre unos y otros convenios como por la inexistencia en la práctica de un régimen jurídico diferenciado.

La segunda condición es más pacífica, ya que se excluirán además aquellos convenios de colaboración cuyo objeto no esté comprendido en los contratos regulados en la ley. Por “contratos regulados en esta Ley” entendemos los contratos administrativos y privados típicos, no los atípicos (incluidos en el ámbito de la ley<sup>172</sup>, pero no regulados por ella), que se regulan, en primer lugar, por su normativa específica (si existe).

La tercera condición acumulativa para excluir un convenio del ámbito de la ley es que no tengan objeto de contrato atípico regulado por normas administrativas especiales, ya sean administrativos o privados. Tendrán carácter de contrato administrativo atípico aquellos negocios jurídicos bilaterales, que, teniendo las características propias de los contratos (por oposición a las que hemos venido sentando respecto de los convenios) cumplan los requisitos del art. 5.2, b) TRLCAP<sup>173</sup>: sobre todo cuando tal contrato satisfaga de manera directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de la Administración que lo suscribe, o bien cuando así lo declare una ley (art. 5.2, b)<sup>174</sup>.

171 La normativa que regule los específicos convenios de colaboración excluidos tendrá, por lo general, carácter administrativo, al ser ésa la naturaleza de tales convenios. Así lo afirma la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de noviembre de 1.998, recaída en el asunto C-360/96, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, por el *Gerechthshof te Arnhem* (Países Bajos), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre *Gemeente Arnhem*, *Gemeente Rheden* y *BFI Holding BV*. Allí se dice que “... la existencia o inexistencia de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil ha de apreciarse objetivamente, siendo indiferente para ello la forma jurídica de las disposiciones en las que se especifiquen dichas necesidades”.

172 Si la ley hubiera querido excluir los contratos administrativos atípicos o especiales de la ley hubiera bastado con haberlos contemplado dentro del art. 3.

173 Cfr. la definición que de “giro o tráfico” da PAREJO GAMIR, R., *Contratos Administrativos Atípicos*, en R.A.P., nº. 55, 1.968, donde nos dice que “la expresión giro o tráfico debe entenderse como el ámbito de actuación que la Administración tiene como propio de sus fines peculiares. Según ello, lo que la Administración quiere decir con servicio público es la actuación propia de la Administración singularizable en la misma como organización y sujeto personal, con el cumplimiento de sus funciones y responsabilidades características”, pág. 399.

174 La reciente Ley 53/1.999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley 13/1.995, de Contratos de las Administraciones Públicas, ha dado nueva redacción al art. 5. En su nuevo tenor literal, los criterios que se establecen para determinar cuándo un contrato es privado o administrativo siguen siendo los mismos. La única novedad añadida a la redacción de 1.995 es que se excluyen de la categoría de contratos administrativos (convirtiéndolos, pues, en privados) a los contratos de seguros y bancarios y de inversiones, así como los de creación artística y literaria y los de espectáculos.

## 2. SOBRE EL CARÁCTER PÚBLICO O PRIVADO DE LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN

Cabría pensar que los criterios indicadores del carácter administrativo o privado de los contratos de la Administración [arts. 5.2, b) y 5.3 TRLCAP, respectivamente] serían también aplicables a los convenios a la hora de dilucidar su condición de administrativos o privados: esto es, serán administrativos atípicos todos aquellos convenios (negocios jurídicos bilaterales con características propias diferentes a las de los contratos, como venimos repitiendo) que celebre una Administración Pública siempre que resulten vinculados al giro o tráfico de la Administración o por satisfacer de manera directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla<sup>175</sup>, o por declararlo así una ley. Ejemplo de convenio administrativo podría ser el que otorga una subvención a una empresa a cambio de que mantenga su plantilla de trabajadores y no proceda a una regulación de empleo traumática; y serán privados atípicos –como especie residual y muy minoritaria– todos aquellos convenios que no tengan carácter administrativo típico o atípico, o los que versen sobre negocios jurídicos análogos a la compraventa, donación, permuta o arrendamiento sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, y, en general, todos los convenios que no satisfagan directamente una finalidad pública del giro o tráfico de la Administración que los celebra, como los convenios de colaboración bancarios o de inversión a los que aludimos en el epígrafe II <sup>176</sup>. Evidentemente, y al contrario de lo que se desprendería del empleo del art. 3.1, d) TRLCAP, aunque el objeto sea el de un contrato privado, si la causa del negocio no es patrimonial el negocio no será un contrato sino un convenio de colaboración<sup>177</sup>.

<sup>175</sup> Criterios previstos ya en la jurisprudencia, STS, Sala 3ª, de 18 de julio de 1.994 o de 4 de mayo de 1.995). El concepto de giro o tráfico de la Administración ha sido interpretado como que el contrato tenga por objeto un servicio público, en sentido amplio, de la competencia de la Administración contratante (STS, Sala 4ª, de 4 de noviembre de 1.981). Tendrá carácter administrativo un contrato cuando la vinculación de su objeto al interés público alcanza una entidad tal que dicho interés no tolera que la Administración se despoje de sus prerrogativas exorbitantes, vinculación que aparece clara y ostensible cuando el objeto contractual se incluye dentro del ámbito de los cometidos que el ordenamiento jurídico ha confiado al órgano contratante (SSTS, Sala 4ª, de 18 de abril de 1.988 y de 23 de mayo de 1.988) y STS de 22 de junio de 1.992 (Ar. 4.075). Así, la STS de 14 de marzo de 1.985, (Ar. 1246) confiere naturaleza contractual a un convenio celebrado entre Radio Televisión Española y un empresario por ser su objeto el suministro e instalación de equipos reemisores de T. V. U. H. F. de 2 Kw. y antenas en las nuevas Estaciones reemisoras de la Red de Televisión Española en Jerez de la Frontera, San Roque, Torrelavega, Cresta del Gallo (Murcia) y San León (Álava).

<sup>176</sup> Uno de los criterios que ha seguido la jurisprudencia para otorgar carácter privado a un contrato de la Administración es que el contrato tenga por objeto la gestión del patrimonio privado, patrimonial o mercantil de la Administración (SSTS, Sala 1ª, de 2 de abril de 1.985 y de 30 de abril de 1.986 o de la Sala 3ª, de 13 de febrero de 1.990 o de 30 de octubre de 1.990).

<sup>177</sup> Así el ejemplo en que el Ayuntamiento de Sevilla dona una nueva sede física a la ONG Banco de Alimentos de Sevilla, a cambio de que ésta amplíe su acción social a un barrio marginal de la periferia. Aquí, por el objeto del negocio podríamos tener la tentación de calificarlo de contrato privado, al tratarse de una donación de un bien

Tal vez cabría pensar que al ser los convenios categoría diferente a la de los contratos no puede hablarse de convenios administrativos o privados sino de convenios de colaboración en general. Esta teoría la apoyaría el dato de que la finalidad pública que se consigue con los convenios es casi siempre directa: incluso en los convenios de fijación, esto es, intraprocedimentales, el pacto tiene que añadir algo al interés general que se hubiera cumplido con la mera terminación unilateral del procedimiento, y ese algo consistirá en su contribución a la paz litigiosa o a la eficacia y rapidez de la actividad administrativa, por parte de los particulares que vieron cómo sus pretensiones eran incluidas en la decisión administrativa, reduciéndose exponencialmente el número de conflictos administrativos y contenciosos posteriores. Y a la finalidad concreta de cada convenio, que favorece en determinada manera esos intereses generales, se suma el hecho de que todos los convenios de colaboración suponen una manera distinta de administrar, más plural: así, por ejemplo, el interés público que lleva a una Administración a terminar convencionalmente un procedimiento administrativo es la paz judicial y el mejor cumplimiento de las resoluciones administrativas, así como también es eso lo que lleva a la firma de convenios expropiatorios (ganar en esos valores más en la eficacia y celeridad). Por eso, el beneficio para los intereses generales no debe medirse en si se obtiene directa o indirectamente, ya que parece que se trata de una colaboración para una nueva y mejor forma de administrar<sup>178</sup>. El carácter indirecto de esos valores para el interés públi-

patrimonial de una Administración pública. El caso es que no es contrato sino convenio porque se dan aquí todas las características de éstos: *in tuitu personae*, colaboración entre los sujetos para prestar una función privada de interés público, *causa contractus* no patrimonial, etc. Estos convenios se diferencian de otros contratos privados donde la faceta patrimonial prima sobre la de colaboración, como, por ejemplo, contratos de arrendamiento del aprovechamiento cinegético de bienes patrimoniales o comunales y cotos de caza (STSS, Sala 4ª, de 27 de diciembre de 1.963, de 21 de diciembre de 1.977 o de 8 de marzo de 1.986), donación de fincas para la construcción de viviendas (STS, Sala 3ª, de 3 de marzo de 1.989), contratación de abogados (STS, Sala 3ª, de 25 de noviembre de 1.991). Importante doctrina es la que entiende que son contratos privados de compraventa y no de obras o de gestión de servicios públicos aquellos en los que la Administración ha enajenado parte de su patrimonio (sin que ello se haga ni directa ni indirectamente para que la contraparte construya nada ni preste servicio alguno) para enjugar el déficit de un presupuesto extraordinario (STS, Sala 4ª, de 5 de octubre de 1.981).

<sup>178</sup> En el orden temporal entre el momento histórico en que empezaron a proliferar los convenios y el momento en que se siente la necesidad de inventar nuevas formas de administrar está el problema. Para nosotros, acaeció primero la celebración inicial de algunos convenios, cuyos buenos resultados animaron a la Administración a seguir por esa vía (tanto como para realizarse intentos habilitadores generales de ellos en las leyes de Contratos y de Régimen/Procedimiento administrativo), hasta que, a fecha de hoy, nadie se escandalizara de ver que esa "otra administración" existe de forma abundante y que ello en sí mismo es un valor a proteger para garantizar mayor eficacia y rapidez de la actividad de la Administración, siempre que esté indicado para un caso determinado y se respeten los límites a la actividad negocial de ésta, claro. En nuestra doctrina han relacionado la celebración de los convenios de colaboración con otras forma de administrar GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. M., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, sexta edición, 1.993, pág. 648 y GONZÁLEZ PÉREZ, J y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento administrativo común*, Vol. II, editorial Civitas, Madrid, segunda edición, 1.999, pág. 2.026. Un exhaustivo análisis del enfoque de las actividades públicas convencionales como un medio de acción administrativa autónomo y en igualdad de condiciones con las demás herramientas normativas clásicas nos ha venido de Francia: LASCOUMES, P. y VALLUY, J., *Les activités publiques conventionnelles (APC): un nouvel instrument de poli-*

co es distinto al valor indirecto para el interés público que puede existir en un contrato privado de compraventa de un bien inmueble ya que aquéllos valores, en sí mismos considerados son provechosos para el interés público, mientras que en la compraventa efectivamente el interés general se cumple a largo plazo, una vez afectado el bien a un servicio o actividad público. Es más, mientras que la finalidad pública se consigue en los convenios de manera general, en los contratos privados se realiza de modo puntual y concreto.

**Por tanto, el hecho de que existan convenios de colaboración adjetivos o que satisfagan indirectamente el interés general –como los convenios bancarios– no debe conducir a calificarlos de convenios de colaboración privados o de Derecho Privado, ya que la diferente forma de administrar que propone todo convenio les inserta de suyo y siempre, en los pactos o negocios de Derecho Administrativo. No cabe, pues, hablar de convenios administrativos o privados, sino de convenios, en el bien entendido de que todos ellos suponen un acercamiento al principio de participación y a la actuación de la democracia directa. Claro está que determinado tipo de convenios satisfarán, además, un interés general directo (los de fomento, por ejemplo), mientras que otros lo harán en menor medida (los de fijación o los de terminación convencional de procedimientos administrativos), pero sin que ello suponga una diferencia de régimen jurídico alguno.**

La distinción entre convenios públicos y privados tendría, además, poca virtualidad práctica. La única, tal vez, la de aplicarles, en caso de duda o laguna de su normativa propia (si existe), los principios del TRLCAP en toda su vida (si son administrativos) o los del TRLCAP en sus actos separables y los de las normas privadas en su vida y extinción (si fueran privados). Pero, claro está, si fueran convenios sin normativa propia, suscritos al amparo del art. 4 TRLCAP, tal distinción no sería útil en ningún sentido, ya que hemos abogado por la no supletoriedad del TRLCAP en caso de ausencia de tal normativa.

\*\*\*\*\*  
*tique publique? L'exemple de la protection de l'environnement industriel*, EUI Working Paper RSC, n.º. 96/16, European University Institute, Fiesole (Florenca), 1.996, págs. 19–25. En su construcción dogmática, los acuerdos voluntarios, por esencia no vinculantes, se enclavarian en la categoría de los "acuerdos informales publicados", y dentro de ella en la de los "acuerdos normativos" (así llamados por sustituir o prever la aplicación de normas ambientales concretas o por amenazar a los particulares con su promulgación) que se plasman en documentos clausulados de compromisos; a diferencia de los "acuerdos formales publicados", que serían contratos públicos o civiles de las Administraciones Públicas. Para los autores, todos ellos implican, de suyo, una nueva forma de acción pública (junto a la de policía), por la que la Administración puede optar en cada momento y decisión que tome, por encarnar la protección de los intereses generales, en cuya salvaguardia estaría capacitada para escoger los instrumentos de acción más pertinentes en cada caso. Para nosotros retenemos que los instrumentos paccionados de protección ambiental no deben clasificarse de una manera estanca como acuerdos y contratos en atención a su capacidad de vincular a las Administraciones que los celebran, ya que caben convenios o acuerdos de colaboración obligatorios o no, dependiendo de cuál sea su objeto.

A estos efectos, desde nuestro punto de vista y por mor de la libertad de pactos recogida en el art. 4 de la ley (que rige tanto para los convenios de colaboración extra e intraprocedimentales<sup>179</sup>, a pesar de la opinión de algún autor<sup>180</sup>), para no excluir un convenio del ámbito de la ley es indiferente que se trate de convenios con objeto de contratos administrativos atípicos regulados en normas administrativas especiales o que tales convenios estén o no regulados ellos mismos por una norma administrativa especial, si bien suele ser usual que lo estén. Ésta es la interpretación más lógica, ya que sencillamente se excluirían aquellos convenios de colaboración, sean o no de fomento de actividades privadas de interés público, que no tengan objeto de contrato regulado en el TRLCAP. Por ello también, cuando un convenio de colaboración esté incluido en el ámbito de la ley por tener objeto de contrato administrativo típico, seguirá el régimen jurídico propio de éstos (art. 7 TRLCAP), y si lo está por tener objeto de contrato administrativo atípico, se regirán por las fuentes jurídicas de los mismos (art. 7.1 TRLCAP). **Se excluyen del ámbito objetivo del TRLCAP todos los convenios de colaboración con personas físicas o jurídicas sometidas al Derecho Privado que tengan objeto de contrato regulado en dicho texto refundido**<sup>181</sup>.

<sup>179</sup> Así lo ha confirmado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, quien repetidamente ha invocado el art. 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para legítimar la capacidad de las Administraciones Públicas para perfeccionar contratos excluidos. Por ejemplo, Vid. Informe 9/1.995, de 8 de junio, en cuya Consideración jurídica 3ª proclama la legitimidad de un contrato de puesta a disposición, por parte de una empresa de trabajo temporal, de varios trabajadores para el Ayuntamiento de Benalmádena: "al amparo de la libertad de pactos de la contratación de las Administraciones Públicas y porque ello constituiría el único cauce posible para que los trabajadores de la empresa de trabajo temporal pasaran a prestar servicios a la empresa usuaria, en este caso la Administración...".

<sup>180</sup> Cfr. LÓPEZ MÁRQUEZ, J. F., *El Principio espiritualista en las Relaciones contractuales jurídico-privadas entre Administraciones Públicas* (Comentario a la STS de 19 de octubre de 1.976), en R.E.D.A., 1.979, nº. 20. En esta sentencia se dilucida la aplicación del Derecho Civil a un contrato privado que celebran dos Administraciones (El Instituto Nacional de la Vivienda y el Ayuntamiento de Móstoles). La originalidad del caso es que ese contrato se formalizó con total libertad de las partes, que pactaron perfeccionar el contrato con el consentimiento, pero transmitir definitivamente la propiedad cuando se acabara de amortizar el último de los pagos periódicos que el Ayuntamiento tenía que realizar al Instituto. El autor llega a una conclusión un tanto discutible: opina que en los contratos privados entre Administraciones los únicos límites que deben jugar son los que se le ponen a la autonomía de la voluntad de los particulares ex art. 1.255 C.C. (o sea, la moral, el orden público y las leyes). A nuestro juicio, tal cosa no es así, como demuestra el hecho de que también deban someterse a la legislación administrativa, en algunos extremos, los contratos privados celebrados por una Administración. El art. 4 TRLCAP limita la libertad de pactos a la no conculcación del interés público, el ordenamiento jurídico y los principios de buena administración. Comoquiera que el art. 9.1 Ley 13/1.995 somete a ella la preparación y adjudicación de los contratos privados que celebren las Administraciones, llegamos a la conclusión de que las Administraciones no gozan de la amplitud de maniobra que los particulares a la hora de formalizar sus contratos, ya que el pacto en sí mismo y la libertad en su formación pertenece puramente a las fases de preparación y adjudicación del contrato, por lo que regiría la ley administrativa aquí, o sea, el art. 4 Ley 13/1.995. Vid. pág. 132 y ss.

<sup>181</sup> Esta exégesis es compartida también por el Consejo Consultivo de Andalucía, quien en su doctrina legal (Dictamen 32 /1.997, de 6 de marzo, pág. 1.734) ha manifestado que los convenios singulares de vinculación de la Ley General Sanitaria se entienden como convenios de colaboración suscritos entre Administraciones y particulares, pero que no están excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al tener carácter administrativo. El Consejo Consultivo de Andalucía incluye estos convenios de colaboración de carácter administrativo dentro de los contratos administrativos especiales, dada su vinculación al giro o tráfico específico de la Administración contratante y por satisfacer de manera directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, rigiéndose, pues, por las fuentes propias de los contratos atípicos del art. 7 TRLCAP.

Hay pocos casos prototípicos de convenios de colaboración suscritos entre Administraciones y particulares que pudieran parecer de carácter privado, y excluidos del ámbito de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. El Consejo de Estado ha localizado, en un par de dictámenes, un tipo concreto de ellos, anticipándose, con el primero, a la letra del art. 12 de la Ley 37/1.988, en la medida en que se plantea ya la existencia de convenios de colaboración entre Administración y particulares de contenido privado. Se trata de dos dictámenes recaídos sobre sendos proyectos de Reales Decretos por los que se aprueba, respectivamente, el convenio extrajudicial entre diversas entidades públicas y compañías mercantiles y las empresas “Industria Navarra de Electrodomésticos, S. A.”, y “Servicios Electrodomésticos, S. A.”<sup>182</sup>, y el Convenio Extrajudicial entre diversas entidades públicas y la empresa Cenemesa (Constructora Nacional de Maquinaria Eléctrica, S.A.) Conelec (Constructora Nacional de Equipos Eléctricos, S. A.) y Cademesa (Catalana de Maquinaria Eléctrica, S.A.)<sup>183</sup>. La doctrina principal que podemos extraer de ellos (principalmente del primero, que el segundo reitera en idénticos términos) es que es posible firmar pactos o acuerdos entre Administraciones y empresas privadas de contenido esencialmente privado. Las entidades públicas firmantes del convenio son acreedoras de las empresas arriba citadas. Estas deudas se fueron acumulando a lo largo de unos años, incentivadas por la crisis de los años 70 y 80 en el sector industrial. Y es dentro de la política de reconversión que intentó desarrollar la Administración de la época donde se inscriben estos convenios, encaminados no sólo a paliar esa crisis sino a restaurar las estructuras productivas e insertarlas en la Economía de Mercado. Se trata, pues, de ayudar a estas empresas para que puedan sanear el pasivo que las lastra, mediante la firma de un convenio de naturaleza transaccional en que los deudores se comprometen a satisfacer, en la medida de sus posibilidades, las deudas contraídas, y los acreedores, en contraposición, a permitir que las citadas empresas deudoras puedan seguir existiendo y continuar con su actividad mercantil. La Administración hace una renuncia a sus derechos totales de cobro, se aparta de los sistemas de cobro establecidos por la legalidad administrativa y elude los procedimientos concursales, siendo lo normal que las partes acreedoras pudieran montar un procedimiento de ejecución general y concursal.

Como vemos, los intereses de cobro están en el primer plano de las Administraciones acreedoras, si bien en la renuncia a las vías normales de cobro,

\*\*\*\*\*  
<sup>182</sup> Dictamen del Consejo de Estado nº. 51.259, Sección quinta, de 7 de julio de 1.988, recogido en la Recopilación de Doctrina Legal del Consejo de Estado, 1.988, págs. 204-210.

<sup>183</sup> Dictamen del Consejo de Estado nº. 54.929, Sección 8ª, de 31 de mayo de 1.990, recogido en la Recopilación de Doctrina Legal del Consejo de Estado, 1.990, págs. 249-251.

altamente onerosas para los deudores, se columbra cierta intención de permitir que las empresas acreedoras sigan funcionando, en aras de un remoto interés general, que puede estar necesitado de este género de industrias de equipo<sup>184</sup>. Este tipo de acuerdos concursales constituyen, por tanto, convenios de colaboración de las Administraciones con los particulares, pero de contenido privado, al tratarse de convenios no vinculados al giro o tráfico propio de las Administraciones acreedoras (Seguridad Social, Intervención General de la Administración del Estado, etc.) ni encaminados a satisfacer de manera directa o inmediata un interés público. Aquí el fin principal y primero de los convenios es lucrativo, de carácter instrumental, y el secundario, el administrativo. Se regulan por la legislación mercantil y civil, como típicos convenios extrajudiciales o prejudiciales, y se consagran en el art. 1.255 C.C., si bien para la Administración, en este caso es indiferente que lo sea en el art. 4 TRLCAP. Como dice el Consejo de Estado en su dictamen n.º 51.259, *“la unanimidad de los acreedores excluye, por innecesaria, la intervención de la Autoridad judicial y el pormenor de una regulación, dado que no existen intereses enfrentados, sino, como en el caso presente, una única voluntad de liquidar racionalmente unos patrimonios que han devenido a situación de insolvencia por virtud de motivaciones coyunturales ajenas a la correcta administración de los mismos, pagar en la mayor medida los créditos existentes y conservar y restaurar en todo lo posible la organización empresarial”*. (La negrita es nuestra).

Como se ha dejado claro, la situación de quiebra se motivó, principalmente, por circunstancias ajenas a las empresas: la por todos conocida crisis del petróleo, iniciada en 1.973, que encareció los costes de producción, y el retraso tecnológico del sector pesado en nuestro país, que hacía perder competitividad a las empresas en él integradas. Esta razón es fundamental para entender el porqué de la colaboración de la Administración, y su renuncia a usar los medios tradicionales administrativos (vías de apremio, entre otras) para hacerse pagar sus deudas<sup>185</sup>. Estos convenios participan de los elementos de la transacción (principalmente en lo que tienen de pri-

<sup>184</sup> Dentro de la finalidad principal de permitir la continuidad de la actividad de las empresas acreedoras se encuentran también razones de política de empleo, ya que, como explicita el Convenio n.º 54.929, pág. 250: “El Convenio responde, como se dice, a permitir la continuidad de la actividad industrial, evitando el mayor coste social y económico posible, especialmente en relación con los trabajadores afectados (y jubilados) y las entidades públicas acreedoras”.

<sup>185</sup> Como expone ejemplarmente el Dictamen del Consejo de Estado n.º 51.259, pág. 210: “Interesa poner el acento en esta última finalidad (“la estabilización de la actividad empresarial de las entidades cuya reconversión trata de obtenerse”) por ser en ella donde se encuentra la “última ratio” del expediente, todo él inspirado en las mismas motivaciones de interés general que constituyen el fundamento de la política de reconversión industrial, conceptuable como esencial en la actual situación económica y dentro de cuyo contexto, como se ha dicho en los primeros razonamientos de este dictamen, aquél debe ser situado. Parece innecesario decir que el Consejo, al emitir el presente informe, ha prestado a este aspecto del expediente una preferente consideración”.

vados, de cobro de deudas, de gestión económica o de actividad económica simple<sup>186</sup>, en fin, de lucro<sup>187, 188</sup>) pero la entrada del interés público en ellos les atribuye naturaleza de convenios de colaboración, y, más allá de esto, el ser ese interés público meramente indirecto los encuadra dentro de los convenios de colaboración sin objeto administrativo, excluidos del ámbito de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas<sup>189</sup>.

Hemos dicho que los convenios de colaboración que tengan objeto de contrato administrativo atípico seguirán el régimen jurídico de éstos. Para ellos, según reza el art. 7.1 de la ley, serán de aplicación preferente sus propias normas, y tras ellas, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto a preparación, adjudicación, efectos y extinción del contrato. Pero un importante corolario se desprende de esta idea: las normas propias que regulen los contratos atípicos no podrán, en ningún momento, contrariar las bases establecidas por el TRLCAP. Esto es, ninguna ley o reglamento administrativo que recoja algún contrato administrativo atípico podrá ahora adjudicar ese contrato a una única empresa, por ejemplo, ya que estaría vulnerando los modos establecidos en el TRLCAP a tal efecto determinados. En rigor, esta obligación de respetar la legislación básica de contratos administrativos no es exigible en la misma medida a los reglamentos o leyes que se aprueben y que recojan algún tipo de convenio excluido del ámbito de la ley. Ello porque este tipo de convenios no pertenece a la categoría de los contratos administrativos, por lo que bien podrían estatuir sus propias normas sobre preparación o adjudicación del mismo (por ejemplo, sin necesidad de concurrencia o a iniciativa del particular).

186 Vid. MALARET I GARCÍA, E., *Público y privado en la Organización de los Juegos Olímpicos* de Barcelona, 1.992, Civitas, Madrid, 1.993, pág. 100, para quien en este ámbito, el principio de paridad de trato que se deriva de nuestro ordenamiento constitucional impide precisamente la sujeción al Derecho Administrativo. Al contrario, el Derecho Administrativo es el derecho normal para sujetar el actuar de cada Administración Pública dentro de su giro o tráfico propio, siendo aquí el uso del Derecho Privado meramente instrumental. En parecidos términos se expresa LÓPEZ MENUDO, F., *El Derecho Administrativo como derecho "especial" y "excepcional"*, opus cit., pág. 570 y ss., al proponer el uso del Derecho Privado cuando la Administración actúa bajo formas privadas, comportándose como agente privado, pero aplicando el Derecho Administrativo cuando es el Derecho "normal" aplicable para ejercer sus funciones (que, por ello, serán funciones públicas orientadas a la satisfacción de un interés público).

187 La finalidad eminentemente lucrativa de un contrato o convenio ha sido evidenciada como un estigma claro de los contratos privados de la Administración. Vid. Consideración Jurídica 3ª, in fine, del Informe 5/1.996, de 7 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Otro criterio denunciador del contenido privado de un contrato o convenio, también recogido en este Informe, mismo sitio, es que tales no afecten al concreto interés público perseguido por la Administración de que se trate.

188 También CARRETERO PÉREZ, A., *El Contrato administrativo ante la Ley de Bases del Contratos del Estado de 28-XI-1.963*, en R.A.P., nº. 45, 1.964, un tanto más radicalmente, para quien los contratos privados de la Administración son aquéllos en que no se defienden intereses generales por parte de la Administración. Siendo así, el interés general desaparece y aflora el ánimo de lucro. Este autor cree un tanto ingenuamente, que en los contratos privados entre Administraciones no existe tal ánimo (pág. 125). No estamos de acuerdo con él cuando afirma que la posición de supremacía que adopta la Administración deriva del contrato, cuando de hecho lo hace de las normas administrativas y hoy de la Constitución que le atribuye la defensa de los intereses generales (ex art. 103).

189 Como dice perfectamente el Consejo de Estado en el dictamen 51.259, a pesar de que estos convenios tengan mucho de transaccionales, "no se trata en el presente dictamen de identificar el convenio transaccional que se propone con un convenio de la clase expresada, pues se ha partido de la atipicidad de la situación que se examina en este expediente (las razones de interés público alegadas), y son sólo razones de analogía y de conveniencia objetiva las que se han tratado de poner de manifiesto para destacar la racionalidad de la solución que se intenta" (pág. 208).



## Capítulo 3º

# LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN CELEBRADOS POR ADMINISTRACIONES PÚBLICAS CON PERSONAS FÍSICAS O JURÍDICAS SUJETAS AL DERECHO PRIVADO (II): LÍMITES OBJETIVOS Y RÉGIMEN JURÍDICO

## I.

### LÍMITES OBJETIVOS DE LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN SUSCRITOS POR LA ADMINISTRACIÓN CON PARTICULARES

Una vez determinada la naturaleza jurídica específica de los convenios de colaboración (frente a los contratos administrativos, sobre todo), conviene establecer algunas consideraciones en torno al ámbito objetivo legítimo y al régimen jurídico de los mismos. Pretendemos con ello cerrar el círculo que abrimos en el capítulo primero y que nos ha traído hasta aquí desde los Fundamentos constitucionales de la colaboración de los particulares en la administración pública y su génesis histórica en el sector económico.

Y es que, al tratarse la actividad convencional, a fin de cuentas, de un tipo determinado de actividad de la Administración, los primeros límites que aquélla debe cumplir a la hora de suscribir un convenio de colaboración son los límites generales a los que debe quedar sometida toda actividad administrativa. O sea, debe respetar el principio de legalidad<sup>190</sup>, los principios recogidos en el art. 103.1 CE, y los principios básicos del régimen jurídico de las Administraciones Públicas de la Ley 30/1.992 (o sea, el art. 3, con las novedades de los principios de buena fe, confianza legítima, y, sobre todo, en lo tocante en sus relaciones con los administrados, los de eficiencia y servicio a los ciudadanos más los también novedosos principios de transparencia y participación, que aparte de como fundamento de la actividad nego-

\*\*\*\*\*  
<sup>190</sup> Entendido éste como la sujeción a toda la normativa que rija la actuación administrativa, ya sea pública o privada. CARRETERO PÉREZ, A., *La Teoría de los Actos separables*, en R.A.P., nº. 61, 1.970. llama a esto la "doble legalidad de La Administración", o sea, la administrativa y la privada (pág. 86).

cial con particulares de las Administraciones Públicas, funcionan también, como es lógico, como límites). Estos últimos principios citados (introducidos por la Ley 4/1.999, de 13 de enero, de Reforma de la Ley 30/1.992) dejan entrever cómo los nuevos aires de pactación y consenso en los que se enmarca este estudio están erosionando ya las rocosas paredes de la manera de administrar clásica basada en las decisiones unilaterales y en las prerrogativas.

## 1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA

Está íntimamente relacionado con el principal cometido de las Administraciones Públicas, y que no es otro que el servicio objetivo al interés general. Hemos de reflexionar, antes que nada, acerca del impacto que la administración por convenios, la pactación, está produciendo en las bases del Derecho administrativo clásico; éste ha sido motivado, entre otras razones, por un muy razonable recelo de los tribunales a admitir que la búsqueda de los intereses colectivos y el respeto a la legalidad sean compatibles y coetáneos con un beneficio individual de un administrado concreto. Estos prejuicios están más que justificados en algún campo concreto del contractualismo administrativo, a saber: el urbanismo. Son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que han mostrado su temor ante el empuje vigoroso de los convenios urbanísticos como motivación principal para la reforma de los Planes Generales de Ordenación Urbanística. Citemos por todas la STS 24 de abril de 1.987 (Sala 3ª), donde el Supremo se plantea la nulidad del acto de aprobación de la reforma de un PGOU en el que han existido previos convenios entre el Ayuntamiento y los particulares. El Tribunal hace una interesante distinción entre la legitimidad de éstos (lícitos a todas luces) y su posible nociva influencia en el PGOU mismo (que provocaría la nulidad del acto administrativo de aprobación de la reforma del PGOU), en el siguiente texto:

*“...en lo relativo a la postulada desviación de poder basada en los motivos anteriormente señalados, ciertamente ha de proclamarse la patente ilegalidad que supondría que el planeamiento se vinculara a pactos o transacciones celebrados entre la Administración y los particulares, en vez de atemperarse a criterios estrictamente urbanísticos, en función del necesario acatamiento del principio de legalidad, y esto sentado ha de concluirse, en el caso que nos ocupa, que si bien ha quedado suficientemente acreditada la realidad de conversaciones y pactos entre el Ayuntamiento y algunos particulares, que pudieran rebasar la finalidad perseguida al efecto en el artículo 125 del Reglamento de*

*Planeamiento, lo cierto es (...) que en modo alguno se ha probado que aquellos denunciados «pactos» hayan tenido trascendencia determinante para la aprobación definitiva del plan que nos ocupa, es decir, que si bien tales pactos, en sí mismos, y dentro del contexto procedimental en que se produjeron, deben reputarse ajenos al acto de aprobación definitiva que se recurre, como antes se dice, si tendrían relevancia a los efectos anulatorios que se postulan, si se probara que los mismos, y no el estricto acatamiento a la legalidad urbanística, han sido lo determinante para que se emitiera tal aprobación definitiva<sup>191</sup>, pero como no se ha acreditado ello, **no pueden prosperar las peticiones deducidas al respecto**, pues, salvo prueba eficaz en contrario que no se ha constatado, ha de presumirse que si el plan ha merecido por parte de la Administración la aprobación definitiva, ha sido por ceñirse a la legalidad urbanística aplicable, y no a otros factores extraños recusables”. (Fundamento de Derecho 3º de la sentencia del Tribunal a quo, ratificada en todos sus extremos por el Supremo). La negrita es nuestra.*

Para nosotros, sin embargo, el problema no es que el convenio se erija en la única razón para modificar el plan, sino que este convenio contradiga los intereses generales: desde este punto de vista, el acto no sería nulo porque obedeciera a las directrices marcadas por el convenio urbanístico, sino porque éste es irreconciliable con el interés general ínsito e immanente en la legalidad urbanística.

La sujeción al principio de legalidad tiene carácter positivo en casi la totalidad de los campos del Derecho Administrativo: quiere ello decir –como se sabe– que la Administración sólo está facultada para ejercitar una potestad propia allí donde una norma (ley o reglamento) se lo permita (y en el sentido, alcance o procedimiento que ella indique). Sin embargo, en sede de relaciones convencionales o pacticias, se entiende por la gran mayoría de la doctrina que la sujeción al principio de legalidad positivo significa permite aquí que la Administración pueda llegar a cualquier tipo de contrato, pacto, acuerdo o convenio con los particulares siempre que ello no atente, básicamente, contra el ordenamiento jurídico. Rige aquí el aforismo “Quae non

<sup>191</sup> De esta afirmación deriva una consecuencia interesante para nuestra investigación: un convenio o pacto no podrá ser causa suficiente para la reforma en un determinado sentido de un plan general de ordenación urbana. Para que sea lícito habrán de concurrir razones de interés general que, digámoslo así, actúan como concausa que legitima el recurso al convenio y engloba el interés del particular que suscribió el acuerdo y a cuyas resultas satisface su propio interés, otorgando validez al mismo. El margen de actuación que siempre deja una potestad discrecional como la de planeamiento es campo favorecedor para la firma de convenio o acuerdos, ya que, entre las múltiples opciones igualmente satisficentes de los intereses públicos puede contemplarse una que, además, sea compatible con la salvaguardia del beneficio del administrado que convino. Más difícil es el recurso al convenio de colaboración cuando la potestad es absolutamente reglada, donde la tutela del bien común está constreñida de una manera unívoca por la norma.

prohibita permisa intelliguntur”<sup>192</sup>. Por tanto, podrá suscribirse un convenio sin que expresamente se haya recogido la posibilidad de hacerlo en norma sectorial alguna, si de una interpretación de la materia o de su carácter discrecional se deriva esa opción. Tanto más cuanto la potestad que se ejerce convencionalmente es discrecional, campo en el que se deja libertad a la Administración para hacer todo lo que no esté limitado por los elementos reglados de la potestad, tal como decía el art. 2 de la Ley de la jurisdicción contenciosa de 1.956, *sensu contrario*.

La Administración se debe a la defensa de los intereses generales cuya observancia le viene atribuida por la Constitución. Se trata de otro de esos límites generales, que en este caso es también particular de la actividad negocial de la Administración, por lo que supone de confrontación de los particulares con la ella, cada uno con sus respectivos fines e intereses. Así, el art. 103.1 expresa que “La Administración sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”. Es por ello por lo que en estos pactos la Administración no puede negociar sin olvidar el interés general que ejerce, de manera que no se suele obligar en más, sino en diferentes cosas con el particular. Y ello nos lleva a plantearnos la compatibilidad de la defensa de los intereses generales con la posibilidad de convenir individualmente con particulares, a veces de modo informal, pero otras, la mayoría, comprometiendo derechos e intereses propios de la generalidad de los administrados. Se trata de una cuestión muy vieja en Derecho administrativo, que nos hace retrotraernos al debate doctrinal que se planteó en Francia (y luego en España, Italia, Alemania y demás países europeos) a finales del siglo pasado y en la primera mitad de éste: la polémica sobre la posibilidad o imposibilidad de que pudieran suscribirse contratos por parte de la Administración Pública.

\*\*\*\*\*

<sup>192</sup> Así, COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*, octava edición, Civitas, Madrid, 1.997, pág. 391, que expresa la opinión general al respecto: cuando la Administración contrata no está ejerciendo potestad administrativa alguna, por lo que puede introducir en la relación jurídica cualquier tipo de pacto o cláusula, con los límites que recoge el art. 4 TRLCAP. En parecidas palabras, si bien con referencia más a la génesis de las potestades, Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*, novena edición, Civitas, Madrid, 1.999, pág. 435, afirmando que esas nunca podrán nacer de pacto o negocio jurídico concreto alguno. Para estos autores, la libertad de pactos del art. 4 TRLCAP sería una “cláusula general de apoderamiento”, esto es, no se trata de una atribución de poderes ilimitados sino de contenido simplemente imprecisos en su definición previa, que habrán de limitarse por los conceptos jurídicos indeterminados que concurren en esa habilitación. En el caso de la libertad de pactos, los límites de respeto del interés público, Ordenamiento jurídico y principio de buena administración, junto con la competencia de la Administración competente actúan como elementos racionalizadores de la actuación administrativa (no como elementos reglados de una potestad discrecional, ya que no cabe hablar en los contratos de ejercicio de potestad administrativa alguna, como hemos adelantado).

La polémica se cerró con una escisión entre dos grandes corrientes de pensamiento: por un lado, Francia y España, como defensoras de la existencia de contratos en la esfera de la Administración. Por otra, Alemania e Italia, ésta en menor medida, que inicialmente llevaron sus reticencias hasta negar la existencia de contratos en la Administración Pública. A esta apasionante discusión se uniría rápidamente otra, desgajada de la anterior: si cabía distinguir entre contratos públicos y privados de la Administración. La Escuela del Servicio Público de Burdeos y algún que otro importante autor aislado (PEQUIGNOT<sup>193</sup>) realizaron una soberbia labor doctrinal de construcción de la Teoría de la Contratación Administrativa, haciendo comulgar instituciones tan inveteradas y apartadas entre sí como la defensa de los intereses generales y el contrato de Derecho civil.

**El gozne que encajaba ambos planos, en principio paralelos y no secantes, fue la idea de colaboración.** No se quiere que la Administración se levante de su trono para bajar al barro de la competencia y del libre mercado, mercadeando con los intereses colectivos al mejor postor. De lo que se trata no es de que se comprometa el futuro de la sociedad, defendida por la Administración, por culpa del sometimiento de ésta a los intereses privados de un contratista. Estamos hablando de la idea inversa: que el particular se adhiera al tren del bien común aportando individualmente unas prestaciones personales (bienes o servicios) necesarias en un momento determinado para la generalidad de los administrados. Y ello, a cambio de una contraprestación justa por parte de la Administración. Como ha dicho SEBASTIÁN MARTÍN RETORTILLO, la idea de colaboración es perfectamente compatible con la posición de superioridad que presenta la Administración en la contratación<sup>194</sup>. La colaboración no exige necesariamente igualdad de las partes<sup>195</sup>.

Este argumento nos vale aún con más razón en los convenios de colaboración, en los que la posición de las partes es de igualdad y la Administración no puede renunciar en ningún momento a la defensa de los intereses generales: es por ello por lo que han sido declarados nulos algunos convenios expropiatorios o generalmente, urbanísticos, al entenderse que se ha invertido el equilibrio de las prestaciones de las partes a favor del particular. Se trata de uno de los límites fundamentales a los

193 Vid. PEQUIGNOT, G., *Des Contrats administratifs*, Librairies Techniques, París premier, 1.954, citando el Arrêt Blanco (1.873) como el origen de la distinción moderna entre contratos administrativos y contratos de derecho común de la Administración (pág. 5).

194 La supremacía de la Administración en todas las relaciones paccionadas es un hecho incontrovertible: como ha destacado algún autor, esta característica se debe atribuir a todos los convenios y contratos firmados por ésta, por el hecho de tratarse de la parte económicamente más fuerte. Vid. CARBONNIER, J., *Flexible Droit*, 6ª Édition, Librairie generale de Droit et Jurisprudence, París, 1.988, pág. 271.

que se tiene que atener la Administración a la hora de concertar convenios de colaboración con particulares. Así lo destaca la Exposición de Motivos del TRLCAP, cuando dice que pretende "... recoger un común denominador sustantivo que asegure, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales de todos los españoles...". Los intereses generales se satisfacen mediante la actuación de las potestades administrativas: de planeamiento, sancionadora, reglamentaria, etc. Es por ello por lo que existe una rancia jurisprudencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo que niega virtualidad a los pactos o convenios que comprometan el libre ejercicio de esas potestades, por entender que con ello se interdice el interés general insito en ellas<sup>196</sup>.

Existen convenios en los que las prestaciones de los particulares tienen base o cobertura legal y convenios en los que tal cosa no ocurre, sino que nacen *ex novo*. Éstos últimos también son posibles porque el particular ha aceptado, da su consentimiento de obligarse. En los primeros, la Administración tiene posibilidad de dictar el acto unilateralmente, pero prefiere consensuar con el administrado por dos razones principales: porque necesite el bien o prestación de éste en concreto para prestar un servicio a los intereses públicos o porque entienda que así se administra mejor, se alcanza mayor legitimidad democrática por la Administración.

No siempre que la Administración actúa a través de actos administrativos está ejercitando potestades administrativas: tal cosa no ocurre, por ejemplo, cuando se adjudica una subvención a una empresa. Algún destacado autor, estudioso de los convenios, entiende que tal cosa es así siempre que haya un procedimiento administrativo para dictar el acto<sup>197</sup>. La cuestión es importante porque si entendemos

<sup>195</sup> Cfr. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *La Institución contractual en el Derecho Administrativo: en torno al problema de la Igualdad de las Partes*, en R.A.P., nº. 29, 1.959, pág. 101, citando a Hauriou.

<sup>196</sup> Véanse, por todas, la STS de 5 de diciembre de 1.994 (Sala de lo contencioso-administrativo), en cuyo Fundamento Jurídico segundo se dice, en relación con un convenio urbanístico: "Es doctrina constante de esta Sala [Sentencias de 13 febrero, 18 marzo y 15 abril 1.992, 19 julio 1.994, etc.] que no resulta posible una disposición de la potestad de planeamiento por vía contractual, ya que cualquiera que sea el contenido de los convenios urbanísticos, o pactos de otra naturaleza, a que un Ayuntamiento haya llegado con los administrados, las potestades urbanísticas municipales han de ejercerse con la finalidad de lograr la más adecuada ordenación urbana posible; sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que ya en otro terreno -por ejemplo, el indemnizatorio- puede desencadenar el apartamiento del Ayuntamiento de tales convenios o pactos; ni son obstáculos a tal potestad de ordenación los derechos de los propietarios, aunque en determinados supuestos puedan dar lugar a indemnizaciones", y la STS de 7 de febrero de 1.990: "...la naturaleza normativa de los Planes no se aviene, o condiciona, o vincula con pactos o acuerdos suscritos entre partes mas o menos afectadas por los mismos y el órgano elaborador y creador de aquéllos; de suerte que cualquier supuesto incumplimiento por parte de la Administración al confeccionar un Plan, con un pacto anterior con cualquier administrado no deja abierto a este otro camino que la reclamación que corresponda con base en el ejercicio de las acciones resolutorias que correspondan". (Fdto. Jco. 2º).

<sup>197</sup> Así opina PAREJO ALFONSO, L., *La Terminación convencional del procedimiento administrativo como forma alternativa de desarrollo de la actividad unilateral de la Administración*, en *Eficacia y Administración: tres estudios*, 1ª ed., Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1.995, pág. 193, para quien no cabe, por tanto, "la celebración de un acuerdo administrativo por una Administración o ente que tenga la consideración de tal que

que no cabe dictar actos sin estar ejerciendo potestad alguna podremos llegar a la conclusión de que esos actos se podrán convenir sin que haga falta habilitación positiva previa para el convenio, aunque sí, claro está, para otorgar capacidad de intervención a la Administración, por lo que se podrán suscribir convenios de terminación convencional del procedimiento sin necesidad de habilitación expresa previa tanto si el acto que se conviene no se dicta en ejercicio de potestad administrativa, como si se dicta en virtud de alguna de ellas pero sin que el convenio tenga por objeto vincular el resultado final, el núcleo duro indisponible de esas potestades (como pasa, por ejemplo, en los convenios de ejecución o fijación, en los convenios urbanísticos en los que la Administración se compromete exclusivamente a llevar a discusión (obligación de medios, no de resultado) la reforma del PGOU en el sentido pactado con un particular, o en los convenios ambientales que retrasan el ejercicio de la potestad reglamentaria). Por el contrario, sólo cabrá que se suscriban de acuerdo con una habilitación normativa previa (principio de legalidad positivo) los convenios que vinculen el resultado de tales potestades: por ejemplo, redactar paccionadamente un reglamento, o modificar el PGOU paccionadamente). Si el objeto del convenio afectara al ejercicio final de una potestad y careciera de tal habilitación normativa previa, dicho convenio no tendría carácter vinculante, y podría ser incumplido en cualquier momento por la Administración con las únicas consecuencias de indemnización de la confianza legítima que (en apariencia de legalidad) suscitaron en los particulares que pactaron. Esta distinción se encuentra ínsita en el art. 88 y como vemos, es compatible con el art. 4 TRLCAP y el llamado margen de libre negociación de la Administración.

## 2. EL DOGMA DE LA INDISPONIBILIDAD DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS: ALGUNAS LÍNEAS PROGRESIVAS PARA SU ENTENDIMIENTO

El sometimiento de la Administración Pública al Derecho ha sido, sin duda, la mayor conquista que la Democracia y las revoluciones liberales aportaron al devenir de las instituciones y a la vida de los individuos. Es uno de esos logros que engarzan de manera limpia todos los dogmas de la democracia y sin el cual no se enten-

.....  
esté actuando en régimen de Derecho Privado”, o sea, sin ejercitar potestad administrativa alguna. Para Parejo, el ejercicio de la potestad administrativa permite que siempre pueda la Administración dictar el acto administrativo unilateralmente. Nosotros no lo entendemos así, dado el carácter vinculante del acuerdo cuando no se afecta el resultado del ejercicio de la potestad misma, como desarrollaremos más adelante.

dería ésta: la protección de los derechos fundamentales de las personas, la separación de poderes, la representación popular, el pluralismo político o el sufragio activo universal se conectan o derivan, de modo más que menos directo, de ese principio.

Fruto de ese hecho –que mejor cabría calificar de proceso que de fenómeno– es el principio de legalidad: no cabe ninguna actuación o intervención administrativa sin que el poder legislativo previamente la haya permitido (o la propia Administración a través de reglamentos ejecutivos, con fundamento en la ley). Por lo tanto, si la legitimación de la Administración se encuentra heteroatribuida en el poder legislativo y en el Poder Constituyente, no cabe que a través de pactos, negocios jurídicos, contratos u otras relaciones jurídicas nacidas al calor de la pura voluntad administrativa se ejerzan potestades públicas<sup>198</sup>. El precepto en el que más claramente se recoge este principio es el art. 12 LRJAPyPAC, que habla de la irrenunciabilidad de las competencias, que no son más que el aspecto prístino y estático de las potestades (que, en esta lógica, son competencias en función).

La jurisprudencia ha dejado claro en numerosas ocasiones este extremo, incluso de forma absoluta, como en la STS de 13 de julio de 1.990, en relación con los convenios urbanísticos y su posible influencia en la potestad de planeamiento, donde el ponente (Delgado Barrio) disponía que “cualquiera que sea el contenido de los acuerdos a que el Ayuntamiento haya llegado con los administrados, aquella potestad (por la potestad de planeamiento) ha de actuarse para lograr la mejor ordenación posible...” (Fdto. Jco. 2º).

Nosotros entendemos que esta opción extrema que niega cualquier posibilidad de ejercicio consensual de potestades administrativas ya no es admisible. Y ello no solamente en virtud del art. 88 LRJAPyPAC, sino por el alcance que le damos a dicho artículo: el art. 88 es directamente aplicable y cualquier convenio sustitutivo de la resolución final (o no sustitutivo sino inserto con carácter previo a la resolución pero condicionándola) será vinculante para la Administración si en él no se compromete el resultado final del ejercicio de una potestad administrativa. Esto es, será vinculante y deberá cumplirlo cuando se obligue a la mera determinación de una obliga-

\*\*\*\*\*  
<sup>198</sup> Partiendo de la base de que no siempre toda actuación de la Administración se hace en ejercicio de una potestad administrativa, excluimos de este epígrafe aquellos convenios en los que no se vincula potestad alguna, sencillamente porque no existe: así, en los convenios de determinación de responsabilidad extracontractual. La duda surge en aquellos convenios que se insertan en el seno de una potestad administrativa, sea ésta reglada o discrecional. Y es el caso de que dando por sentado que las potestades administrativas se adjudican expresamente por ley o reglamento ejecutivo, no cabe hablar de una potestad formal de la Administración de actuación unilateral.

ción ya preexistente o cuando, siendo el objeto del convenio una potestad pública, sólo se comprometa la forma, el plazo, el modo de ejercerla pero no su resultado final<sup>199</sup>.

Es evidente que el principio de legalidad y, por consiguiente, el dogma de la indisponibilidad de las potestades administrativas por vía paccionada, se relaja cuando se trata de potestades discrecionales o de conceptos jurídicos indeterminados, donde el margen volitivo de la Administración se dilata, reduciéndose los elementos reglados que constriñen su actuación, hasta el punto de otorgarle espacio para negociar incluso el objeto de la potestad misma, lo que será posible siempre que el resultado no vaya en contra del ordenamiento jurídico ni de los intereses generales<sup>200</sup>. Un ejemplo de ello podría ser la posibilidad de vincular la potestad reglamentaria a través de convenios.

La pactación de algunos términos del ejercicio de las potestades discrecionales no sólo es posible sino que, a veces, la solución negociada es la óptima, al contar con el apoyo o colaboración del particular. Al contrario, cuando la potestad es reglada es obvio que la Administración sólo puede actuar en el sentido que la norma le marca<sup>201</sup>. En todos los casos, un acuerdo de terminación consensuada de un procedimiento administrativo tiene que respetar las normas que lo rigen, así como la finalidad del mismo (art. 53.2 LRJAPyPAC)<sup>202</sup>.

<sup>199</sup> Un ejemplo de esta posibilidad, admitida por la jurisprudencia, son los convenios urbanísticos de modificación del planeamiento urbanístico donde un Ayuntamiento sólo se obliga con el particular a realizar las gestiones pertinentes dentro de su propia competencia (como una obligación de medios, no de resultados) (STS de 7 de noviembre de 1.990), o aquel otro en el que se articula ese mismo tipo de convenios urbanísticos como sujetos a condición suspensiva, dándole eficacia *ex tunc* de manera indefinida hasta que se dé (si se da) la condición, esto es, que la Comunidad Autónoma no apruebe la reforma definitiva del planeamiento en el sentido pactado por el Ayuntamiento (STS de 25 de marzo de 1.995, Fdto. Jco. 4º).

<sup>200</sup> Esta posibilidad aparece consagrada ya en la STS de 30 de abril de 1.979, y ha sido confirmada por la STSJ Canarias de 7 de septiembre de 1.998, donde el Tribunal anula un convenio en el que un Ayuntamiento concedía, como prestación administrativa, una licencia de obras y se inhibía de ejercer su potestad sancionadora en materia urbanística, por entender que se trata de dos potestades absolutamente regladas. Acaba diciendo que "*sólo en casos de habilitaciones legales específicas, cuando el interés público y las circunstancias concurrentes determinen que la atribución a la Administración de la correspondiente potestad sea con el suficiente grado de discrecionalidad, resultará posible la terminación convencional que se refiere el artículo 88 Ley de Procedimiento Común...*".

<sup>201</sup> Así lo proclama, por ejemplo, la primera sentencia que consagró la indisponibilidad por la Administración de la potestad de planeamiento, la STS de 30 de abril de 1.979 (Ar. 1.572), que negaba validez a un convenio entre el Ayuntamiento de Murgadas y un particular en orden a la concesión de una licencia, por considerar que el objeto del mismo estaba fuera del tráfico jurídico "pues son las mismas potestades administrativas de ejercicio rigurosamente reglado, las que la Corporación compromete y enajena al margen de toda legalidad". En este caso, el contrato deviene nulo por objeto inidóneo (art. 1.271 C.C.).

<sup>202</sup> En la misma línea se muestra HUERGO LORA, A., *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2.000, pág. 116, cuando, en relación con las materias susceptibles de transacción (materia hermana de los convenios de colaboración y que nos sirve para establecer los límites de éstos), dice que "Sólo cuando la finalidad de evitar un litigio encaje de algún modo en los intereses públicos que debe perseguir al dictar ese acto discrecional, será posible comprometer (un acto administrativo) en el contrato de transacción". En todo lo demás se estará cayendo en vicio de desviación de poder.

De todas formas, teniendo esto presente, nos parece que también en el procedimiento de ejercicio de potestades regladas podrá la Administración pactar con los particulares, con base en los arts. 88 LRJAPyPAC y 111 TRRL, pues la viabilidad del acuerdo no depende tanto del margen de posibilidades de actuación de la misma sino del respeto al interés general que debe existir en toda actuación administrativa, sea reglada o discrecional.

Dicho de otra forma, siempre que se trate de convenios intraprocedimentales (ya sean de terminación convencional de procedimiento propiamente dichos, esto es, sustitutivos de la resolución unilateral final o insertos en el procedimiento con carácter previo a la misma de modo vinculante o no para ella) cabrá celebrar convenios con los interesados que hayan accedido a convenir (o así lo hayan pedido), siendo indiferente a los efectos de validez del acuerdo que la potestad que se ejerza sea reglada o discrecional<sup>203</sup>. Pero sólo se podrán celebrar convenios vinculantes cuando la potestad es reglada si no se compromete su resultado, esto es, si el convenio versa sobre un acto de trámite para el que sí se deja margen de decisión. O ni siquiera eso si el acto de trámite también es reglado. O sea, si la potestad se encuentra absolutamente reglada en todos sus trámites y resolución final, no cabrá realizar convenio alguno, aunque éste no sea vinculante, pues si la actuación reglada administrativa unilateral sólo permitía una solución válida, por fuerza la solución convenida se desviará de ese punto, aunque sólo sea por un poco. Sí se podrá pactar la medida de determinada obligación reglada, lo cual es diferente: por ejemplo, si se dice que el tiempo que se dará en audiencia a los interesados será, como mínimo, de 15 días, podrá acordarse que el plazo sea de 20 días.

Por el contrario, cuando la potestad es discrecional, se podrán celebrar pactos no vinculantes cuando el objeto del mismo sea el resultado final del ejercicio de la potestad. Y ello porque la norma no predetermina el sentido como debe resultar conformado el interés general en una potestad discrecional, siempre que se satisfaga el interés general para el que dicha potestad fue habilitada. Y, tanto más, podrá celebrar pactos vinculantes cuando se trate de determinar la medida de una resolu-

\*\*\*\*\*  
<sup>203</sup> Así, conforme al Real Decreto 1.778/1.994, de 5 de agosto, por el que se adecuan a la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las normas reguladoras de los Procedimientos de Otorgamiento, Modificación y Extinción de Autorizaciones cabrá la terminación convencional en estos casos, aunque la potestad sea eminentemente reglada. El hecho de que el art. 88 LRJAPyPAC sea directamente aplicable parece no exigir esta habilitación sectorial, tanto más cuanto que el art. 5.1 de este RD invierte su aplicabilidad y sólo lo permite allí donde la norma que regule la licencia así lo recoja. Ya hemos aludido en otro punto que este precepto vulnera el sentido del art. 88 LRJAPyPAC pues eso no supone establecer el alcance del juego de la terminación convencional sino negarla de plano allí donde no se haya recogido expresamente. Ni siquiera pensando que este RD viene a invertir la regla del art. 88 en virtud del carácter reglado de la potestad autorizatoria se salvaría la ilegalidad del citado art. 5.1, ya que, repetimos, negar directa aplicación al art. 88 es bastante más que regular el alcance del mismo.

ción previamente adoptada, en un acto de trámite (vale el ejemplo anterior). Así, por ejemplo, el Ministerio de Medio Ambiente puede pactar con las 6 petroleras existentes en el mercado español la aprobación de un reglamento que regule ambientalmente su actividad con un determinado contenido, también pactado. Ese convenio será válido si no es vinculante, por lo que, en caso de incumplimiento y aprobación del reglamento con otro contenido por parte de la Administración, podrán las petroleras, como máximo, pedir indemnización por ruptura del principio de buena fe o de la confianza legítima, pero nunca podrán exigir responsabilidad contractual, ya que el convenio no era vinculante<sup>204</sup>. Sí podrán pedir esa responsabilidad cuando el convenio era vinculante, esto es, cuando versaba sobre un objeto que no suponía un compromiso para el resultado de una potestad administrativa. Vale el caso de la audiencia fijada en 20 días: si la Administración no respetara ese plazo y redujera la audiencia a 15, cabría primero, anular ese acto de trámite, por la indefensión que provoca ese vicio formal, y segundo, pedir responsabilidad contractual.

**Vemos pues cómo el acento, a nuestro parecer, no debe ponerse en mantener a ultranza el dogma de la indisponibilidad de las potestades administrativas sino en la vinculatoriedad o no de su ejercicio consensual, y en determinar qué se puede pactar de forma vinculante (cualquier forma de ejercicio de la potestad que no comprometa el resultado de la misma, como puede ser el precio a pagar en una expropiación forzosa) y qué de manera no vinculante<sup>205</sup> (el resultado de la misma: siguiendo el ejemplo anterior, no cabría un convenio por el que se me excluyera del procedimiento expropiatorio a cambio de dinero o de una permuta)<sup>206</sup>.**

Si pensáramos que los actos administrativos se dictan siempre en ejercicio de una potestad administrativa, entonces, los convenios sólo podrán ser preparatorios de los

<sup>204</sup> Tampoco podrán las Administraciones incurrir en arbitrariedad, o celebrar el convenio sin la debida protección de posibles terceros interesados (que pueden acabar constituyéndose como *free-riders*), o hacerlo sin seguir el procedimiento establecido por las normas para el dictado de actos administrativos (caso de procedimientos intraprocedimentales).

<sup>205</sup> Ahí se encuentra la gran diferencia entre los convenios de colaboración celebrados entre Administraciones Públicas y los celebrados por Administraciones Públicas con personas físicas o jurídicas sometidas al Derecho Privado. En aquéllos no se dispone de potestades administrativas, sino que directamente se ejercen competencias (art. 6.2, b) LRJAPyPAC), lo que les hace ser de obligatorio cumplimiento para las Administraciones (art. 8.2 LRJAPyPAC), en aras de los intereses públicos que ambas partes protegen.

<sup>206</sup> Tampoco cabría, para poner otro ejemplo clarificador, que la Administración pactara de manera vinculante con los propietarios de los solares de una unidad de ejecución, la elección del sistema de ejecución del planeamiento, eligiendo la compensación, ya que se trata de una potestad (aunque sea discrecional) de la Administración que implica comprometer un resultado. O en el que se negociara la clasificación de un suelo. Si se hiciera de manera no vinculante y se incumpliera por la Administración, escogiéndose finalmente el sistema de expropiación, se tendrá que indemnizar a los particulares por ruptura de la confianza legítima o buena fe, pero nunca por responsabilidad contractual.

mismos. Al contrario y diciendo lo mismo, sólo cabrán convenios sustitutivos si no se afecta al resultado del ejercicio de la potestad, limitándose entonces el acto a establecer la medida de una obligación predeterminada. Cabría así distinguir entre convenios de ejecución, que se limitan a concretar la medida de obligaciones establecidas en el planeamiento urbanístico, territorial o ambiental en vigor, pudiendo entonces los convenios ser sustitutivos de la resolución final; y convenios de modificación de dicho planeamiento, limitándose entonces a ser preparativos de la resolución (como es obvio para así no vincular el ejercicio de la potestad de planeamiento). Las estipulaciones de los convenios modificativos del planeamiento en vigor sólo tienen el efecto de vincular a las partes del convenio para la iniciativa y tramitación de los pertinentes procedimientos para la modificación o revisión del planeamiento o instrumento de que se trate sobre la base del acuerdo sobre la oportunidad, conveniencia y posibilidad de una nueva solución de ordenación ambiental, territorial o urbanística. En ningún caso vincularán o condicionarán el ejercicio por la Administración pública, incluso la firmante del convenio, de la potestad de planeamiento o de aprobación del pertinente instrumento. Con ello se salva, por tanto, el principio de la indisponibilidad de las potestades administrativas. Los convenios que no impliquen modificación del planeamiento son vinculantes en su resultado.

Decíamos arriba que para que la Administración pudiera celebrar convenios intraprocedimentales (que podrán ser, como hemos dicho, o finalizadores o no de un procedimiento administrativo), haría falta, pues, un procedimiento administrativo previamente establecido por una ley o reglamento, ya que sólo cabe hablar de esos convenios cuando previamente la Administración estuviera habilitada para actuar unilateralmente (principio de legalidad positiva), pero el que sea necesaria esa norma habilitadora de la actuación unilateral previa no significa que en ella se tenga que prever expresamente la posibilidad de los convenios intraprocedimentales para que éstos puedan darse. Ésa es la virtualidad del art. 88 de la LRJAPyPAC. Y ello no debiera extrañarnos cuando ya el art. 4 TRLCAP establece ese principio de libertad negocial general (que no legalidad negativa; el principio de legalidad es siempre positivo) para toda la actividad convencional de la Administración con los particulares.

Sin embargo, para los convenios de colaboración extraprocedimentales (aquéllos celebrados en ausencia de una norma que establezca un procedimiento concreto para actuar potestades en materias sectoriales) rige también el art. 4 TRLCAP, para cuya actuación seguirá siendo necesaria la atribución de una potestad previa por la norma, si no expresamente, sí implícitamente, con algún enganche y cobertura normativa previa. **Sólo será necesaria la habilitación previa expresa del recurso a los convenios extraprocedimentales o intraprocedimentales cuando en ellos se afecte, condicione o disponga el resultado del ejercicio de una potestad adminis-**

trativa (recordemos que para el ejercicio de las potestades administrativas, al menos para las regladas, la vinculación al principio de legalidad siempre es positiva y que, por tanto, no será necesaria habilitación normativa positiva para una actividad administrativa en la que no se ejerza una potestad administrativa). Esto es lo que ocurre en la actividad contractual de la Administración, donde, en principio, no se ejercita potestad administrativa alguna al margen de ella misma, teniendo sólo una sustancia adjetiva que alude a las formas a emplear para la consecución de los intereses generales previamente determinados por la norma. Prima en ella, pues, el principio de libertad de pactos del art. 4 TRLCAP, donde se permite que la Administración pueda celebrar con los particulares cualquier contrato, convenio, pacto o condición con el único límite de no conculcar el Ordenamiento jurídico, y gracias a cuya habilitación siempre cabrá recurrir al pacto en lugar de a la actuación unilateral, intra o extraprocedimental<sup>207</sup>, si previamente existía capacidad de actuar (de acuerdo al principio de legalidad).

Siguiendo esa lógica, no será necesaria habilitación normativa expresa para que una Administración pueda celebrar un convenio extraprocedimental si en él no se vincula directamente el resultado final de una potestad administrativa. Así, por ejemplo, un convenio de colaboración por el que el Ayuntamiento de Sevilla entrega una nueva sede física a la ONG Banco de Alimentos a cambio de que extienda su acción social a un barrio marginado de la periferia. O un convenio de colaboración por el que la Consejería de medio ambiente de Andalucía otorga una subvención anual de 300 millones de pesetas a la empresa minera Boliden Apirsa a cambio de que mantenga la plantilla de personal contratado en el Pueblo de Aznalcóllar. Aquí no cabría hablar de contratos, pues no existe un objeto patrimonial (un *do ut des*, para entendernos) sino que la causa del negocio es la colaboración para prestar fines privados de interés público. Obsérvese cómo todos estos convenios extraprocedimentales responden, además, por lo general, al esquema del fomento<sup>208</sup>.

<sup>207</sup> Por acuerdos extraprocedimentales no nos referimos a aquéllos que se realizan arbitrariamente, sin seguir procedimiento administrativo alguno. Siempre existirán elementos reglados del procedimiento, como la Administración competente, la obligación de justificación de la resolución adoptada, el sentido del silencio, etc.).

<sup>208</sup> Los convenios de fomento suelen venir previstos en Órdenes Ministeriales, que habilitan a la Administración correspondiente para la concesión de ayudas de un modo paccionado, como veremos más adelante cuando tratemos las principales manifestaciones no ambientales de los convenios de colaboración. Así, por ejemplo, los convenios celebrados por el SENPA con asociaciones o empresas privadas para la producción de forraje verde para el ganado, amparados por la normativa agraria comunitaria, que la jurisprudencia ha estimado vinculantes para las dos partes. Así, la STS de 6 de octubre de 1.998, Ar.7.653, donde se establecía que: " Tal convenio nace de la libre determinación de las partes, ya que la inclusión de "Representaciones de Empresas, SA" en tal régimen, con la consiguiente obtención de subvenciones, es voluntaria y constituye un vínculo obligatorio para ambas partes -Administración y Empresa- de tal suerte que el incumplimiento de las condiciones necesarias para la obtención de la ayuda comunitaria determina la supresión de las subvenciones y el reintegro de las ya disfrutadas.". Otro ejem-

Por todo lo visto podemos concluir que mientras que los convenios extraprocedimentales suelen ser de fomento, los de ejecución o fijación serán siempre intraprocedimentales, *secundum legem*, pues sólo se puede determinar el alcance o medida de una obligación cuando existe una situación de sujeción del particular, o sea, cuando hay un procedimiento administrativo previo.

Así, v. gr., un convenio por el que se reparte la cuantía de una subvención (para cuya concesión existe un procedimiento) entre las tres empresas candidatas es de ejecución e intraprocedimental. No nos confunda el dato de que sea una actividad de fomento. Es un supuesto de terminación convencional del procedimiento de subvención, que se suscribe para mejorar el fomento (una subvención repartida aquí mejoraría los resultados que su adjudicación íntegra a una sola candidata conseguiría), por lo que no hace falta que el procedimiento de subvención recoja la posibilidad de terminación convencional, pues no se afecta con ello a potestad alguna.

**Por ello, tanto los convenios intraprocedimentales como los extraprocedimentales pueden o no afectar o vincular el resultado del ejercicio de una potestad.** Así, un convenio extraprocedimental por el que el Ministerio de Medio Ambiente pacte con las 6 petroleras más importantes de España la reforma en un determinado sentido de un reglamento a cambio de que reduzcan en un 15% sus emisiones en los próximos 5 años; aquí se afectaría a la potestad reglamentaria, por lo que este convenio exigiría habilitación expresa para poderse celebrar.

Y lo mismo cabría decirse de los convenios intraprocedimentales, que también exigirán expreso permiso de la norma si en ellos se vincula el resultado final de una potestad administrativa. Así, verbigracia, si la LEF se aprobara hoy (una vez vigente el art. 88 LRJAPyPAC) no hubiera hecho falta que permitiera expresamente los convenios expropiatorios, pues en ellos no se afecta el resultado final de la potestad expropiatoria, ya que la decisión de expropiar tal propiedad se toma siempre unilateralmente y sólo se conviene la medida de la cantidad a pagar y las condiciones del traspaso de la propiedad<sup>209</sup>.

\*\*\*\*\*  
 plo puede constituirlo el convenio suscrito en 1.975 entre el Presidente del Gobierno y sus Ministros con el grupo editorial DYRSA por el que la Administración se desprendía de las acciones de esta empresa y se las devolvía a ella, a cambio del pago de unas subvenciones mensuales. La STS de 2 de julio de 1.994, Ar. 6.673 resultaba igualmente la vinculatoriedad de los compromisos aceptados por la Administración, aunque el convenio se celebrara verbalmente en una reunión más o menos informal. Allí dice que: "...se trata de un convenio para posibilitar la continuidad de un periódico diario, editado por una Sociedad Anónima, en cuyo capital tenía una importante participación el Estado, y, en consecuencia, tiene la naturaleza de una acción concertada, nacida de la libre determinación de las partes y, por tanto, vinculante para ambas conforme al principio general del Derecho «pacta sunt servanda» [Sentencias del Tribunal Supremo de 17 noviembre 1.983, 12 diciembre 1.983 y 18 marzo 1.985].".

<sup>209</sup> Al contrario, haría falta habilitación normativa expresa para que un convenio urbanístico de modificación del PGOU pudiera vincular el resultado de la potestad planificadora en el sentido determinado por el convenio pues aquí se estaría afectando al resultado final del ejercicio de esa potestad. Tampoco haría falta, por ejemplo, habilitación expresa para pactar la terminación convencional de una beca para estudiar en la Universidad, concediéndola, ya que con ello no se está vinculando potestad administrativa alguna.

Como conclusión, será precisa una habilitación normativa expresa que permita celebrar un convenio –sea intraprocedimental sustitutivo o extraprocedimental– si se afecta el resultado final del ejercicio de una potestad administrativa<sup>210</sup> y no hará falta –ya sea convenio intra o extraprocedimental– en los demás casos. Por ende, la razón de hablar de convenios intra o extraprocedimentales es que los extraprocedimentales suelen ser casi siempre de fomento y los intraprocedimentales de ejecución o conciertos. Cabría, de todas formas, celebrar un convenio extraprocedimental en un sector o materia cubierta por una norma (y sería de ejecución de una obligación previa). Así, un convenio ambiental para reducir los policlorobifenilos dentro de las obligaciones establecidas en una norma o acto administrativo (no previstos en norma alguna pero celebrados para cumplir con una finalidad prevista por el acuerdo del Consejo de ministros de 6 de abril de 2.001 por el que se aprueba el Plan Nacional de Descontaminación de Policlorobifenilos), sería un convenio extraprocedimental cubierto por norma o acto previo, y estaría ejecutándola o determinándola, pues concretaría el alcance de una obligación previamente recogida en norma o acto administrativo.

Los convenios extraprocedimentales sin cobertura legal sectorial propia serán casi siempre de fomento; al contrario, cuando exista dicha cobertura legal o de acto administrativo (serían una especie de convenios ejecutivos), podrán ser de fomento o de ejecución, o uniendo ambas facetas a la vez.

### A. Excurso sobre la viabilidad de los convenios en el ejercicio de la potestad reglamentaria

Respecto a la imposibilidad de vincular la potestad reglamentaria a través de convenios, la doctrina se muestra más o menos pacífica<sup>211</sup>.

<sup>210</sup> Al contrario de la opinión de HUERGO LORA, A., *Los convenios urbanísticos*, Civitas, Madrid, 1.998, pág. 135, que sí entiende necesaria dicha habilitación cuando se trata de acuerdos atípicos sustitutivos, porque en ellos siempre se ejercen potestades administrativas. Nosotros entendemos que no siempre que se dicta un acto administrativo se está ejerciendo potestades, por lo que cabría un acuerdo o convenio de terminación convencional sin tal habilitación, esto es, bastando la genérica del art. 88 LRJAPyPAC. Así, por ejemplo, en los procedimientos de responsabilidad extracontractual o en algunos procedimientos adjetivos como los de evaluación de impacto ambiental, como veremos más tarde. Además, desde que el art. 88 LRJAPyPAC existe no cabría hablar ya de convenios sustitutivos del acto administrativo atípicos, dada su directa aplicabilidad. Si cabría decir, como límite general, que la Administración no puede obligarse en más de lo que puede hacerlo cuando actúa unilateralmente. Otra cosa ocurre en los convenios atípicos, en los que, al no existir procedimiento preestablecido no cabe dicho límite sino el de respeto de la legalidad, del Ordenamiento jurídico, de manera que no se contravenga jamás ningún precepto de cualquier norma imperativa.

<sup>211</sup> Tal cosa se ha negado en rotundo respecto de los convenios interadministrativos (campo en el que son frecuentes convenios de tipo normativo, algunos de cuyos ejemplos ha extraído RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *Los Convenios entre Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1.997, págs. 293-295), con lo que el peso del

Nosotros partimos también de ese origen, esto es, de la ilicitud que significaría comprometer el ejercicio de la potestad reglamentaria, pero en el bien entendido de que, en determinadas circunstancias (número reducido de destinatarios de la norma, búsqueda del interés general que ellos representan, antecedentes de incumplimientos normativos sistemáticos, conflictividad judicial, etc) cabría y sería deseable pactar los términos como va a quedar redactado un reglamento. La doctrina administrativista no debería escandalizarse de este hecho, tanto más cuanto la jurisprudencia ha ido acentuando el carácter participativo de la audiencia que, desde siempre, la legislación ha exigido de los interesados y afectados por el reglamento<sup>212</sup>.

Este tipo de pactos, por supuesto, no sería vinculante para la Administración (la STS de 24 de abril de 1.987, Ar. 4.747, así lo dice, en parecidos términos, para la potestad de planificación urbanística –reglamentaria en muchos sentidos– que “el acto realmente sustantivo para la operatividad del plan, es el de la aprobación definitiva”), por lo que podría incumplirlos con la sola obligación de indemnizar por responsabilidad extracontractual, pero debiendo haber intentado siempre cumplirlos hasta el extremo en que esté en su mano<sup>213</sup>. Existe algún caso en la jurisper-

argumento debe ser aún mayor en el caso de convenios celebrados entre Administraciones y particulares. Para los convenios entre Administraciones véase MARTÍN HUERTA, P., *Los convenios interadministrativos*, INAP, Madrid, 2.000, págs. 192 y 193, donde parece unirse a la postura también negativa de MENÉNDEZ REXACH, A., *Los convenios entre Comunidades Autónomas: Comentario al artículo 145.2 de la Constitución*, CEC, Madrid, 1.992, págs. 91 y ss. También en esa línea se encuentran SANTOLAYA MACHETTI, P., *Descentralización y cooperación*, IEAL, Madrid, 1.984, págs. 448 a 553 y JIMÉNEZ BLANCO, A., *Las relaciones de funcionamiento entre el poder central y los entes territoriales. Supervisión, solidaridad, coordinación*, IEAL, Madrid, 1.985, págs. 139 y ss. Ninguno de los autores que hasta ahora han estudiado la materia han ido más allá de la cerrazón en banda inicial, por lo que, hasta ahora, ha quedado imprejuizado en la doctrina española los términos en que cabría vincular o no la potestad reglamentaria, altar sacrosanto de la voluntad de la Administración. Nosotros intentaremos más adelante realizar un esfuerzo de avance, fundamentalmente centrado en el campo ambiental.

<sup>212</sup> El art. 24.1, letra c) de la Ley 50/1.997, de 27 de noviembre, del Gobierno, reconoce hoy el derecho de audiencia de los ciudadanos y organizaciones afectadas por la disposición administrativa en términos ya bastante generosos.

Si esto es así a fecha de hoy, ¿qué inconveniente plantearía que, en aquellos casos en que los destinatarios estuvieran determinados y fueran pocos, se les diera un grado más de participación en el ejercicio de un poder público que tanto les afecta como el establecimiento de su régimen jurídico? ¿No sería ello más beneficioso que criticable? ¿No se mejora así el interés público, tanto más cuanto que no serían nunca vinculantes sino meros compromisos que racionalizan y “anticipan” la regulación formal lo que redundaría, además, en seguridad jurídica? A su favor, los arts. 9.2, 129.1 y 105, letra a) CE, que se remiten a las leyes para fijar el grado de la participación en los reglamentos, entre las que se encuentra, también, la LRJAPyPAC, con su art. 88. Además, cualquier posible desviación de poder hacia el interés particular podría ser apreciada por la Secretaría General Técnica del Ministerio correspondiente, por el Consejo de Estado o los Consejos consultivos de las CC.AA., para los reglamentos ejecutorios (que son la mayor parte de los que se dictan en España) y en última instancia, por los Tribunales (art. 106 CE).

<sup>213</sup> A ello obliga el principio de buena fe, hasta el límite en que potencialmente se pueda llegar, como recuerda TAJADURA TEJADA, J., *El principio de cooperación en el Estado autonómico*, editorial Comares, 2ª edición, Granada, 2.000, págs. 104 y 105. Estos pactos se han dado también, como ya dijimos en este capítulo, con los decretos de la reconversión industrial, pactados entre la Administración y los diferentes sectores industriales: R. D. 2.200/1.980, R. D. 2.206/1.980 o R. D. 878/1.981, o el sistema diseñado por el art. 16 del R. D. Ley 9/1.981 o art. 1.2 Ley 21/1.982. Por supuesto, estos acuerdos tampoco eran vinculantes, ya que la potestad reglamentaria no puede jamás quedar sujeta a negociación, al tratarse, como todas las potestades administrativas, de facultades absolutas tendientes a una consecución lo más objetiva posible del interés general, de acuerdo, únicamente, con la Constitución y las leyes (art. 97 CE).

dencia, no obstante, que aboga por la obligación de cumplir los términos del convenio y, por consiguiente, de que la disposición administrativa posterior no se aparte de ellos<sup>214</sup>.

Su validez supone que tienen vocación de cumplirse, por supuesto, pero si así se hiciera se ha de hacer para favorecer los intereses generales, que serán los de la ordenación del sector con el que se pacta (en Francia este tipo de convenios se conoce con el nombre genérico de *contrats de branche*). La vinculatoriedad de estos pactos iría, además, contra las normas que establecen en la publicación de los reglamentos el momento desde el que desplegarán sus efectos (art. 24.2 LG y demás preceptos homólogos de las leyes autonómicas). No cabría pedir tal responsabilidad cuando se aprueba un reglamento pactado y después la Administración lo deroga con otro dictado unilateralmente, ya que no cabría hablar de ruptura de la confianza legítima de los que convinieron que, a lo más, sólo podrían esperar ver aprobado el primer reglamento en el sentido por ello pactado pero no a que éste se perpetuara en el tiempo, al menos si nada se fijó sobre su vigencia.

El convenio que se celebrara sobre los concretos términos de un reglamento sería, pues, válido pero no como una obligación de la Administración de aprobarlo en el sentido y términos pactados con los particulares sino como mera obligación de medios, que obligaría a la Administración a discutir tal posibilidad y a motivar en caso de apartamiento del convenio. Estos convenios sobre el contenido de la dispo-

214 Así lo entiende el Tribunal Supremo en su STS de 18 de marzo de 1.985 (Ar. 2.828). Trata esta sentencia de una Orden del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social de 25 de mayo de 1.981, sobre establecimiento de coeficientes reductores aplicables durante 1.981 para determinar empresas, que modificó los términos de un convenio de colaboración al que previamente habían llegado el Ministerio y la Federación Empresarial de la Industria Eléctrica, que englobaba a las destinatarias de la disposición aludida. La sentencia llega a la conclusión de que el Ministerio no podía incumplir a través de un reglamento los coeficientes de las cuotas de participación que previamente había pactado con las empresas, si bien relativiza este extremo en atención a la normativa sectorial propia de este tipo de convenios. Reproducimos íntegramente, por su interés, el Considerando 2º, que dice así: "Que según también aduce la entidad demandante, aun cuando el convenio de colaboración con la Administración, aquí contemplado, tenga la naturaleza de contrato administrativo, pero no le son de aplicación las normas específicas que regulan esa clase de contratos, en virtud de la exclusión que se hace en el artículo 2.7, de la Ley que las contiene, de 8 de Abril de 1.965, sin embargo, se añade, si le son de aplicación los principios que informan las reglas comunes a los diferentes contratos, contenidos en el Capítulo II, del Título Preliminar del Texto Legal, según precisa el artículo 3 del Reglamento de dicha Ley, de 25 de Noviembre de 1.975, por lo cual no era permitido a la Administración, modificar unilateralmente, como se hace en la Orden impugnada, los términos de aquel convenio de colaboración, concretamente el coeficiente de la cuota de participación. Mas no se tiene en cuenta al argumentar así, que precisamente según el citado artículo 3 del Reglamento, **los convenios expresados, excluidos del ámbito de la legislación sobre contratos administrativos, se siguen regulando por sus normas peculiares y que entre éstas, por lo que se refiere a dichos convenios de colaboración, se contienen en el Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social, Decreto n. 2.065/74, de 30 de Mayo y en el Decreto número 1245/79, de 25 de Mayo, sobre Asunción por la Tesorería General de la recaudación de cuotas, las disposiciones de los artículos 208 y 4.º, respectivamente, facultando expresamente al Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, para la determinación temporal de los mencionados coeficientes, por lo que al hacerlo así, en la Orden impugnada, lo fue indudablemente, en virtud de aquella facultad conferida en los preceptos legales citados, peculiares en la materia de que aquí se trata**".

sición administrativa en poco divergen de los acuerdos de terminación convencional de un procedimiento administrativo (art. 88 LRJAPyPAC) sustitutivos de la resolución final. Si éstos están permitidos no se explica por qué no han de estarlo aquéllos, siempre que se muevan en los límites que allí se explicitan: siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado y que no supongan alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos.

Puesto que con ello se afecta al resultado de la potestad, a nuestro entender, nunca podrían conveniarse de modo vinculante los actos fundamentales de ejercicio de la potestad reglamentaria, como la decisión de iniciar o no el procedimiento (u, obviamente, la aprobación propiamente dicha de la disposición). Así, un convenio suscrito entre el Ministerio de Medio Ambiente y las petroleras existentes en el mercado español por el que aquélla se compromete a no regular el sector a cambio de que éstas se comprometan a autorregularse en un sentido determinado o a mejorar sus prestaciones ambientales cada año en unos niveles predeterminados<sup>215</sup>. O, por ejemplo, aquel convenio por el que la Administración se obligara a conceder una moratoria de 5 años a los potenciales destinatarios para proceder a regular una materia, a cambio de que éstos realicen determinadas actuaciones de adaptación.

Este tipo de pactos será estudiado en la legislación y práctica ambientales estadounidense, hasta el punto de permitir la adopción de leyes pactadas. Al capítulo quinto, pues, nos remitimos.

Si la doctrina parece haber admitido últimamente cierta pactabilidad de los reglamentos a través de convenios interadministrativos, en nada empece que se empiece a pensar lo propio respecto de los convenios celebrados con personas físicas y/o jurídicas sometidas al Derecho Privado<sup>216</sup>.

<sup>215</sup> En estos casos, más que en los convenios que pretenden fijar el contenido del reglamento en sí, la pactación no significaría mayor cosa que una condición suspensiva sobre la potestad reglamentaria, pero siempre con el entendimiento de fondo de que tal gravamen puede ser roto en cualquier momento por la Administración (como cualquier otro que suponga una conформación del ejercicio o resultado final de una potestad administrativa) con la única obligación de indemnizar por la ruptura de la confianza legítima de los particulares que convinieron.

<sup>216</sup> Así, por ejemplo, MARTÍN HUERTA, P., *Los convenios interadministrativos*, INAP, Madrid, 2.000, págs. 185, entienden que se debe admitir la admisibilidad de los convenios interadministrativos que vinculen potestades públicas salvo en caso de que una norma lo prohíba expresamente. Se agarra para ello con buena lógica al principio de necesaria colaboración y coordinación en el ejercicio de las competencias públicas cuando éstas son concurrentes (por todas, STC 102/1.995, en el caso ambiental). También HUERGO LORA, A., *Los Contratos sobre los Actos y las Potestades administrativas*, Civitas, 1.998, págs. 348 a 355, estima que podría salvarse esa posibilidad, cuando, como dice el autor, el grado de concreción del reglamento sea máximo, esto es, cuando nos encontremos ante reglamentos que, por estar dirigidos a un muy concreto grupo de administrados, condicione lo menos posible los intereses generales.

Seguindo los esquemas de nuestra investigación, podemos hablar también de convenios vinculantes en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Serían aquellos convenios *secundum legem*, en los que algunos de sus términos han quedado determinados por límites claros prefijados por una ley o reglamento previo<sup>217</sup>. En tales casos, los sujetos pactantes se limitan a concretar el alcance de esa obligación o actuación administrativa, lo que pueden realizar válidamente por no suponer ello condicionar en modo alguno el ejercicio de la potestad, interesando meramente los aledaños o esferas accesorias a su núcleo duro, que, como venimos diciendo en esta investigación, lo compone el resultado final de la misma, su contenido reglado y la decisión de ejercerla o no. Todo lo demás es pactable de modo vinculante y su vulneración por parte de la Administración dará lugar a responsabilidad contractual de la Administración<sup>218</sup>.

217 Es el caso, por ejemplo, del convenio celebrado entre la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios del Ministerio del Interior y la Asociación Horizontes Abiertos, de 7 de febrero de 1.995, el cual dio lugar a la creación, por Orden de 24 de marzo de 1.995, de dos Unidades Dependientes del Establecimiento Penitenciario Centro de Inserción Social «Victoria Kent», de Madrid, cuya experiencia ha resultado ser altamente positiva para ambas partes y fundamentalmente para las personas que de ellas se están beneficiando.; y el de 9 de marzo de 2.000 firmado entre la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y la misma Asociación por el que se creaba el establecimiento penitenciario Madrid VI (Aranjuez): crea una Unidad Dependiente por medio de la Orden del Ministerio del Interior de 6 de abril de 2.000. En este campo, el recurso a los convenios está previsto de alguna manera por los artículos 69.2 de la Ley Orgánica 1/1.979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y 165 y 166 del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1.996, de 9 de febrero, ya que en ellos **se busca la coordinación con las distintas Administraciones Públicas y la colaboración y participación de los ciudadanos y de instituciones o asociaciones públicas y privadas ocupadas en la resocialización de reclusos**. Otro ejemplo puede ser el de las unidades dependientes que se crearon como consecuencia de lo acordado en el convenio de colaboración, suscrito con fecha 7 de abril de 1.995 entre la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios y la Asociación de Hogares para niños privados de ambiente familiar «Nuevo Futuro», entidad de reconocida solvencia que viene colaborando desde hace tiempo con instituciones penitenciarias, entre otras, en actividades de atención a niños y promoción personal y socio-laboral de internas madres (Orden de 26 de junio de 1.995, del Ministerio Justicia e Interior, por la que se crea unidades dependientes de los establecimientos penitenciarios de Alcalá de Guadaíra (Sevilla), Las Palmas de Gran Canaria y centro de inserción social «Torre Espioca», de Valencia, respectivamente). O también, la unidad dependiente que se creó como consecuencia de lo acordado en el convenio de colaboración, suscrito con fecha 16 de septiembre de 1.994 entre la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios y la Fundación Ametzagaña de San Sebastián, entidad de reconocida solvencia y larga trayectoria en la reeducación y en la reinserción de jóvenes marginados y delincuentes (Orden de 22 de noviembre de 1.994, del Ministerio de Justicia e Interior, por la que se crea una unidad en las instalaciones de la Fundación Ametzagaña, dependiente del centro penitenciario de San Sebastián.

Por su parte, MARTÍN HUERTA, P., *Los convenios interadministrativos*, INAP, Madrid, 2.000, págs. 192 da algún ejemplo de este tipo de convenios, si bien interadministrativos, como los que firma el Ministerio de Trabajo con las CC.AA. sobre realización de certificados médicos a inmigrantes (BOE de 13 de marzo de 1.990). En ellos se pacta que los Servicios de Salud autonómicos aprueben "norma suficiente" para garantizar los derechos médicos gratuitos para trabajadores emigrantes, recogidos en el art. 22 de la Ley 33/1.971, de 21 de julio, de emigración. También, en relación con los convenios interadministrativos, RUIZ ROBLEDO, A., *Sobre la naturaleza jurídica de los convenios entre Comunidades Autónomas*, en MONREAL, A. (editor), *El Estado de las Autonomías*, Tecnos, Madrid, 1.991, págs. 73 a 78, MAURI I MAJÓS en TORNOS MÁS, J (coordinador), *Administración pública y procedimiento administrativo: comentarios a la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre*, editorial Bosch, Barcelona, 1.994, pág. 91 y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *Los Convenios entre Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1.997, págs. 293 a 301. Si el anclaje de esa posibilidad se encuentra en la necesidad de coordinar competencias concurrentes, ¿no habría pensar en la viabilidad de este tipo de pactos con los particulares, aun con carácter no vinculante, con la intención de reforzar la colaboración privada para los fines de interés general, que, a fin de cuentas, es lo que buscan los convenios de colaboración que estamos estudiando?

218 Para los convenios entre Administraciones véase MARTÍN HUERTA, P., *Los convenios interadministrativos*, INAP, Madrid, 2.000, págs. 192 y 193, donde parece unirse a la postura también negativa de MENÉNDEZ REXACH, A., *Los*

Igual viabilidad otorgamos al posible convenio que se celebrara entre un Ministerio y determinadas personas jurídicas privadas por el que aquél se compromete a aprobar una determinada ley en un sentido determinado: a lo más que podrá llegar el Ministerio es a aprobar el anteproyecto de ley y a elevarlo al Consejo de Ministros para su posterior debate (si el pacto se realizó con éste, hasta aquí llegará su obligación), obligación de medios que no vincula, por supuesto, a aprobar la ley en el tenor final establecido, pues no cabe afectar en ningún sentido las competencias del Parlamento.

### 3. EL ART. 106 CE

Donde se prescribe que la actuación administrativa ha de ser legal y adecuada a sus fines, para lo cual debe someterse a la actuación de los tribunales. Cuando hablamos de fines nos referimos siempre a la defensa de los intereses generales, concretizados en cada caso concreto por el tipo de actividad sectorial en que se desarrolle la actividad negocial de la Administración.

Así, cuando se perfecciona un convenio urbanístico la principal finalidad será favorecer un entorno urbano adecuado, sostenible y respetuoso con los valores ornamentales, patrimoniales y ambientales de la ciudad o pueblo, reparto de las plusvalías, etc. Cuando se trate de un convenio expropiatorio, quizá la finalidad sea agilizar el procedimiento, dada la premura con que se suelen llevar a cabo estas actuaciones...

El problema de los fines es su vaguedad (deben ser inducidos de la normativa) y, sobre todo, la jerarquía entre ellos, a efectos de fundar o no un posible recurso contencioso por desviación de poder.

### 4. LOS LÍMITES IMPUESTOS A LA CAPACIDAD ADMINISTRATIVA PARA CELEBRAR CONVENIOS DE COLABORACIÓN RECOGIDOS EN EL ART. 4 DEL TRLCAP<sup>219</sup>

Este importante precepto versa sobre la libertad de pactos de que dispone la Administración en materia contractual, de la que se deriva la capacidad administrativa de suscribir convenios de colaboración atípicos o extraprocedimentales.

\*\*\*\*\*

*convenios entre Comunidades Autónomas: Comentario al artículo 145.2 e la Constitución*, CEC, Madrid, 1.992, págs. 91 y ss. También en esa línea se encuentran SANTOLAYA MACHETTI, P., *Descentralización y cooperación*, IEAL, Madrid, 1.984, págs. 448 a 553 y JIMÉNEZ BLANCO, A., *Las relaciones de funcionamiento entre el poder central y los entes territoriales. Supervisión, solidaridad, coordinación*, IEAL, Madrid, 1.985, págs. 139 y ss.

<sup>219</sup> La mayoría de la doctrina reconoce que los márgenes de maniobra que este artículo concede a la Administración en su actividad pacticia son menores que los que el art. 1.255 otorga a los particulares. Vid. por ejemplo, AA.VV., *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª edición revisada y puesta al día, Cedecs editorial, S. L., Barcelona, 1.996, pág. 34.

Evidentemente, se trata de un precepto inscrito dentro de una ley sobre contratación de las Administraciones Públicas. Pero, ¿obligará exclusivamente a aquellos convenios de colaboración cuya naturaleza sea contractual administrativa o a todos ellos? Nuestra opinión es que dicho precepto es un límite para todos los convenios de colaboración sin excepción. Y ello porque, como reza el tenor literal, el objeto de este artículo son los “contratos, pactos o condiciones”. Si nos atenemos al aforismo latino “Inclusio unius, exclusio alterius”, debemos de concluir que con esta enumeración de tres términos no se quiere dar diferentes nombres a un mismo concepto, no se refieren a una misma idea por medio de tres sinónimos.

Lo que quiere decir la ley es que los límites que se enumeran en el art. 4 son para los contratos, para los pactos y para las condiciones suscritas por la Administración, como tres elementos distintos y que deliberadamente abarcan todo el abanico de pactación al que puede someterse la Administración cuando trata con particulares: la vinculación máxima, conformada por los contratos (administrativos o privados), la media (pactos) dentro de cuyo género incluimos los convenios de colaboración todos, acuerdos, consorcios y demás acuerdos de voluntades o negocios jurídicos bi/multilaterales) y la mínima (condiciones), en cuya expresión vemos aquellos actos administrativos necesitados de aceptación o colaboración por el particular o aquellas prestaciones administrativas afectadas –condicionadas– como subvenciones y otras medidas de fomento, que serán convenio de colaboración en la medida en que tengan por objeto el desarrollo de una actividad privada de interés público. De todas formas hemos de dejar claro que los límites que establece el art. 4 del Real Decreto Legislativo 2/2.000, para la Administración son más estrictos que los fija el art. 1.255 C.C. para los particulares<sup>220</sup>.

Y ello por razones evidentes, dada la afectación inherente a los intereses públicos de todo el actuar administrativo, ya sea éste unilateral o pacticio. Tal vez por esta voca-

220 Vid. STS de 25 de julio de 1.989, Fdto. Jurídico. 6º, donde deja claro que “... El artículo 3 de la Ley de Contratos del Estado, a primera vista reitera lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código Civil (...). Semejante conclusión, sin embargo, sería errónea. Por lo siguiente: a) Porque la Ley constituye el límite de la actuación válida de la Administración (...); b) Porque la presunción está a favor del carácter de derecho necesario de esas normas según lo prueba el que cuando el legislador quiere atribuirles carácter voluntario lo dice expresamente (...) c) Porque –por lo menos en el ámbito local que es, precisamente, en el que estamos– la primacía de lo normativo sobre lo contractual está expresamente proclamado en el artículo 21.2.º del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales (...). Lo que supone que el contrato se subordina a lo normativo –sea norma reglamentaria o legal, sea el Reglamento de 1.953 o cualquier otra norma de ámbito general-. Debemos añadir que esta subordinación de la autonomía de la voluntad a lo normativo que tiene lugar en la contratación administrativa tiene su razón de ser en la necesidad de proteger tanto los intereses de la Administración (normas sobre mora, fianzas, interpretación y modificación de los contratos, etc.), como los del contratista (normas sobre riesgo y ventura, revisión de precios, etc.). Así pues, como regla general las normas sobre el contenido de los contratos administrativos son de derecho necesario y no contractual...”.

ción absoluta de la Administración LÓPEZ MUÑIZ denuncia que la Administración no tiene “libertad” de pactos sino pura discrecionalidad administrativa a la hora de determinar cuál es el interés público que debe satisfacer en todo momento y qué acuerdos, convenios o contratos debe perfeccionar para conseguirlos<sup>221</sup>.

Quede claro que este artículo no presupone la vinculación para la Administración de cualquier pacto o convenio que se suscriba, como se colige de la expresión “deberá cumplirlos a tenor de los mismos”, con lo que enlaza con el art. 88 LRJAPyPAC, donde igualmente se dice que serán o no vinculantes dependiendo de lo que diga la norma sectorial que los recoja.

Esos límites son el interés público, el ordenamiento jurídico y los principios de buena administración. Los dos primeros, por genéricos y evidentes, no merecen la pena ser comentados<sup>222</sup>. Baste decir que el primero de ellos concuerda con el art. 103 CE, ya tratado, y que el segundo es excesivamente amplio, pues engloba a su vez al primero, y porque cumplirlo de manera estricta sería casi imposible porque supondría no sólo no contravenir con esos pactos ni la Constitución, ni las leyes, ni los reglamentos (fuentes normales de la contratación), sino tampoco los principios generales del derecho ni la costumbre. Se trata de no conculcar en nada todo el Ordenamiento jurídico, no sólo la normativa concreta del caso específico. Claro que por Ordenamiento jurídico debe entenderse la normativa aplicable al caso concreto: o sea, estar al sistema de fuentes establecido para cada caso.

Se permiten, pues, los convenios *secundum legem* (típicos) y también los *praeter legem* (atípicos), con el límite, estos últimos, de no poder contravenir las reglas imperativas del ordenamiento jurídico (prohibición de convenios *contra legem*<sup>223</sup>).

221 Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J. L., *Naturaleza de los Contratos públicos a la Luz del Derecho Español, su Fundamento y sus Consecuencias, Capítulo VI: Contratos Administrativos*, de la Obra Colectiva en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff, dirigida por Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, 1.998, págs. 945-955. Por ello cabría reinterpretar el art. 4 de la Ley de Contratos como que sólo pueden concertar las Administraciones públicas los contratos, pactos y condiciones que reclame el interés público. La Administración, en suma, carece de *libertad de pactos*. Lo que tiene es mera *discrecionalidad* administrativa, siempre severa e intrínsecamente limitada por un cúmulo de principios y de reglas que la vinculan positivamente. Para este autor, la celebración de contratos no deja de ser una potestad administrativa unilateral de la Administración, que se perfecciona con el acto administrativo de adjudicación del contrato, si bien deja abierta la posibilidad de entender que, cuando existe igualdad entre las partes (algo que se predica más de los convenios de colaboración), los contratos se perfeccionan simultáneamente de manera consensual.

222 Recordaremos aquí, por lo que tiene de literaria, la definición que Rousseau daba de interés público, recogida en DE MÍGUEZ GONZÁLEZ, J. C.; DÍEZ DE CASTRO J.; BARRADA BEIRAS, C.; *Organizaciones públicas versus privadas: unha distinción*, en RE.G.A.P. nº. 17, 1.997. Según el filósofo francés, “...el interés público me beneficiará a mí igual que a cualquier otro ciudadano, mejor que beneficiarme a mí a costa de otro ciudadano...”. (pág. 142).

223 Cfr. en el mismo sentido, COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*, octava edición, Civitas, Madrid, 1.997, pág. 362, que considera que por medio de convenio no cabe establecer obligaciones para el particular más gravosas de las que cabría imponer por acto unilateral. Así, incluso, cabe interpretar el art. 262.3 de la Ley 2/2.001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, cuando, en su art. 262.3, en relación con los convenios urbanísticos de ejecución del planeamiento, dispone: “Cuando los par-

Cuando se habla de principios de buena administración se quiere aludir a aquella doctrina italiana sobre los principios de “buon andamento dell’amministrazione”. La buena administración tiene mucho que ver con una actividad administrativa racional, que respete los intereses generales, especialmente maleables y fungibles en la contratación administrativa<sup>224</sup>. Aplicada a los actos preparatorios o de adjudicación de los contratos administrativos, o a la perfección de un convenio de colaboración con un determinado particular, exige una motivación adecuada de la decisión (art. 54.1, f) Ley 30/1.992). La justificación del concreto contenido de un acto discrecional no puede basarse en el dato de su discrecionalidad. La actuación de una potestad discrecional se legitima explicitando las razones que determinan la decisión con criterios de racionalidad y, en lo que ahora importa, de buena administración.

Como vemos, se trata de límites amplísimos, que constriñen la actividad negocial de la Administración Pública más de lo que lo hace el art. 1.255 C.C. o el art. 38 C.C. con los particulares<sup>225</sup>. La Administración carece de “libre autonomía de la voluntad” al estilo de los privados, ya que en su actuación debe someterse en todo momento al principio de legalidad<sup>226</sup>.

La buena administración refiere siempre a los medios a emplear por las Administraciones en la consecución de sus fines de interés público. Estos principios ya venían establecidos en la Exposición de Motivos de la Ley de Bases de Contratos del Estado: “Los principios de buena administración indican al funcionario que, además de sujetarse a Derecho, ha de actuar siguiendo las pautas de un quehacer útil y oportuno para la causa pública”<sup>227</sup>.

La buena administración tiene mucho que ver con una actividad administrativa racional, que respete los intereses generales, especialmente maleables y fungibles en

titulares que suscriban el convenio, con la conformidad de todos los propietarios afectados, asuman la completa responsabilidad del desarrollo y urbanización de un Sector, o de una o varias unidades de actuación, podrán definir su gestión en todos los detalles, apartándose incluso de los sistemas de actuación regulados en esta Ley.”

<sup>224</sup> Vid., por ejemplo, STS de 21 de junio de 1.991, que versa sobre los límites existentes para controlar la discrecionalidad de la contratación administrativa en la esfera local. El Fundamento de Derecho 3º proclama que “...ha de invocarse a este respecto el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos recogido en el art. 9.3 de la Constitución, principio este que aspira a que la actuación de la Administración sirva con racionalidad los intereses generales –art. 103.1 de la Constitución– y más específicamente, en lo que ahora importa, a que esa actuación venga inspirada por las exigencias de los «principios de buena administración» –art. 3 de la Ley de Contratos del Estado y hoy también art. 111 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril”.

<sup>225</sup> Según GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, opus cit., pág. 417, los particulares reciben su habilitación contractual de ambos artículos y no sólo del muy comentado art. 1.255 sobre la autonomía de la voluntad.

<sup>226</sup> Véase en nota supra 106 la diferencia existente entre el art. 1.255 C.C. y el art. 4 TRLCAP.

<sup>227</sup> De todas formas, como nos recuerda DE SOLA RAFECAS, J. M., *Contratos administrativos y Contratos privados de la Administración*, Editorial Tecnos, Madrid, 1.990, pág. 160, “no debe olvidarse que los «principios de buena administración» –relativos a los medios– siempre se encuentran supeditados al «interés público» –fin del contrato–”.

la contratación administrativa<sup>228</sup>. Aplicada a los actos preparatorios o de adjudicación de los contratos administrativos, o a la perfección de un convenio de colaboración con un determinado particular, exige una motivación adecuada de la decisión (art. 54.1, f) Ley 30/1.992). La justificación del concreto contenido de un acto discrecional no puede basarse en el dato de su discrecionalidad. La actuación de una potestad discrecional se legitima explicitando las razones que determinan la decisión con criterios de racionalidad y, en lo que ahora importa, de buena administración. Otras veces, como aclara el Fdto. Jurídico. 4º de la STS de 21 de junio de 1.991, la buena administración exige atender a criterios de pura eficiencia económica: que llevados al ámbito de los convenios ambientales inspiraría la suscripción de un convenio cuando la actuación administrativa así planteada resulte menos gravosa que la realizada unilateralmente, o la apertura de un procedimiento de selección del particular mediante concurso o subasta cuando ello sea posible<sup>229</sup>.

## 5. LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DEL ART. 88 DE LA LRJAPYAC

Sin duda alguna, la rama actualmente más frondosa del tronco que conforman los convenios de colaboración es la terminación convencional de los procedimientos administrativos, a pesar de su juventud. Se trata de una de las principales novedades que trajo consigo la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: la posibilidad, recogida en su art. 88, de terminar el procedimiento administrativo, de suyo unilateral, por medio de un acuerdo, pacto, convenio o contrato entre la Administración instructora del mismo y el administrado destinatario del acto administrativo.

Con este precepto, el Derecho Administrativo español llena una laguna legal que se hacía si cabe más honda si nos comparamos con países de nuestro entorno, como Alemania o Italia, donde la terminación convencional de los procedimientos admi-

228 Vid., por ejemplo, STS de 21 de junio de 1.991, que versa sobre los límites existentes para controlar la discrecionalidad de la contratación administrativa en la esfera local. El Fundamento de Derecho 3º proclama que "...ha de invocarse a este respecto el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos recogido en el art. 9.3 de la Constitución, principio este que aspira a que la actuación de la Administración sirva con racionalidad los intereses generales -art. 103.1 de la Constitución- y más específicamente, en lo que ahora importa, a que esa actuación venga inspirada por las exigencias de los «principios de buena administración» -art. 3 de la Ley de Contratos del Estado y hoy también art. 111 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril-".

229 Como dispone, por ejemplo, el Real decreto 225/1.993, de 17 de diciembre, por el que se regula el Reglamento del Procedimiento para la Concesión de Subvenciones y Ayudas públicas, ya comentado más arriba.

nistrativos y el ejercicio consensual de potestades ya estaba regulado en las Leyes de Procedimiento Administrativo de 1.976 y 1.990 respectivamente.

El paso dado es trascendental por varias razones, pero principalmente por tres:

- con la terminación convencional del procedimiento se otorga, por primera vez, una calidad intrínseca a la participación de los ciudadanos en los asuntos administrativos (principio recogido, como sabemos, en el art. 105 CE y citado en otras varias ocasiones a lo largo de la Constitución, como en los arts. 9.2, 48 ó 129),

- de manera que la visión individualista de los administrados ayuda a la determinación de lo que sea Derecho administrativo, intereses generales, en el caso concreto, añadiendo a la visión administrativa unos parámetros de realidad y eficacia que ésta puede, si tiene a bien, tener en cuenta<sup>230</sup>;

- construyendo la posibilidad de celebración de estos acuerdos o contratos a que sean intraprocedimentales, esto es, a que se celebren dentro de un procedimiento previamente establecido, insertándose con carácter previo a la resolución que le ponga fin, o siendo sustitutivo de la misma<sup>231</sup>. No cabe, pues, hablar de acuerdos intraprocedimentales con particulares si no existe un procedimiento que ordene una concreta actividad administrativa ni un permiso expreso o implícito (veremos en qué medi-

<sup>230</sup> El que sea vista con naturalidad la alternativa consensuada a la actividad administrativa clásica unilateral debe concebirse como uno de los síntomas de la plasmación concreta del tránsito del Estado social al Estado democrático de Derecho. Pasada ya la época de la procura existencial/asistencial, el ciudadano busca una participación más activa en los asuntos que le conciernen. Ello no puede excluir una reflexión filosófica de fondo: siendo la colectividad lo importante para el Estado social, ahora es el individuo el que emerge como principal preocupación para el Estado, a quien integra y consulta para conformar los intereses generales. Es así que el ciudadano está pasando de ser destinatario a agente de la intervención pública. Es un nuevo "estilo", una nueva "manera de administrar" por la que puede optar la Administración siempre que una norma concreta así se lo permita. Como apunta PAREJO ALFONSO, L. en PAREJO ALFONSO, L., (Coautor) / JIMÉNEZ BLANCO, A., (Coautor) / ORTEGA ÁLVAREZ, L., (Coautor), *Manual de Derecho Administrativo*, 5ª ed. corr. y puesta al día, Ariel, Barcelona, 1.998, pág. 600, la terminación convencional de los procedimientos administrativos supone un avance trascendental por lo que supone de ruptura del ejercicio unilateral de potestades administrativas, como veremos posteriormente al tratar los actos consensuales o los contratos sobre actos y potestades administrativas. La pactación de los actos administrativos redundaría en una menor litigiosidad de los particulares respecto a la Administración, ya que aquéllos "consienten", de alguna manera, en las decisiones que les afectan, en lo que podríamos llamar una especie de democracia directa procedimental, rememorando aquel título de LUHMANN, N., *Legitimation durch Verfahren*, 3ª edición, Luchterhand, Darmstadt und Neuwied, 1.978 (Legitimación a través del procedimiento).

<sup>231</sup> Tendrán entonces los convenios carácter de acto de instrucción si se insertan con carácter previo a la resolución final y si son sustitutivos de ésta, tendrán carácter de auténtica terminación convencional del procedimiento. Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento administrativo común*, Vol. II, editorial Civitas, Madrid, segunda edición, 1.999, pág. 2.031. Los acuerdos previos podrán vincular o no, y ello en todo o en parte de la resolución final, por lo que, en palabras de este autor (pág. 2.028), supone que la Administración tendrá más margen de autonomía en su decisión final. Aunque no se puede hablar con propiedad de autonomía cuando se trata de una Administración pública, entendemos que tal cosa es cierta cuando el convenio previo a la resolución es realmente vinculante para la Administración, porque cuando no lo sea (en el sentido que comentaremos en este capítulo), siempre podrá la Administración incumplir lo pactado y proceder a terminar de manera unilateral el procedimiento.

da) para hacerlo en una norma (que, además, podrá prever el alcance, efectos y régimen jurídico de tales acuerdos). Tampoco podremos hablar de terminación convencional si el acuerdo es previo al inicio del procedimiento y no se ha insertado en él o en el acto administrativo-resolución. Lo mismo cabe decir si se llega a ese acuerdo de manera extraprocedimental, a través de conversaciones paralelas pero externas al procedimiento en curso, si tampoco se inserta en él o en el acto-resolución. En consecuencia: da igual dónde y en qué momento se llegue al acuerdo, siempre que éste se “encarne” dentro del procedimiento en cualquier trámite prefijado, de manera independiente, constituyéndose por sí mismo como acto de trámite o como acto-resolución del procedimiento. Por tanto, los acuerdos, pactos, convenios o contratos pueden tener origen intra o extraprocedimental (en este último caso se habla de actividad informal de la Administración, actividad que, cuando tiene un contenido sustancioso, induce a sospecha y a cautelas bajo el prisma del principio de legalidad<sup>232</sup>), debiendo siempre engancharse en un momento procedimental cualquiera.

No queda claro, por ejemplo, en qué casos el negocio jurídico bilateral que termina el procedimiento será un acuerdo o pacto, un convenio (que será de colaboración) o un contrato. Nos inclinamos, primero, por la teoría nominal: el nombre que las partes den a ese negocio será el querido por ellas, sin que aquí tenga demasiada importancia la teoría del levantamiento del velo, al jugar la propia Administración el papel de garante de los intereses generales y tratarse todas ellas de figuras de Derecho Público.

Así, se preferirá el contrato para atribuir una mayor fuerza de obligar<sup>233</sup>, o cuando existe un *do ut des* entre ambas partes, esto es, concesiones mutuas para llegar a un acuerdo. Dada la exclusividad e indisponibilidad del contenido de los contratos, que viene marcada por el objeto que se les atribuye en el TRLCAP, todo parece invi-

<sup>232</sup> Evidentemente, nada tiene de clandestino las actividades no convencionales o formalizadas que pueda llevar a cabo un Ministerio o Consejería acudiendo a Congresos o reuniones en organismos, tanto nacionales como extranjeras, relacionadas con la investigación relacionada de sus competencias.

<sup>233</sup> Recordemos que, en contra de lo que cabe pensarse de los convenios, los contratos administrativos sí vinculan a la Administración, para la que tienen fuerza jurídica de obligar (STS, Sala 3ª, de 31 de enero de 1.995), sin que la Administración pueda alterar unilateralmente las cláusulas pactadas en el contrato (STS, Sala 3ª, de 12 de junio de 1.980), so pena de nulidad del contrato celebrado (STS, Sala 3ª, de 21 de enero de 1.994). Para PAREJO ALFONSO, L., *La Terminación convencional del procedimiento administrativo como forma alternativa de desarrollo de la actividad unilateral de la Administración*, en *Eficacia y Administración: tres estudios*, 1ª ed., Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1.995, págs. 178, 179 y 210, no sólo los contratos de terminación convencional de un procedimiento son vinculantes para la Administración, sino que las conversaciones informales que lleven al pacto podrían provocar –caso de no llegarse a respetar lo pactado– el nacimiento de una culpa *in contrahendo* en la Administración. En su opinión, si no se le hubiera querido dar carácter vinculante no se hablaría de contratos pues tal vez esa sea la nota más esencial de los mismos. Su visión puede alcanzar mayor sustento en atención a la STS de 7 de octubre de 1.991 (R. Ar. 7.520), que calificó determinadas actuaciones de tolerancia e informales de la Administración como «actos externos propios» de la misma, capaces de generar una confianza en el particular digna de protección, si bien la actuación administrativa no se insertaba en una relación convencional sino que consistió en una nota de difusión de ciertos criterios entre los miembros del sector de fabricación de harinas.

tar a pensar que sólo podrá usarse un contrato para terminar un procedimiento cuando su objeto sea de contrato típico, ya sea administrativo o privado, o de contrato atípico, administrativo o privado, así recogido por una norma administrativa específica o, en su defecto, por tener objeto puramente patrimonial<sup>234</sup>.

El convenio de colaboración se preferirá la mayoría de las veces, ya que la razón de ser del negocio se basa en la colaboración, en una comunidad de fines, y no en el lucro. Además, es la figura jurídica más adecuada para sustituir la resolución administrativa unilateral, por la finalidad colaborativa que implica de aceptación mutua de la opinión de la otra parte; se utilizará el simple acuerdo o pacto cuando no se quiere otorgar efectos vinculantes para la Administración de lo pactado.

De todas formas, nos parece poco afortunada la pluralidad de figuras que recoge el art. 88.1 LRJAPyPAC como susceptibles de concluir el procedimiento administrativo, ya que no queda claro en qué situaciones cabe recurrir a unas o a otras. En aras de la uniformidad, del principio de igualdad y del de seguridad, nosotros hubiéramos abogado porque sólo cupiese terminar consensuadamente un procedimiento administrativo a través de convenios de colaboración, por varias razones:

a. Dado que el administrado inserto en el procedimiento es una persona determinada, hablaríamos aquí de negocio *in tuitu personae*, cualidad puramente característica de los convenios de colaboración celebrado con una persona física o jurídica, cuya elección es independiente de su cualificación como empresario (requisito puramente contractual). Los contratos de la Administración, por el contrario, giran alrededor de la figura del empresario e imponen unos requisitos de publicidad o libre concurrencia que no serían aplicables, obviamente, en estos casos<sup>235</sup>. Sí cabría otor-

<sup>234</sup> Un contrato de terminación convencional de un procedimiento administrativo podrá tener objeto de contrato administrativo típico (o sea, que verse sobre obras, suministro, servicio público, consultoría y asistencia o servicios) cuando se trate de terminar convencionalmente el procedimiento de adjudicación de uno de esos contratos. Así, sería un contrato dentro del procedimiento de adjudicación de un contrato, y serviría, por ejemplo, para conceder el contrato a más de una persona, o para recoger otras cláusulas negociales que no se encontraban en el pliego de condiciones. De todas formas, no debemos dudar que es extraña la posibilidad de que quepa terminar convencionalmente un procedimiento a través de un contrato, cuando la figura que mejor se amolda (por la causa, forma y objeto de la terminación convencional) a la figura es la del convenio.

<sup>235</sup> La STS de 8 de marzo de 1.990 (Ar. 1.816) establece algunas diferencias entre los convenios de colaboración celebrados por una Administración con una/varias persona/s física/s o jurídica/s sometida/s al Derecho Privado para el fomento de actividades privadas económicas de interés general (aquí con la Universidad de Navarra) y los contratos administrativos de gestión de servicios públicos a través de concierto, entre las que establece la siguiente: "Contrariamente a lo mantenido por la representación de la Universidad de Navarra, no puede ser calificado el Convenio en cuestión como un «Contrato de Gestión de Servicios» en la modalidad de «concierto», pues todo el contrato de gestión de servicios, en sus distintas modalidades, gira sustancialmente en torno a la figura del «empresario», como se infiere de la generalidad de los preceptos de la Ley de Contratos del Estado y de su Reglamento que regulan dicha contratación típica, sin embargo. Como la misma representación de la Universidad de Navarra aduce, «en primer lugar no hay empresario» amén de que la idea de tal «empresario» está en el artículo 205 del Reglamento en relación con el artículo 66.3º, de la Ley de Contratos del Estado citados;".

gar derecho de audiencia a los interesados en el procedimiento, con carácter previo a la adopción de uno de estos acuerdos, pudiendo adherirse o no al proyecto de acuerdo o convenio, pero sin poder negociarlo rigurosamente por no ser ninguno de ellos destinatario final del procedimiento.

b. Dada la comodidad y la inercia de la práctica de la actuación unilateral de la Administración, será generalmente el particular el que suela proponer el pacto de terminación convencional a la Administración, buscando su interés personal sin que haya mediado ninguna *invitatio ad offerendum* de ésta, como es propio en los contratos de la Administración al publicarse el pliego de condiciones. Este dato es propio también de los convenios de colaboración.

c. Tal como propone el art. 88 LRJAPyPAC, no será necesaria una norma sectorial que expresamente permita la terminación convencional de cada concreto procedimiento, lo que ocurre también con los convenios de colaboración (ex art. 3.1, d) y 3.2 TRLCAP). Esto es, la libertad de pactos de que goza la Administración al contratar (arts. 4 TRLCAP, art. 2 de la Ley de Patrimonio del Estado y 111 TRRL) permite recurrir al pacto cuando no esté expresamente prohibido por el ordenamiento jurídico<sup>236</sup> y, por tanto, la celebración de cualesquiera convenios de colaboración, con sometimiento a los límites que en ese art. 4 TRLCAP se señalan<sup>237</sup>. La norma-

<sup>236</sup> Así se recoge en la jurisprudencia sobre convenios. Como botón de muestra sirva la STS de 8 de julio de 1.989 (Ar. 5.729), donde, en un convenio urbanístico, se dice expresamente que los convenios no pueden “derogar, ni en beneficio de la Administración ni a favor de los particulares, las reglamentaciones de carácter imperativo”. Entre esas reglamentaciones, claro está, se encuentran las reglas de cumplimiento necesario sobre contratación, recogidas en el TRLCAP (STS, Sala 3ª, de 25 de junio de 1.989). A esta jurisprudencia se une GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Ámbito de aplicación de la ley*, en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, dirigida por GÓMEZ-FERRER MORANT, R., editorial Civitas, Madrid, 1.996, pág. 119, quien juzga que por la vía del art. 4 TRLCAP no se puede excepcionar la regulación material de los contratos contenida en la Ley, que es derecho necesario, *ius cogens* y no meramente aplicable en defecto de pactos. También en ese sentido, BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A., en *EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS Y DE LOS JUZGADOS, Contratos de las Administraciones Públicas. Comentarios al Texto Refundido de la Ley*, publicaciones Abella, 3ª edición, Madrid, 2.000, pág. 180, comentando el art. 4 del TRLCAP, entendiendo que la Administración no podrá introducir en los pliegos cláusulas derogatorias o modificativas del art. 99 TRLCAP (donde se recogen los derechos de los contratistas), aunque beneficien al interés público y HUERGO LORA, A., *Los convenios urbanísticos*, Civitas, Madrid, 1.998, págs. 125 y 126, quien cifra en ambos artículos la capacidad de las Administraciones de celebrar convenios urbanísticos sin amparo legal o normativo expreso, aunque dichos convenios tengan por objeto el ejercicio de potestades administrativas, porque la habilitación está incluida ya en la capacidad contractual de las Administraciones Públicas (pág. 129). Cuando exista incompatibilidad entre lo establecido en un convenio y el contenido prefijado de una potestad administrativa, deberá primar éste sobre aquél (STS de 29 de noviembre de 1.993, en relación con la contradicción entre un convenio urbanístico y el contenido gráfico del Plan).

<sup>237</sup> Así lo recoge el Informe 1/1.971 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 12 de febrero, donde se afirma que la libertad contractual se traduce en la posibilidad de celebrar convenios atípicos, mixtos o complejos, al igual que la Ley autoriza en el ámbito puramente privado, y el Dictamen nº. 50.456 del Consejo de Estado, de 7 de mayo de 1.987, de donde se resalta que la atipicidad no queda en absoluto vedada a la Administración en sus actividades paccionadas. Abundando en ello, que el art. 4 TRLCAP es la cláusula genérica habilitadora de la capacidad de la Administración de celebrar cualesquiera convenios de colaboración del art. 3.1, d) TRLCAP lo reafirma la STS de 4 de junio de 1.985 (Ar. 3.166), donde se declara que: “...como convenio de colaboración, otorga-

tiva sectorial tiene una misión “complementaria” respecto de dicha habilitación general, modulando el régimen jurídico de los convenios celebrados, pudiendo llegar a prever esa posibilidad.

d. Mientras que en el contrato cada parte busca su beneficio (el interés general la Administración y el beneficio propio el particular), cuando la Administración consiente en terminar consensuadamente un procedimiento busca algo más que ese interés general en sentido estricto: busca llegar a un nuevo concepto de interés general mejor que el que previamente pudiera haber concebido de modo unilateral, al que llega involucrando, integrando al particular como medio necesario e imprescindible para conseguir una meta que sin él no sería posible, de manera que, aunque el particular siga moviéndose por un interés egoísta, la Administración es quien tiene la palabra final de convenir o no. **Esto es, mientras que en el contrato la Administración necesita la prestación objetiva (el negocio se celebra *en atención a la cosa*, podríamos decir), la persona que se lo presta es indiferente y no tiene más remedio que contratar para satisfacer sus necesidades (que son las generales, no lo olvidemos), en la terminación convencional de un procedimiento la Administración siempre puede no pactar con el particular, dictando un acto administrativo unilateral que satisfaría perfectamente el interés general. Si accede a pactar es porque estima que, en ese caso concreto, la prestación del administrado satisface cuantitativamente en igual medida el interés general al que sirve, pero siendo así que le añade un plus de calidad a la actividad administrativa: la reducción de la litigiosidad, la facilitación de la participación de los administrados, de la democracia directa, en fin... coadyuvando a realizar otra manera de administrar que entronca más naturalmente con la confianza de los ciudadanos en los asuntos públicos<sup>238</sup> y que supone un paso hacia delante en la evolución del Derecho Administrativo.**

do en virtud de autorización del Gobierno, y celebrado entre la Administración con particulares, con objeto de fomentar la realización de actividades económicas privadas de interés público; y si bien ese convenio queda fuera del ámbito de dicha Ley y Reglamento, en virtud de lo dispuesto en los referidos preceptos, le son aplicables los principios de dicha Ley para resolver las dudas y lagunas que pudiera plantearse, y en especial lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley y 4 del Reglamento citados, conforme a los que la Administración puede concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos; deber éste que resulta igualmente procedente por aplicación supletoria de los principios generales de contratación, en razón a lo dispuesto por el artículo 4-3) del Código Civil.”. En idéntico sentido se pronuncia la STS de 28 de mayo de 1.985 (Ar. 2.413).

<sup>238</sup> Nótese que usamos las expresiones *in tuitu rei/in tuitu personae* de una manera atípica, para referirnos al carácter individualizado de los convenios de colaboración, al ser celebrados *in personam*, no solamente en relación con aquéllas en las que se buscan las cualidades especiales de un administrado determinado, sino también de aquéllas otras en las que se persigue la cosa concreta propiedad de una persona determinada. Véase que el acento se pone sobre la determinación en concreto de la persona, ya se busque sus cualidades personales o las de su patrimonio, aunque en este último caso sea evidente la intercambiabilidad intersubjetiva de la cosa concreta.

Consideramos también que estos pactos, convenios, acuerdos o contratos tienen carácter administrativo porque se dan entre las partes presentes en el procedimiento administrativo, y porque se adhieren a la vocación de satisfacer de manera directa el interés público que la Administración firmante tiene encomendado. Ese interés público puede exigir bien acordar imponer la voluntad de la Administración en el asunto que se ventila en el procedimiento administrativo, bien ceder a la voluntad del particular, por estimarse que de continuarse el procedimiento resolviéndose de manera normal se perjudicarían más aún los intereses generales, o bien negociar los términos del acuerdo, lo que sería más lógico.

Esta figura de la terminación convencional de los procedimientos administrativos tiene su antecedente en la transacción, figura contractual autocompositiva radicada en nuestro Código Civil. Sin embargo, los abusos que el uso de la transacción ha provocado históricamente en la Hacienda y el dominio públicos determinaron que legalmente se exigieran determinadas cautelas para llevarla a cabo (Dictamen preceptivo del Consejo de Estado y aprobación mediante Decreto), lo que ha motivado su proscripción *de facto* y su sustitución por meros acuerdos informales *extra procesum*<sup>239</sup>.

Un caso prototípico de convenio procesal finalizador del procedimiento es el que recoge el art. 7 del Real Decreto 2.225/1.993, de 17 de diciembre, por el que se regula el Reglamento del Procedimiento para la Concesión de Subvenciones y Ayudas públicas, ya aludido<sup>240</sup>.

Aquí, la finalidad del acuerdo convencional se concreta mejor que en el propio artículo 88 de la Ley 30/1.992. Mientras que en éste no se alude a una causa concreta por la que se deba acudir a este modo de finalización del procedimiento, teniéndola que cifrar en meras razones de eficacia o racionalización de la actuación administrativa, en este citado art. 7 se expone que será cuando por el número y circunstancias de los solicitantes y la naturaleza de la subvención así lo requiera. Con ello está aludiendo a razones de justicia distributiva: es posible dividir el monto de las subvenciones entre el número, reducido, de los solicitantes, cuando entre ellos se llegue a un acuerdo en este sentido. Prefieren los candidatos renunciar a una sub-

\*\*\*\*\*  
<sup>239</sup> Ya en 1.954, CLAVERO ARÉVALO, F. M., *Posibilidades de Transacción con la Administración local*, en Revista de Estudios de la Vida local, nº. 73, año 1.954, limitaba el espacio para la transacción, sobre todo porque transigir supone un ceder, un claudicar de los derechos propios, siendo así, decía, que los derechos y propiedades de la Administración no son pactables, a no ser que una ley lo permita, pues están encaminados a la satisfacción del interés general (pág. 166 y ss.).

<sup>240</sup> Otro caso ejemplar lo constituye el art. 13 del Real Decreto 735/1.995, de 5 de mayo, del Ministerio Trabajo y Seguridad Social, que regula las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo.

vención íntegra ganada en buena lid ante el temor a no obtener ninguna porque consideren que existen otros solicitantes mejor situados que ellos en la pugna (lo que es válido según el art. 6.2 C.C. siempre que no vaya contra el interés público ni en perjuicio de terceros). Con ello se atiende al interés público y al particular en la misma medida.

En este caso, además, no se trata propiamente de un acuerdo sustitutivo de la resolución o acto administrativo, puesto que el convenio no vinculará al órgano resolutor, quien dispondrá lo que estime oportuno con absoluta libertad de criterios. Por tanto, parece ser más bien un acuerdo previo, de los del art. 88.1, *in fine*, de la Ley 30/1.992, o sea, acuerdos que se insertan en el procedimiento administrativo con carácter previo, vinculantes o no, a la resolución que les ponga fin<sup>241</sup>.

Dentro del art. 88 Ley 30/1.992, respecto a los acuerdos vinculantes no sustitutivos, ¿qué ocurre cuando la Administración no respeta el contenido de lo pactado? No sería posible argumentar a favor de la entrada en juego del silencio administrativo, para otorgar efectos o no a dicho acuerdo. Y ello, a nuestro juicio, porque el silencio administrativo es un mecanismo que tiene cabida para dar respuesta afirmativa o negativa a una petición del particular de carácter no vinculante, de la que la Administración puede, obviamente, apartarse.

Pero, ¿qué ocurriría si la Administración aprobara directamente una resolución en la que no recogiera el pacto en el sentido convenido? En nuestra opinión, el art. 29 LJCA sólo obliga a la Administración a cumplir aquello para lo que puede comprometerse. Esto es, si el pacto era vinculante (lo será en las circunstancias y situaciones que exponemos más adelante), la Administración estaría obligada a cumplir lo pactado, en cuyo caso el recurso al art. 29 está perfectamente justificado, ya que el objeto del acuerdo está dentro del comercio. Por el contrario, si lo pactado no lo estaba, en el sentido indicado, no estará la Administración vinculada ni sus potestades comprometidas. Con esto quiere reiterarse que el art. 29 LJCA no atribuye de suyo carácter vinculante a todos los convenios que haya suscrito la Administración, por lo que hay que estar al objeto de lo pactado.

Por terminación convencional de un procedimiento podemos entender tanto acuerdos consensuales vinculantes no sustitutivos (generalmente contractuales), acuerdos consensuales no vinculantes (generalmente no contractuales), como acuerdos o convenios sustitutivos (contractuales o convencionales).

<sup>241</sup> Otro supuesto de terminación convencional de un procedimiento administrativo se da en el caso de las actas de conformidad de la legislación tributaria, de las que hablaremos más adelante, cuando tratemos los convenios fiscales.

## A. Sobre la directa aplicabilidad del art. 88

La doctrina administrativista se ha polarizado en torno a la cuestión de la directa aplicabilidad del art. 88 de la Ley 30/1.992. A favor de ella se encuentran los profesores DELGADO PIQUERAS y PAREJO ALFONSO, quienes estiman que el citado artículo preconiza toda una habilitación general a las Administraciones Públicas para terminar consensuadamente cualquier procedimiento administrativo con personas físicas y jurídicas de Derecho Público o privado. Ambos autores consideran que la expresión "... con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule..." sólo implica la posibilidad de que la legislación sectorial module, complete, limite o restrinja tal capacidad de pacto, sin que pueda llegar a impedirla en términos absolutos, ya que estaría conculcando el carácter básico de la LRJAPyPAC o, caso de ser un reglamento, incurriría en vicio de ilegalidad<sup>242</sup>.

Nosotros nos posicionamos en un punto intermedio entre PAREJO ALFONSO/DELGADO PIQUERAS y MENÉNDEZ REXACH<sup>243</sup>, si bien comulgamos más con aquéllos.

Mantendremos aquí que el art. 88 establece el marco general para los convenios intraprocedimentales de terminación convencional, ya sean sustitutivos de la resolución unilateral que termine un procedimiento, ya se inserten en el mismo con

<sup>242</sup> Vid. PAREJO ALFONSO, L. en PAREJO ALFONSO, L., (Coautor) / JIMÉNEZ BLANCO, A., (Coautor) / ORTEGA ÁLVAREZ, L., (Coautor), *Manual de Derecho Administrativo, opus cit.*, págs. 757 y 717 (en ésta última declara directamente aplicable el art. 88 si en la normativa sectorial no se declara la incompatibilidad con la materia ni la modulación de su régimen jurídico) y DELGADO PIQUERAS, F. *La Terminación convencional del Procedimiento administrativo*, Editorial Aranzadi, 1.995, pág. 186 y ss. Aducen como argumento contundente la enmienda rechazada, durante la tramitación del proyecto de LRJAPyPAC, por la que el grupo parlamentario del Partido Popular quería prohibir expresamente la celebración de acuerdos salvo autorización concreta por el ordenamiento jurídico aplicable.

<sup>243</sup> Para este último autor, el art. 88 no es directamente aplicable, y hay que encontrar la habilitación de su uso en la legislación sectorial concreta. Cfr. MENÉNDEZ REXACH, A., *Procedimientos administrativos, finalización y ejecución*, en la obra colectiva dirigida por LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M., *La nueva Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, editorial Tecnos, Madrid, 1.993, págs. 263 a 265. Este autor cree que no es necesaria la habilitación posterior para los acuerdos meramente preparatorios no vinculantes, por su falta de trascendencia práctica sobre el contenido del acto administrativo. Tampoco abogan por la directa aplicabilidad del art. 88 COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*, octava edición, Civitas, Madrid, 1.997, pág. 362 ni GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*, novena edición, Civitas, Madrid, 1.999, pág. 664, por cuanto ello supondría la derogación por vía convencional de una reglamentación imperativa, ni MESSEGUER YEBRA, J., *La resolución y otras formas de terminación del procedimiento administrativo*, editorial Bosch, Barcelona, 2.000, pág. 24. Tampoco cree BUSTILLO BOLADO que sea directamente aplicable el art. 88, pero relativiza su postura por cuanto estima que se podrán celebrar convenios de terminación convencional en ausencia de normativa específica, esto es, por medio de la transacción (Cfr. BUSTILLO BOLADO, R. O., *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, Aranzadi, Pamplona, 2.001, págs. 269-271).

carácter previo a dicha resolución unilateral, de modo vinculante o no para ella (según lo que establezca la normativa sectorial que los recoja). No funciona, pues, el art. 88 como marco general para los demás convenios intraprocedimentales, ni para los convenios de colaboración extraprocedimentales, ya que el tenor del mismo sólo permite contemplar los convenios intraprocedimentales de terminación del procedimiento: las dos únicas opciones contempladas en la ley son la de integrarse en el ámbito de la terminación del procedimiento, como se encarga de establecer el gerundio “pudiendo” y la alternancia cerrada que recoge (acuerdo sustitutivo de la resolución unilateral o acuerdo previo a dicha resolución).

No cabe, eso sí, que la Administración celebre convenios de terminación convencional *praeter legem*, sin que exista una habilitación positiva previa que permita a la Administración actuar unilateralmente. Sin embargo, no será necesario que esa ley o reglamento que permita la actuación administrativa unilateral deba contemplar expresamente la posibilidad de llegar a un convenio de terminación convencional del procedimiento. Esto es, en los convenios de terminación convencional se requiere una habilitación positiva previa para que exista un procedimiento a través del cual la Administración pueda intervenir de manera unilateral, pero no hace falta una nueva habilitación positiva en esa norma para poder recurrir a un convenio dentro de ese procedimiento, ya que esto es precisamente lo que permite el art. 88: hablaríamos entonces de que ese convenio se ha suscrito en virtud de la libertad negocial que atribuye expresamente el art. 88, y que en el ámbito extraprocedimental ya permitía el art. 4 de la Ley 13/1.995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas <sup>244</sup>. Lógicamente, también puede la norma permitir expresamente la firma de tales convenios, completando su régimen jurídico, pero no es necesario, en cuyo caso regirá subsidiariamente el régimen previsto en el art. 88.

Otra prueba de que el art. 88 es directamente aplicable es que el tenor del mismo habla de que los convenios “tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule”. **Este “lo” refiere al interés público, regulado en la norma habilitadora de la actuación administrativa unilateral, que será de la que se inducirá el alcance, efectos y régimen jurídico que tenga**

<sup>244</sup> Lo correcto es hablar de libertad de negociación o de pactos, no de principio de legalidad negativo, ya que la Administración, siempre que actúe, está sujeta al principio de legalidad (que siempre es positivo), sólo que la legalidad misma (art. 88 LRJAPyPAC y art. 4 TRLCAP) permite ese margen de libre negociación cuando no se afecte potestad administrativa alguna. Es en ese sentido en el que el TS habla de que la contratación administrativa debe realizarse siempre con sujeción estricta al principio de legalidad de la actuación administrativa (STS, Sala 3ª, de 13 de junio de 1.991), siempre buscando en la contratación el servicio objetivo de los intereses generales (art. 103 CE) (STS de 10 de abril de 1.992, Ar. 3.477).

el convenio de terminación convencional del procedimiento, sin que el art. 88, por tanto, parezca querer necesitar una norma propia para los convenios al margen de la norma que permite la actuación administrativa en cada caso.

Comoquiera que la actividad de fomento es altamente discrecional, se abona el terreno para la suscripción de convenios de colaboración atípicos, ya que le cabe a la Administración una amplia libertad para apreciar cómo, a quiénes o a qué sectores subvencionar. También en este campo podríamos hablar incluso de una especie de sujeción negativa al principio de legalidad o, mejor dicho, puesto que ya hemos advertido que toda sujeción legal es siempre positiva, de amplio margen de discrecionalidad (en este caso) y, por tanto, de libertad para negociar con los candidatos las contraprestaciones a las que éstos se obligarían para poder acceder a ellas (realizar actividades de interés público o ayudar a la paz judicial, por ejemplo)<sup>245</sup>.

La habilitación última para el recurso a la terminación convencional no se encuentra en la regulación sectorial. Lo que ocurre es que al tratarse de una cuestión esencial pero puramente procedimental, tenía que ser la LRJAPyPAC quien viniera a establecer (como ley general sobre esta materia adjetiva que es), una habilitación general para que las Administraciones públicas pudieran optar entre la terminación unilateral o consensual de sus procedimientos, pero remitiendo dicha posibilidad a aquellos casos en que la normativa sectorial (establecida por ley o reglamento, que aquí no existe reserva de ley) lo permitiera o, al menos, tolerara. Con la habilitación genérica del art. 88 LRJAPyPAC se satisfacía, además, la reserva de ley. La razón de ser de este artículo es, pues, permitir que las normas sectoriales pudieran modular en cada caso concreto la terminación convencional, una vez permitida esta posibilidad con carácter general, cosa que nunca hubieran podido hacer por sí mismas sin la previa habilitación por la ley general al respecto, la Ley de Procedimiento Administrativo.

Por todo ello, el art. 88 es directamente aplicable –supone un apoderamiento previo general necesario– pero remitiendo a determinados sectores que, por su especial naturaleza, irán, cada vez más, regulando la terminación paccionada de los procedimientos administrativos<sup>246</sup>. El art. 88 actúa, en otras palabras, esta-

<sup>245</sup> Lógicamente, no cabe aplicar el art. 88 a procedimientos de revisión de actos administrativos, pues se trata de una potestad reglada e irrenunciable de la Administración (la de revisión de sus actos administrativos a través de los recursos administrativos). Sólo cabrá si una ley expresamente lo permite, ex art. 107.2 LRJAPyPAC.

<sup>246</sup> Las dos posturas opuestas mantenidas por los autores citados son así atacables. Pensar en la directa aplicabilidad del art. 88 sería ciertamente peligroso pues existen materias especialmente vetadas por su naturaleza al pacto, como la tributaria, la fiscal o la actividad de selección de personal de las Administraciones públicas. Dar coto a la pactación en todos los sectores infringiría, por de pronto, el principio de seguridad jurídica y, llegado el caso, se traicionaría el superior cometido de la Administración, pues no se servirían con objetividad los intereses generales, dando origen a desviaciones de poder públicas y privadas.

bleciendo una legitimación general del recurso a la terminación convencional de los procedimientos administrativos, pero sometida a una condición suspensiva: que una ley o reglamento posterior (o anterior) la limite, o la desarrolle en cada caso específico<sup>247</sup>.

Dado que toda la actividad administrativa debe estar predeterminada y preestablecida por el principio de legalidad, y siendo la terminación convencional una “alternativa” a la actividad unilateral de la Administración, también esta actividad estará siempre racionalizada a través de un procedimiento administrativo concreto (como elemento reglado de todo acto administrativo, sea la potestad ejercitada reglada o discrecional), en el que se insertaría la terminación convencional, y dicho procedimiento deberá siempre estar recogido en una ley o en un reglamento de desarrollo de la misma. Esto es, sólo operaría allí donde se haya permitido una intervención administrativa, a través de un procedimiento prefijado. Siendo ésta la opinión mayoritaria, existen autores, en cambio, que opinan que el art. 88 otorga una habilitación directa para la terminación convencional, sin necesidad de una ulterior legitimación legal de la actividad administrativa<sup>248</sup>.

Por último, como garantía para ambas partes, art. 42.5,e) LRJAPyPAC, redactado conforme a la Ley 4/1.999, permite que se pueda suspender –la voluntad de hacerlo es de la Administración– el plazo del que dispone la Administración para resolver los procedimientos cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un pacto o convenio en los términos previstos en el artículo 88 de esta Ley, desde la declaración formal al respecto y hasta la conclusión sin efecto, en su caso,

<sup>247</sup> El papel de la normativa sectorial no es otro que el de permitir esta figura allí donde el sector sobre el que se dé sea o no apropiado para ello (regulándola además, si es el caso), tolerarla, restringirla, pero nunca impedirla. En caso de que nada dijera, la habilitación del art. 88 sería, a nuestro parecer, suficiente. La legislación de contratos, por tanto, sería supletoria a la propia normativa sectorial.

<sup>248</sup> Sobre todo PAREJO ALFONSO, L., *La Terminación convencional del procedimiento administrativo como forma alternativa de desarrollo de la actividad unilateral de la Administración*, en *Eficacia y Administración: tres estudios*, 1ª ed., Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1.995, pág. 185. Para Parejo, la LRJAPyPAC es completa por sí misma en este caso, y no necesita una posterior investidura en norma alguna, ya que se trata de una cuestión que versa sobre la capacidad de obrar de la Administración (mientras que para nosotros es una mera cuestión procedimental, ya que la capacidad de obrar se entiende implícita al tener que existir una previa potestad administrativa de intervención unilateral). No cabe, pues, el argumento a contrario esgrimido por el que si el art. 88 no exige rango legal a la normativa sectorial (al contrario de lo que ocurre con el art. 107.2 para la mediación o el arbitraje) no sería ésta suficiente como habilitadora del recurso a la terminación convencional, siendo el art. 88 directamente aplicable. Lo que ocurre es que, precisamente, la cobertura legal existe ya con dicho art. 88, por lo que un reglamento sería suficiente para permitirla, ya que sólo se limita a determinar en qué procedimiento cabría la figura y en cuáles no. También, en cierta manera, ARIÑO ORTIZ, G., *La reforma de la ley de contratos del Estado*, Unión editorial, Madrid, 1.984, pág. 51, al interpretar (para la libertad de pactos del art. 4 LCAP) el principio de legalidad para los contratos como un límite negativo, y no como una necesaria habilitación previa. Se olvida, desde nuestro punto de vista, de la necesidad de la existencia de un procedimiento cierto que debe estar prefijado para poder hablar de los acuerdos de terminación convencional del art. 88 Ley 30/1.992.

de las referidas negociaciones, que se constatará mediante declaración formulada por la Administración o los interesados<sup>249</sup>.

La prueba última de que los acuerdos de terminación convencional de procedimientos son algo distinto de los propios actos administrativos se encuentra en el art. 109, e) LRJAPyPAC, que determina que todos ellos (sin distinción) ponen fin a la vía administrativa, aunque hayan sido celebrados por un órgano o autoridad administrativa que tenga superior jerárquico. La voluntad de la persona física o jurídica añadida, que conforma el convenio en sí, añade algo nuevo al acto que hace que se transmute su naturaleza jurídica hasta tal punto de no poder ser revisado en alzada por otra instancia administrativa, que no podrá revocar si quiera la parte administrativa del convenio, al afectarse con ello el convenio íntegro.

## B. La Disposición Adicional 4ª del TRLCAP

Un importantísimo precepto, acuñado por la Ley 13/1.995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y reintegrado en el TRLCAP, es la Disp. Adic. 4ª de ambos textos.

Aquí se viene a permitir la terminación convencional de los contratos administrativos típicos, que pasarán a regularse por el TRLCAP, que actuaría aquí como la ley habilitadora que exige el art. 88.1 (“con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule”).

Con esta habilitación se introduce un novedoso carácter negocial para el particular, quien podrá, una vez seleccionado como contratista, discutir con la Administración contratante los términos y condiciones del contrato, actuando activamente en la conformación de la *lex contractus*, lo que contrasta con el pasivo papel que se le destina al contratista en el TRLCAP, donde la relación jurídica viene en su mayor parte establecida en los pliegos de condiciones generales y particulares que la Administración impone. La Disp. Adic. 4ª de la Ley 13/1.995 vino a permitir (tres años más tarde de que la Ley de procedimiento inaugurase la posibilidad de termi-

\*\*\*\*\*  
<sup>249</sup> Esta medida ha acentuado la apuesta del Legislador por la terminación convencional de los procedimientos, y su intención por “juridificar” las conversaciones tendentes a la suscripción de los mismos, exigiendo que exista una declaración formal de inicio de las negociaciones y otra de fracaso o ruptura de las mismas, pudiendo ésta última ser emitida por la Administración o por los interesados en el procedimiento. Con este precepto se abunda en la idea de una posible exigencia de responsabilidad precontractual por ruptura de la buena fe, ya que cabrá exigir ésta si la Administración se desentiende de las negociaciones sin emitir las declaraciones de inicio o de ruptura de las mismas

nación convencional de procedimientos) que la Administración pudiese, gracias al margen de libertad de pactos del art. 4 TRLCAP, finalizar mediante terminación convencional los contratos administrativos típicos<sup>250</sup>.

Esto significa, sin querer hacer una paradoja, la adjudicación de un contrato por medio de otro contrato; existirían, pues, dos contratos: el contrato adjudicado (por ejemplo, de gestión de servicios públicos) y el contrato de adjudicación (la terminación convencional propiamente dicha).

¿Es imprescindible que la terminación convencional de un contrato se realice a través de un contrato o sería posible realizarla a través de un convenio de colaboración? En principio el art. 88 permite esta opción, si bien la Disp. Adic. 4ª TRLCAP habla sólo de contratos. ¿Significa eso que cuando un contrato se termine convencionalmente a través de un convenio que tenga por objeto una materia regulada por el TRLCAP no se regirá por éste? A nuestro entender también lo hará, pero no por mor de la literalidad de esa disposición adicional, sino por el juego, *contrario sensu*, del art. 3.1, d) TRLCAP, donde se entiende que si un convenio de colaboración celebrado por la Administración con un particular versa sobre un objeto comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales, estará sometido a la ley.

Es razonable pensar que la cláusula final “cuando tengan por objeto materias reguladas en la presente Ley” debe interpretarse en el sentido de que son materias reguladas por el TRLCAP tanto los contratos administrativos típicos como la preparación y adjudicación de los contratos privados (los contratos administrativos especiales se rigen por su propia normativa). Esto quiere decir que cuando se adjudique convencionalmente un contrato administrativo típico o uno privado, habrá que estar, para el primero de ellos, a las reglas del TRLCAP de preparación, adjudicación, vida y extinción del contrato, y para los segundos, a las reglas del TRLCAP sobre preparación y adjudicación (actos separables)<sup>251</sup>. Con esta disposición se ha pretendido evitar el fraude de ley y el posible enriquecimiento injusto subsiguien-

<sup>250</sup> Esto es, recordemos, de “aquéllos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 207 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.” (art. 5.1 TRLCAP).

<sup>251</sup> Nunca cabrán, por tanto, acuerdos que no se den en el régimen administrativo, actuando la Administración completamente sometida al Derecho Privado. Aunque el acuerdo de terminación convencional se dé para adjudicar un contrato privado, está sometido al Derecho Administrativo, como acto separable. Al exigirse que el acuerdo sea intraprocedimental se excluye, de plano, esta posibilidad pues no cabe hablar de procedimiento administrativo sin sometimiento al Derecho Administrativo.

te cuando existen prestaciones económicas por parte de los particulares (art. 10.9 C.C.), lo que habría supuesto que, por la vía de la terminación convencional, se hubieran podido dejar sin objeto los contratos de la Administración, puenteando las exigencias, obligaciones y garantías de la contratación<sup>252</sup>.

Una vez negociados libremente y celebrados, la vida y extinción del contrato se regulará por las prescripciones del TRLCAP. Por tanto, la Disp. Adic. 4ª ha “procedimentalizado” la libertad de pactos de la Administración cuando el objeto de ésta sea el un contrato administrativo típico, evitando así un posible fraude a los intereses generales por la vía de la pactación, ya que se exige que la terminación convencional de los mismos se celebre conforme a las reglas de preparación y adjudicación del TRLCAP. Aunque no se diga expresamente, entendemos que también la vida y extinción del contrato se regirán por el mismo, debiendo adecuarse lo pactado a la ley.

Vemos, pues, que al remitir al TRLCAP la terminación convencional de estos contratos, la Disp. Adic. 4ª satisface el requisito de procedimiento cierto y previamente establecido que requiere el art. 88 LRJAPyPAC. El hecho de que el procedimiento sea, en este caso, el de adjudicación de un contrato administrativo típico en nada cambia esa exigencia, ya que el procedimiento de adjudicación de un contrato es puramente unilateral, perfeccionándose con el acto administrativo unilateral de la adjudicación (art. 53 TRLCAP), cifrándose el consentimiento del particular en el momento en que presenta su proposición o propuesta como candidato a adjudicatario<sup>253</sup>.

En los demás casos, esto es, cuando el contrato terminado convencionalmente no tenga objeto administrativo típico o privado, entendemos que estaríamos ante contratos administrativos especiales o atípicos, que se regirán, por tanto, por su regulación específica, con carácter preferente, y subsidiariamente, por el TRLCAP (art. 7.1).

\*\*\*\*\*  
<sup>252</sup> De igual modo piensa PAREJO ALFONSO, L., *La Terminación convencional del procedimiento administrativo como forma alternativa de desarrollo de la actividad unilateral de la Administración*, en *Eficacia y Administración: tres estudios*, 1ª ed., Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1.995, pág. 171, ya que la regulación sectorial podría sentir la tentación de crear un traje a medida para los contratos regulados por el TRLCAP, vaciando su contenido. En su opinión, los acuerdos de terminación convencional pertenecen al género de los convenios de colaboración y éstos, a su vez, al supraconcepto de contrato (págs. 158 y 197). Esta es también nuestra tesis, si bien defendida con argumentos distintos.

<sup>253</sup> Hoy en día es pacífica la doctrina al respecto. A sus results, la publicación del pliego de condiciones del contrato por la Administración es una invitación a contratar, la oferta la realiza el particular candidato al presentar su solicitud (lo que supone también la aceptación de las cláusulas del pliego de condiciones) y la aceptación la realiza la Administración al adjudicarle el contrato. Por tanto, ex art. 82.2 TRLCAP, sólo se compromete la Administración con el contratista desde el momento de la adjudicación definitiva. La perfección del contrato se produce desde el momento en que se acepta el mismo (art. 1.262 CC), esto es, se adjudica, siendo la formalización del contrato un requisito meramente *ad probationem* (EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS Y LOS JUZGADOS, *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Comentarios al Texto refundido de la ley (Aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2.000, de 16 de junio)*, publicaciones Abella, 3ª edición, Madrid, 2.000, pág. 305.). Como resolución que afecta a sus derechos e intereses, la adjudicación del contrato tiene que ser notificada al adjudicatario (ex art. 58.1 LRJAPyPAC).

### C. Legislación de desarrollo del art. 88

La legislación de desarrollo de este art. 88 es variada: terminación convencional del procedimiento complementario para la fijación de indemnizaciones a favor de la Administración por ejercicio de la potestad sancionadora<sup>254</sup>, cuantía de la responsabilidad extracontractual, de las subvenciones, en el otorgamiento de licencias<sup>255</sup>, para la salvaguardia de la libre competencia<sup>256</sup>, etc. También se ha introducido un

<sup>254</sup> Ex Real Decreto 1398/1.993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, en referencia al art. 22, sobre resarcimiento e indemnización. En su art. 22.2 se permite que las partes terminen convencionalmente el procedimiento adjetivo –“complementario”, lo llama el Real Decreto– por el que se determinan los daños y perjuicios que el sancionado deberá pagar a la Administración (si éstos realmente se irrogaron y no quedaron determinados durante el procedimiento sustantivo–sancionador) y cuya cuantía y otros extremos (forma de pago, plazos, etc.) vendrán a integrarse con carácter vinculante en el acto administrativo que ponga fin al procedimiento sancionador. En una importante coetilla final, el art. 22.2 viene a salvaguardar el principio penal también extensible a la potestad sancionadora de la Administración de que nadie puede declarar contra sí mismo (art. 24.2 CE) al reconocerse que ni la terminación convencional del procedimiento complementario ni la aceptación por el infractor de la resolución que pudiera recaer (de modo unilateral) implicará el reconocimiento voluntario de su responsabilidad.

<sup>255</sup> Conforme al Real Decreto 1.778/1.994, de 5 de agosto, por el que se adecuan a la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las normas reguladoras de los Procedimientos de Otorgamiento, Modificación y Extinción de Autorizaciones. El objeto de este reglamento es establecer determinadas características de aplicación común a todos los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de las autorizaciones administrativas cuando se trate de procedimientos tramitados en su totalidad por la Administración General del Estado o por las entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de aquella o de procedimientos relativos a autorizaciones establecidas en materias de competencia normativa plena del Estado y cuya tramitación corresponda a otras Administraciones Públicas. A los procedimientos relativos a autorizaciones reguladas en normas de Derecho Comunitario o Tratados Internacionales de los que sea parte España, se les aplicará el presente Real Decreto, en cuanto no contradiga las citadas disposiciones.

Este Real Decreto tiene un concepto material y no formalista de lo que sea una autorización, entendiéndose por tales “todos aquellos actos administrativos, cualquiera que sea su denominación específica, por los que, en uso de una potestad de intervención legalmente atribuida a la Administración, se permite a los particulares el ejercicio de una actividad, previa comprobación de su adecuación al Ordenamiento jurídico y valoración del interés público afectado” (art. 1). Con ello está dando cabida a una única institución jurídica, aunque en el Ordenamiento jurídico pueda venir recogido bajo la apariencia de nombres diferentes (autorizaciones, licencias, permisos, habilitaciones y otros). El artículo 5 trata la terminación convencional del procedimiento. Su apdo. primero remite la posibilidad de terminación convencional a una habilitación expresa de la norma concreta que regule el procedimiento de autorización, precepto que consideramos nulo por contradecir la directa aplicabilidad que la terminación convencional tiene para nosotros en virtud del art. 88 LRJAPyPAC. No cabría tampoco una interpretación salvadora que entendiéndose que la norma sectorial (este RD) establecerá el alcance de esa posibilidad, ya que postergar la directa aplicación de la terminación convencional hasta que la norma especial así lo recoja equivale, *de facto*, no a determinar el alcance de la terminación convencional sino a prohibir el juego directo de la misma como proclama –para nosotros– el citado artículo 88 LRJAPyPAC. Y ello porque cabrá convenir sobre algún elemento no reglado del procedimiento de otorgamiento, modificación y extinción de la autorización. Además, en una línea que después desarrollaremos, el RD no será de aplicación a los procedimientos para el ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Y a pesar de que el art. 1 excluya igualmente del ámbito de aplicación de este Real Decreto los supuestos de modificación y extinción de autorizaciones, cuando sean consecuencia de procedimientos de revisión de actos en vía administrativa, esto se entenderá sin perjuicio, lógicamente de que se hayan previsto formas de autocomposición alternativas a los recursos administrativos.

<sup>256</sup> El art. 15 *ter* de la Ley 16/1.989, de 17 de julio, fue redactado por el Real Decreto–Ley 6/1.999, de 16 de abril, permitiendo la terminación convencional del procedimiento de autorización de determinadas operaciones de concentración que no atentaran gravemente a la competencia y que serían convalidadas por el Ministerio de Economía y Hacienda después de convenir con los sujetos que se concentran ciertas modificaciones y prevenciones. Dicho artículo dice así:

mecanismo de este estilo en el art. 36 bis de la Ley 16/1.989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en la redacción que le ha conferido la Ley 52/1.999, de 28 de diciembre, de reforma de la misma.

De cualquier manera, la regulación contemplada en el art. 88 de la Ley 30/1.992 no sólo rige para los convenios de colaboración que tengan finalidad de terminación convencional de procedimientos, sino que parecen tener una vocación expansiva *ad sidera* que cubra la totalidad del género de los convenios de colaboración<sup>257</sup>. Así lo aclara el propio tenor literal del artículo (“pudiendo –o no– tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin”. La cursiva es nuestra). En efecto, aunque el título que encabeza el artículo sea “terminación convencional”, el gerundio potencial “pudiendo tener” implica que podrán o no podrán tener carácter de terminación convencional, erigiendo una especie de habilitación general para que las Administraciones puedan suscribir acuerdos con personas privadas, como felizmente parece querer acoger la primera parte del art. 88.1.

Los acuerdos de terminación convencional de procedimientos administrativos son clasificables en dos grandes tipos, según el tenor literal del art. 88: acuerdos sustitutos de la resolución unilateral y acuerdos previos a ésta, que la predeterminan vinculando o no su contenido cuando la norma sectorial que los recoja así lo determi-

\*\*\*\*\*  
 “1. Cuando de una operación de concentración, que no suponga la creación o el reforzamiento de una posición de dominio que pueda dificultar el desarrollo de la competencia en un mercado, puedan derivarse obstáculos a la competencia fácilmente subsanables, el Ministro de Economía y Hacienda, previo informe del Servicio de Defensa de la Competencia, podrá instar a las partes a presentar compromisos o modificaciones de la operación, la cual no se beneficiará del supuesto de autorización tácita. Las partes deberán contestar en el plazo de un mes a contar desde el momento en que sean instadas a la presentación de compromisos o modificaciones de la operación.

2. A la vista de los compromisos presentados y previo informe del Servicio de Defensa de la Competencia, el Ministro de Economía y Hacienda podrá resolver:

Autorizar la operación si los compromisos son considerados suficientes.

En caso contrario, remitir el expediente al Tribunal”.

Además, el Servicio de Defensa de la Competencia está capacitado de manera general para convenir la terminación convencional de cualquier procedimiento iniciado de oficio o a instancia de parte para proteger la competencia [art. 31.1. i)], con la especialidad de que él tendrá que designar a los interesados llamados a celebrar el convenio (con esto se protegen los intereses de todos), permitiendo la ley que si alguno no llamado acredita interés legítimo, y no hubiere tomado parte en los acuerdos de terminación convencional, podrá interponer contra los mismos el recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia previsto en el art. 47 de la Ley [art. 36. bis. 1, c), redactado por la Ley 52/1.999, de 28 de diciembre].

<sup>257</sup> En este sentido es criticable la opinión de ALONSO IBÁÑEZ, M. R., *La insuficiente regulación de las actividades comerciales y servicios complementarios de los museos. Problemas jurídicos que presenta la utilización privada de los espacios*, en Patrimonio Cultural y Derecho, nº. 2, 1.998, pág. 204. Aquí esta autora comenta la utilización de los convenios de colaboración por parte de las Administraciones que gestionan Museos al sustraer del régimen contractual administrativo la prestación en los Museos de los servicios de reproducción y copistería. Nuestro desacuerdo se centra en dos puntos: según lo que defenderemos en esta investigación, los convenios de colaboración que tengan objeto de contrato administrativo no están realmente excluidos del ámbito del TRLCAP. Si acordamos con la autora su afirmación de que estos convenios de colaboración deberían cumplir los requisitos del art. 88 de la Ley 30/1.992, a pesar de que los convenios que recoge este artículo son los de terminación convencional de procedimientos.

ne<sup>258</sup>. Es evidente que en este segundo caso nos encontramos frente a una terminación normal del procedimiento por medio de un acto administrativo, aunque esté más o menos acordado. La pregunta es si en el primer caso (acuerdos, convenios, pactos o contratos que terminan el procedimiento, sustituyendo a la resolución unilateral de la Administración) se trata de auténticos contratos o de simples actos administrativos a los que se adhiere la voluntad de los particulares interesados. Y necesariamente tenemos que llegar a una solución mixta: formalmente se trata de actos administrativos –si bien consensuados o consensuales, en terminología de PAREJO ALFONSO<sup>259</sup>– pero que materialmente son auténticos contratos o convenios de colaboración. Serán, además, contratos o convenios administrativos siempre y necesariamente, pues no cabe pensar que en ellos prime el interés privado del interesado que conviene sobre la búsqueda directa del interés público a la que está llamada la Administración cuando administra. Lo que ocurre es más una compatibilidad entre ese interés público y el interés propio del interesado que celebra el convenio de terminación del procedimiento (al estilo de los contratos de subordinación alemanes).

El nuevo art. 42 LRJAPyPAC, redactado por la Ley 4/1.999, ha exceptuado de resolución expresa los acuerdos negociados que pongan fin a un procedimiento: con ello entendemos que el precepto se refiere sólo a los acuerdos sustitutivos, no a los vinculantes previos a la resolución, en los que persiste la obligación de resolución unilateral del procedimiento por la Administración. Por idénticas razones, el plazo máximo que se adjudique en cada caso a la Administración para resolver un procedimiento administrativo podrá ser suspendido –a instancias de esa misma Administración– cuando se intente una terminación convencional del mismo (art. 42.5,e) LRJAPyPAC).

#### D. Condiciones necesarias para la aplicabilidad del art. 88 LRJAPyPAC

##### a). Que se trate de convenios que no sean contrarios al Ordenamiento jurídico

Esto entronca con las causas de nulidad y anulabilidad del contrato administrativo, que refiere los arts. 62 y 63 TRLCAP. Esto es, deben ser convenios que no incu-

<sup>258</sup> Esta clasificación es la establecida en Italia la Ley 241/1.990, de Procedimiento administrativo (*accordi sostitutivi* y *accordi integrativi*) y la que sigue de manera intuitiva DELGADO PIQUERAS, F., *La Terminación convencional del Procedimiento Administrativo*, Editorial Aranzadi, 1.995, pág. 177 y ss.

<sup>259</sup> Vid. PAREJO ALFONSO en PAREJO ALFONSO, L., (Coautor) / JIMÉNEZ BLANCO, A., (Coautor) / ORTEGA ÁLVAREZ, L., (Coautor), *Manual de Derecho Administrativo, opus cit.*, pág. 750 y ss. los llama actos consensuales, como un *tertium genus* entre los actos administrativos y los contratos.

rran en desviación de poder, que no atenten contra los intereses generales, que concluya una Administración competente en la materia, etc<sup>260</sup>.

### b). Que no versen sobre materias no susceptibles de transacción

Como ya hemos dicho, la transacción es un contrato civil, recogido en el art. 1.809 C.C. Allí se dice que “La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”<sup>261</sup>.

Respecto de la transacción administrativa, el art. 1.812 C.C. expresamente prevé que “Las corporaciones que tengan personalidad jurídica sólo podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes”. Además, a diferencia de lo que establece el art. 1.815 C.C. en su 2º párrafo (que permite, para los particulares, la renuncia de los derechos que tengan relación con la disputa) la Administración tendrá que seguir determinados trámites necesarios para ello. Esas formas y requisitos para transigir –puesto que estamos en fase administrativa y no judicial– no serán las del art. 77 de la Ley 29/1.998, de la Jurisdicción contencioso-administrativa, ni el art. 7 de la Ley 52/1.997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, sino, en general, las del art. 39 del TRLGP.

\*\*\*\*\*

<sup>260</sup> El art. 70.2 LJCA define la desviación de poder como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. En lo tocante a los convenios, la desviación de poder se daría, verbigracia, cuando se satisface en mayor grado el interés del particular que los intereses generales que protege la Administración, o cuando la única causa de la celebración de un convenio es la prestación que se otorga al particular (desviación de poder privada), o cuando el convenio obliga a la Administración actuante a alejarse del fin para cuya protección es competente, sustituyéndose por otro interés igualmente público pero para cuya persecución es incompetente (desviación de poder pública, STS de 12 de mayo de 1.986, Ar. 2.912). Nótese que lo que haría anulable un convenio por desviación de poder (art. 63 TRLCAP en relación con el art. 63.1 LRJAPyPAC) no es la entrada de los intereses de los particulares en el mismo, sino su entrada en la *causa contrahendi* de la Administración: nunca podrá firmarse un convenio en atención a la situación del particular, bajo ninguna circunstancia, ni siquiera si sus intereses son poco molestos o inofensivos para el interés general. Por el contrario, la *causa contrahendi* de la Administración debe ser pura: la protección, exclusivamente, del bien común para el que es competente, de modo que la toma en consideración de los intereses de los particulares que convienen, para ser lícita, debe darse siempre *ex post*, una vez tomada la decisión de actuar por parte de la Administración, tras un examen que ella misma debe realizar (STS de 22 de diciembre de 1.966) sobre la compatibilidad de la tutela del interés general (que es siempre el prioritario (y excluyente en caso de conflicto) con los del/ de los particulares. Esto es, es jurídicamente válida la composición de intereses en un convenio resultantes de la suma del provecho de aquéllos a la perfecta satisfacción de los intereses generales. Más problemática resulta deslindar la desviación de poder pública en los convenios atípicos, cuando no existe norma especial habilitante para su celebración más allá de aquella general y neutra de los arts. 4 TRLCAP, 111 TRRL u 88 LRJAPyPAC. En estos casos, ya que no a la potestad administrativa, hay que estar al aspecto estático de la misma, esto es, a la competencia orgánica o subjetiva de la Administración actuante, que, junto a otros parámetros como la sujeción al precedente o la motivación pueden servir para alejar el fantasma de la arbitrariedad.

<sup>261</sup> La doctrina ha dividido los contratos de transacción en dos tipos: la transacción dirigida a evitar que surja un conflicto y la que pone fin a un conflicto ya entablado, o transacción judicial. Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, C. M., *El arbitraje. La conciliación. Los modos anormales de terminación del proceso. (El desistimiento. La renuncia. El allanamiento. La transacción. La caducidad)*, editorial Comares, Granada, 1.991, pág. 131.

La referencia del art. 88 LRJAPyPAC a la necesidad de que los convenios de terminación convencional de procedimientos administrativos “no versen sobre materias no susceptibles de transacción” debe ser entendida como la prohibición de que la Administración pacte sobre materias sobre las que no pueda disponer<sup>262</sup>. Esa disponibilidad ha estado siempre muy unida a las cuestiones adjetivas del ejercicio de las potestades públicas, como la estimación de cantidad: ya sea la determinación del alcance de la responsabilidad patrimonial de la Administración, la cantidad a pagar en concepto de algún tributo<sup>263</sup> o de una sanción administrativa. Ello nos conduce a la exigencia general de que no se pacte sobre la “sustancia”, sobre el resultado de potestades administrativas. Por tanto, las materias que más se prestan a la transacción son aquellas en que existe margen de discrecionalidad para la Administración, como el urbanismo, el medio ambiente, la contratación administrativa, etc y aquellas otras en las que no están en juego potestades (los conciertos o convenios de ejecución). Como ha dicho PÉREZ MORENO, “la pregunta sobre cuáles sean estas materias queda igualmente sin respuesta, hay que inducirla de las normas generales...”<sup>264</sup>.

<sup>262</sup> Esta opinión la comparte también HUERGO LORA, A., *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2.000, pág. 37. Este autor, muy interesado por la pactación en el Derecho Administrativo, distingue entre dos elementos a tener en cuenta en toda transacción administrativa: la relación jurídica litigiosa, esto es, el objeto de lo que se dispone, y las cesiones acordadas por la Administración para ponerles fin. En la terminación convencional de los procedimientos no estamos ante contratos de transacción, sino que esos convenios deben versar sobre materias que sean susceptibles de transacción, es decir, sobre materias susceptibles de libre disposición por la Administración. Una diferencia fundamental entre ambas figuras radica en el sometimiento de los convenios de colaboración, en general, a las normas de derecho imperativo, que nunca pueden desplazar, mientras que los contratos de transacción suponen la inaplicación de las reglas jurídicas tendentes a plantear y resolver en vía judicial el conflicto, lo que consiguen mediante sacrificios recíprocos (págs. 80 y 82). Otra, que los convenios se limitan a aplicar las normas y los contratos de transacción desbordan esa realidad, buscando la evitación de un pleito (así dictamen del Consejo de Estado de 1 de julio de 1.982, nº. 44.048).

<sup>263</sup> Recordemos que, respecto de los derechos económicos de la Hacienda Pública, el art. 30.2 TRLGP es taxativo cuando dice que: “Tampoco se concederán exenciones, perdones, rebajas, ni moratorias en el pago de los derechos a la Hacienda Pública, sino en los casos y en la forma que determinen las Leyes”. Sin embargo ello, ha habido pronunciamientos jurisprudenciales que han validado tales exenciones a través de convenios, como la STS de 4 de noviembre de 1.995 (Ar. 8.473), en la que el Ayuntamiento eximía a un particular del arbitrio de plusvalía en la primera transmisión de sus parcelas.

<sup>264</sup> El criterio de la discrecionalidad como margen de las materias disponibles o transables está más o menos asentado en la doctrina. Así lo entendieron CLAVERO ARÉVALO, F. M., *Posibilidades de Transacción con la Administración local*, en Revista de Estudios de la Vida local, nº. 73, año 1.954, pág. 170 o FERNÁNDEZ MONTALVO, R., *La Jurisdicción contencioso-administrativa ante la revisión de los actos fruto de la transacción entre las partes: alcance de la actuación revisora. Análisis del art. 76 del Proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, en ELORRIAGA PISARIK, G., *Convención y arbitraje en Derecho Tributario*, Madrid, 1.996, pág. 105. Nosotros, como ha quedado patente, nos posicionamos a favor de la disponibilidad de determinadas cuestiones adjetivas también en las potestades regladas, siempre que se trate de un acto de trámite o resolución final en los que no todos los elementos estén reglados, y con el límite siempre de afectar el resultado final de la potestad misma. De esta opinión es también GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La Transacción en el proyecto de Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, en R.A.P., nº. 145, 1.998, pág. 17. Para PÉREZ MORENO, A., *La conciliación judicial y otras alternativas jurisdiccionales en el orden contencioso-administrativo*, en Justicia Administrativa, número extraordinario 1.999, pág. 111 y ss., la transacción cabe en las relaciones nacidas de pacto o convenio, pero no en las decisiones unilaterales. Así, contratos y convenios, pero no los actos administrativos en general. Si el art. 77 LJCA considera posible la conciliación cuando el juicio verse sobre estimación de cantidad, son transables materias como la responsabilidad patrimonial o la expropiación forzosa.

Un ejemplo de convenios transaccionales puede ser aquél en el que, tras la trágica rotura de la presa de Tous, llevó al Ministerio del Interior a delegar, mediante Orden de 24 de septiembre de 1.999, en el Delegado del Gobierno en la Comunidad Valenciana, en materia de indemnizaciones y otras medidas adicionales, las facultades de autorizar y disponer los gastos y proponer los pagos derivados de los convenios transaccionales, celebrados o a celebrar en virtud de lo dispuesto en los Reales Decretos-Leyes 4/1.993 y 10/1.995, así como de las indemnizaciones determinadas en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1.997, y fijadas por los correspondientes autos de la Sala Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia.

El hecho de que el art. 88 exija que para que sea posible la terminación convencional es necesario que la materia sea transable parece querer igualar estos convenios con las transacciones, ya que si se llega a un acuerdo entre las partes en vía administrativa se estará evitando un pleito en vía judicial y tal es la finalidad de la transacción, esto es, evitar la provocación de un pleito o poner fin al que había comenzado. Con ello partimos de un supuesto: que cabe hablar de “conflicto” antes de que el pleito se sustancie en el contencioso. Y ello aunque generalmente se entienda lo contrario, que sólo cabe transacción en vía judicial, puesto que el acto administrativo da apoyo al conocimiento exacto del conflicto.

Pero no. En nuestra opinión, dada la existencia del reintroducido recurso de reposición, con un mero acto administrativo que no ponga fin a la vía administrativa cabría hablar ya, para nosotros, de conflicto. De todas formas, para que un acuerdo o convenio administrativo de colaboración dentro de un procedimiento administrativo (convenio intraprocedimental) o fuera del mismo (extraprocedimental) tenga que sujetarse a los exigentes requisitos del art. 39 TRLGP es necesario que se den cuatro elementos acumulativos:

- que el convenio tenga por finalidad directa una transacción. O sea, la evitación de una hipotética sustanciación posterior del pleito –siendo indiferente que sea en vía administrativa o contenciosa– o la puesta a término de uno ya sustanciado en vía administrativa o contenciosa; decimos que la finalidad tiene que ser directa porque el fin general directo de la terminación convencional sigue siendo la satisfacción del interés público que lleva aparejada la actuación administrativa, sin que el convenio implique –si está correctamente realizado, sin desviación de poder– alteración alguna de este fin. Sólo de manera indirecta la terminación convencional busca la evitación de conflictos en vía contenciosa (mediante la adhesión de los particulares al acto administrativo éste se acepta y se evita el planteamiento del pleito en vía administrativa, con la consecuencia posterior del contencioso (dado el escasísimo porcenta-

je de recursos administrativos fallados a favor de los administrados) o la mayor eficacia y celeridad de la actuación administrativa, como una nueva “manera de administrar”, que implica un cambio en las formas, pero no en el fondo ni la finalidad de la intervención. El hecho de que el art. 88 hable de materias susceptibles de transacción reconoce implícitamente cierta finalidad pacificadora de la terminación convencional de los procedimientos<sup>265</sup>. Los particulares se avienen a terminar convencionalmente con las Administraciones los procedimientos administrativos que les atienen impulsados por su cada vez más acentuado *timor litis*. En efecto, el colapso de la jurisdicción contenciosa, unido al hecho de su carestía, empuja a los particulares a aceptar la propuesta realizada por la Administración, o a ofertarla ellos mismos. La Administración, al contrario, oferta o acepta la oferta del particular no porque desee evitarse el litigio (las deficiencias apuntadas le favorecen) sino en aras de otro fin público: la celeridad, la eficacia de la actuación administrativa, la búsqueda de otras maneras de administrar de más calidad. Ello, sin embargo, no obsta para que una finalidad indirecta para las Administraciones que terminan convencionalmente un procedimiento pueda ser también reducir la litigiosidad judicial, pero, desde luego, más le interesa al administrado que a ella. Es por esto por lo que no concebimos estos convenios intraprocedimentales como contratos de transacción;

- que el objeto del convenio (esto es, la cesión o prestación administrativa que se hace al particular) sea disponible por la Administración, en el sentido ya indicado y que alude a la indisponibilidad del resultado del ejercicio de las potestades administrativas, como venimos sosteniendo;

- cuando el art. 39 TRLGP habla de “derechos de la Hacienda Pública” la doctrina y la lógica llevan a pensar que el sacrificio o prestación de la Administración puede afectar a cualquier tipo de sus derechos de naturaleza pública, y no exclusivamente a los económicos. Así lo corrobora también el tenor del art. 77 LJCA que habla de “estimación de cantidad” a título indicativo)<sup>266</sup>. Ello no nos debe llevar a

<sup>265</sup> En esta misma línea de pensamiento se encuentra HUERGO LORA, A., *Los convenios urbanísticos*, Civitas, Madrid, 1.998, pág. 93, para quien los convenios (refiriéndose a los urbanísticos) alcanzan una importante “función pacificadora”, si bien de manera indirecta, porque “Lo que hace el convenio es resolver un conflicto entre las partes o una situación insatisfactoria que se produce como consecuencia de la aplicación unilateral de las normas”. Y sigue: “Aunque no todo convenio tenga como finalidad evitar que surja un litigio concreto, sí tienen una finalidad pacificadora, de eliminar conflictos futuros”, razón por la que la doctrina alemana se queja de la escasez de jurisprudencia sobre ellos, dados los pocos casos que llegan a los tribunales.

<sup>266</sup> En general, como reconocen GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, sexta edición, Civitas, Madrid, 1.999, pág. 499, existe cierta *desuetudo* o desuso de la institución transaccional, ya que carece de toda significación en el conjunto del tráfico administrativo, por lo que las leyes especiales de los últimos años vienen intentando viabilizar “firmas de acuerdo menos solemnes y capaces, como ella, de evitar la prolongación de conflictos”, y que, naturalmente, han cuajado en el marco que estableció el art. 88 de la LRJAPyPAC en 1.992.

afirmar que los convenios de terminación convencional tienen que cumplir con los requisitos formales del art. 39 TRLGP, ya que, incluso si la terminación se hiciese por contrato, la *causa contractus* del mismo no obedecería a la evitación de un conflicto<sup>267</sup>;

- que se trate de un contrato: lo que sólo puede ocurrir cuando la terminación convencional del procedimiento se ha producido por contrato y no por convenio o pacto. Comoquiera que los contratos intraprocedimentales, como cualquier contrato, son vinculantes para ambas partes, se entiende que sólo cabría un contrato intraprocedimental de transacción cuando el objeto del mismo no supone disposición de una potestad administrativa, sino mera determinación de algún elemento no reglado del acto o de la medida de una obligación previamente establecida por la norma. Este tercer requisito excluye de la aplicación del art. 39 TRLGP a los convenios de terminación convencional, que son la mayoría, como se desprende de la normativa que ya lo recoge así típicamente, de la naturaleza de los pactos atípicos de terminación convencional (que casa más con las características de los convenios que de los contratos) y de su objeto (que al ser muchas veces una potestad administrativa deberán ser no vinculantes, algo que sólo pueden conseguir los convenios)<sup>268</sup>.

Pero desde nuestro punto de vista sería absurdo regular de manera novedosa la terminación convencional de procedimientos administrativos (art. 88 LRJAPyPAC) necesitando los requisitos formales establecidos para la transacción en el art. 39 de la TRLGP. Precisamente estos difíciles requisitos acabaron con la aplicación de la transacción, que cayó en un pleno desuso administrativo, siendo sustituida por

\*\*\*\*\*  
<sup>267</sup> Y ello aunque el TRLGP se mantenga en la inteligencia de identificar "derechos" con prestaciones económicas, dado el objeto de esta norma. Efectivamente, por "derechos" de la Hacienda Pública el art. 22 alude a derechos de contenido económico. Dentro de su letra d) entran las aportaciones al Estado o a sus Organismos Autónomos, los rendimientos de la acuñación de la moneda, de la lotería nacional y de los monopolios fiscales, los reintegros de gastos públicos, los remanentes de tesorería procedentes de la liquidación de los presupuestos y los demás derechos económicos de la Hacienda Pública (art. 29). Sin embargo, parece absurdo pensar que se exija Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno y nada de ello se diga respecto a cualquier otra prestación que pueda conceder la Administración, por lo que tales exigencias parecen deber exigirse en todas ellas. Cfr. HUERGO LORA, A., *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2.000, pág. 128.

<sup>268</sup> Como opina GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Ámbito de la aplicación de la ley (arts. 1-9 inclusive)*, en GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (director), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1.996, págs. 117, el ámbito de la negociación de la transacción se agota con los contratos de arbitraje y conciliación, excluidos del ámbito de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en virtud del art. 3.1. j) de la misma. La jurisprudencia en materia de convenios urbanísticos dejó sentado desde el principio (STS 30 de abril de 1.979) y en otras muchas sentencias posteriores (por todas STS de 15 de febrero de 1.994), que no cabe vincular por medio de convenios la potestad de planeamiento ni potestad administrativa alguna, aunque se haga en justa contraposición de intereses y prestaciones con los particulares, de modo que allí donde un convenio con tal objeto existiese no sería vinculante, determinándose, eso sí, las posibles responsabilidades en que incurriera la Administración caso de apartamiento del convenio.

espurios acuerdos espontáneos informales. Y esta es la finalidad de este art. 88, revivir la posibilidad de la pactación para evitar pleitos sin caer en la transacción. Y la finalidad de permitirla sólo cuando las materias sean susceptibles a transacción no es más que una remisión a la más acabada doctrina del Consejo de Estado, de la jurisprudencia y de los autores sobre las materias disponibles para la Administración (sin que ello implique, repetimos, que los convenios del art. 88 LRJAPyPAC sean contratos de transacción).

Esto es, ahora sólo se necesitará cumplir los requisitos de forma que establecen los apartados 2 y 3 del art. 88, y que son tener como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia<sup>269</sup>, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados. Además, requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano; actúa aquí esta exigencia formal como una medida profiláctica, con la que se garantiza un respeto máximo de los intereses generales para los asuntos realmente importantes.

**c). Que tengan por finalidad la satisfacción del interés público que tenga encomendada la Administración que conviene**

Que es un trasunto del límite de defensa de los intereses generales del art. 103 CE. Con esta expresión tan ambigua no se sabe muy bien lo que se quiere decir, por lo que hubiera sido mejor no incluirla. Se nos ocurre interpretar estas palabras como una llamada de aviso para que no se incurra en desviación de poder al suscribir estos convenios. Y ello porque la desviación de poder es una de las pocas maneras en que las Administraciones pueden traicionar los intereses generales de manera patente (la discrecionalidad ampara cualquier opción administrativa legal), ya porque con el convenio se quiera premiar los intereses del particular, ya porque se intenten proteger unos intereses generales para los que no es competente la Administración que pacta.

<sup>269</sup> Es extraño hablar de período de vigencia de un convenio cuando están llamados a sustituir actos-resolución o actos de trámite dentro de un procedimiento, que, como explica MESSEGUER YEBRA, J., *La resolución y otras formas de terminación del procedimiento administrativo*, editorial Bosch, Barcelona, 2.000, pág. 25, se agotarán, por lo general, con su ejecución, dado su carácter intraprocedimental y no tratándose de disposiciones administrativas. A nuestro parecer, la inclusión del plazo de vigencia como requisito mínimo de todos los acuerdos de terminación convencional obedece a la posibilidad de pactar la duración de la eficacia del convenio, entrando el plazo de lleno en el objeto de lo negociable por la Administración, quien puede, se nos ocurre, aumentar el tiempo en el que ha de pagarse una sanción o dilatar los períodos del acuerdo con fines intimidatorios, de manera que, decaído el convenio, pueda la Administración volver a imponer sus condiciones unilateralmente.

#### d). Dentro del alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule

De esta previsión parece querer inferirse la falta de aplicabilidad directa de este artículo allí donde no haya normativa específica al respecto. Con esto quedarían des-  
 terrados a la ilegalidad algunos convenios como los urbanísticos en aquellas  
 Comunidades Autónomas en cuya regulación sobre ordenación del territorio o  
 urbanismo o régimen del suelo no se recoja esta figura. Pero se trata de una exéges-  
 is que ya hemos matizado más atrás<sup>270</sup>. En el mismo sentido nos parece que juega  
 el precepto “con arreglo a las normas específicas que los regulan” recogido en el art.  
 3.1, d) TRLCAP. Como se deja dicho allí explícitamente, los convenios de colabo-  
 ración excluidos del ámbito de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas  
 parece que deberán estar positivados y previstos en una regulación sectorial propia  
 para poder ser celebrados. Sin embargo, antes al contrario, opinamos que la habili-  
 tación a la Administración para suscribir convenios de colaboración es general y no  
 necesita de una habilitación concreta *ad hoc* en cada caso. La expresión comentada  
 obedece, en nuestro modo de pensar, más a la posibilidad que le cabe a esa regula-  
 ción propia para modular o modificar el régimen de celebración de los convenios de  
 colaboración, pero sin que quepa oponer nada a la habilitación general para celebrar  
 convenios, ínsita en el art. 4 de la Ley<sup>271</sup>.

<sup>270</sup> Vimos cómo entendían esta cláusula dos autores como PAREJO ALFONSO, L. en PAREJO ALFONSO, L., (Coautor) / JIMÉNEZ BLANCO, A., (Coautor) / ORTEGA ÁLVAREZ, L., (Coautor), *Manual de Derecho Administrativo, opus cit.*, pág. 757 y DELGADO PIQUERAS, F. *La Terminación convencional del Procedimiento administrativo, opus cit.*, pág. 186 y ss., con cuya interpretación comulgamos, cuando consideran que el art. 88 es directamente aplicable, pudiendo la legislación sectorial matizar, modular o incluso limitar en el caso concreto la capacidad para terminar contractualmente un procedimiento administrativo.

<sup>271</sup> Así, por ejemplo, a la hora de establecer las potestades de la Administración durante la vida del convenio, las normas pueden aplicar el régimen de los contratos administrativos o ampliar/restringir sus poderes. Por ejemplo, en la STS de 9 de julio de 1.981 (Ar. 3.032) el TS valida los convenios firmados por un grupo de funcionarios con un Patronato estatal de construcción de viviendas a pesar de que éste tenía unas amplísimas facultades de modificación: “conforme a la singularidad de esta clase de convenios, según así lo autoriza el último inciso del art. 9 del citado Reglamento de 31 marzo 1.971, en esta clase de convenios la Promotora no queda vinculada definitivamente como si se tratase de un contrato típico de Obras o Servicios sino que sólo queda obligada indeterminadamente a la idea general de un Programa de actuación que va concretándose en función de las circunstancias que pueden obligar a cambios de criterio, especialidad que como ya se deja indicada es por la que se justifica la facultad que como ya contrapartida el reglamento otorga a los solicitantes de poder renunciar a su adjudicación, cuando no le convenga la adjudicación definitiva de la vivienda por razón de las variaciones técnicas o económicas, con devolución de las cantidades entregadas, es decir, sin sanción alguna...”. Apoyan nuestra exégesis GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo, opus cit.*, vol. I, pág. 417, declarando que para la celebración de “contratos de fomento” no es necesaria una habilitación especial sino que basta con la capacidad contractual propia de las Administraciones, derivada de los arts. 38 y 1.255 C.C. y 4 TRLCAP y MARTÍN HUERTA, P., *Los convenios interadministrativos*, INAP, Madrid, 2.000, pág. 185, nota 208. Es de destacar la contradicción en que incurre este autor, que, en lo tocante al art. 88 LRJAPyPAC sí exige tal habilitación específica, estando conectado este artículo con el precepto del art. 4 TRLCAP por una unidad jurídica evidente. Matizando esta habilitación general y a favor, por tanto, de una habilitación particular para cada caso concreto, HUERGO LORA, A., *Los Contratos sobre los Actos y las Potestades administrativas, opus cit.*, págs. 175 a 188.

Incluso en el caso de que esta cláusula fuera interpretada en el sentido que exigiera una “ley” posterior, cabría entender que lo que se desea realmente es que tal cosa no se regule mediante reglamento, siendo directamente aplicable en espera de que esa ley establezca definitivamente el alcance de la terminación convencional en cada caso concreto, en aplicación de la doctrina que sobre la directa aplicabilidad de la Constitución estableció la STC de 8 de junio de 1.981.

Ha destacado HUERGO LORA algunos límites materiales a la suscripción de convenios. En primer lugar, serían difícilmente admisibles los acuerdos que vinculasen la potestad reglamentaria de la Administración. Dado que es a través de reglamentos cómo se ordenan los intereses generales, parece inapropiado vincular una herramienta de tanta vocación de generalidad como una disposición administrativa a la satisfacción de los intereses personales de unos pocos. Sí podríamos salvar esta posibilidad, cuando, como dice el autor, el grado de concreción del reglamento sea máximo, esto es, cuando nos encontremos ante reglamentos que, por estar dirigidos a un muy concreto grupo de administrados, condicione lo menos posible los intereses generales<sup>272</sup>. En este tipo de convenios normativos legítimos se encuadra, por ejemplo, los convenios urbanísticos de modificación del planeamiento o los convenios ambientales por sectores (*contrats de branche*, en Francia).

Son también de complicada aceptación los convenios sobre actos administrativos de valoración o de juicio, encargados a un órgano administrativo concreto por su imparcialidad y capacidad técnica para dictarlo. Es el caso, verbigracia, de las sanciones administrativas.

## II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN. EN ESPECIAL, EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2.000, DE 16 DE JUNIO, QUE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

### 1. RÉGIMEN GENERAL: LOS ARTS. 3.1,D) Y 3.2 DEL TRLCAP

El art. 3 del TRLCAP limita el ámbito objetivo de la contratación de las

<sup>272</sup> Cfr. HUERGO LORA, A., *Los Contratos sobre los Actos y las Potestades administrativas*, *opus cit.*, págs. 348 a 355.

Administraciones excluyendo de su seno a una serie de negocios jurídicos, algunos de ellos contratos, otros convenios. Con este precepto se ha querido, pues, expulsar de la ley a ciertas figuras que no tienen carácter contractual (como los convenios de colaboración), o que, teniéndolo, por su especificidad, no reunían todos los requisitos subjetivos u objetivos para ser reguladas por esta norma (como los contratos de suministro relativos a actividades directas de los organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, los contratos sobre mediación o arbitraje, los contratos celebrados por los procedimientos de organizaciones internacionales o los contratos para el estacionamiento de tropas o los contratos relacionados con la compraventa y transferencia de valores negociables). Comoquiera que los contratos son también negocios (negocios jurídicos bilaterales, les hemos venido llamando), el art. 3 TRLCAP tendría que haberse llamado simplemente “Negocios excluidos” o “Contratos y otros negocios excluidos”<sup>273</sup>.

Vemos ahora claro por qué no se llama contratos directamente a los negocios jurídicos. Mientras la palabra “contrato” quedara destinada a designar un pacto o acuerdo bilateral de voluntades y “negocio jurídico” a las declaraciones unilaterales de voluntad del particular que producían efectos jurídicos no hubo problema alguno. La confusión empezó cuando se planteó la posibilidad referida de la existencia de negocios jurídicos bilaterales. Comoquiera que existían los contratos tal posibilidad era cierta, pero en vez de denominar con el nombre de contratos a los negocios jurídicos bilaterales, se siguió usando el término negocio jurídico para designar también a los acuerdos bilaterales de voluntades, con lo que la polémica estaba servida. El marasmo se deshace no haciendo equivaler contrato a negocio jurídico bilateral, sino considerando a éste el género en el que se encuadran aquéllos, como especie.

Constituyen objeto estricto de la ley exclusivamente: los 5 tipos de contratos administrativos típicos recogidos en el art. 5.2, a) TRLCAP, los contratos adminis-

\*\*\*\*\*

<sup>273</sup> Pero, ¿qué son contratos y qué podemos entender por negocios? Evidentemente, parece que hay una discordancia nominativa entre contratos y negocios jurídicos, motivada, sin duda, por dos razones: la primera, cronológica. El contrato es una de las instituciones más antiguas que existen, no sólo jurídica sino propiamente humana: desde los primeros tiempos en que las sociedades se organizan de manera civilizada, saliendo del Estado de naturaleza, sin recurrir a la fuerza para satisfacer las necesidades básicas, el contrato se erigió en instrumento de progreso y cambio. Desde el trueque o permuta neolíticos hasta la compraventa, que se conocía en Egipto y mucho antes en Mesopotamia (el Código de Hammurabi, primera ley escrita que se conoce, y en la que se recogen los rudimentos de las primeras obligaciones jurídicas entre el Monarca y sus súbditos y entre ellos mismos, data del año 1800 a. C. aproximadamente) transcurrió relativamente poco tiempo. Posteriormente, Roma, hace 2 milenios, otorgaría un estatuto jurídico muy acabado a los contratos civiles. Y desde entonces hasta nuestra época, con pocos cambios, esa regulación ha seguido siendo válida. Sin embargo, el negocio jurídico como instituto jurídico tuvo su origen en la pandectística alemana, de la que saltó al derecho civil y al *Bürgerliches Gesetz Buch* (Código Civil alemán). En suma, se trata de actos de declaración de voluntad de un particular que producen efectos jurídicos. Esta categoría ha sido prácticamente ignorada en el derecho francés y español (por ende), y sólo ha encontrado cierto eco en la doctrina y jurisprudencia italianas, por obra de ZANOBINI y GIANNINI, entre otros.

trativos especiales o atípicos, recogidos en otras normas administrativas especiales [art. 5.2, b)] y, sólo en parte, en relación con los actos separables, los contratos privados de la Administración (art. 9.1 TRLCAP).

Dentro del art. 3 TRLCAP se encuadran una serie heterogénea de figuras, que podemos agrupar, con SANTAMARÍA PASTOR, en cuatro grupos<sup>274</sup>:

1). Una serie de convenios de carácter internacional, agrupados bajo las letras e), g), h) e i);

2). Otras categorías de contratos, entre las que se encuentran la relación de servicios de los funcionarios públicos; los contratos del personal laboral (art. 3.1, a); las relaciones jurídicas derivadas de la prestación de un servicio público que se utiliza mediante el abono de una tarifa, tasa o precio público (art. 3.1, b), y los contratos de suministro relativos a actividades directas de los Organismos Autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, si los bienes sobre los que versan han sido adquiridos con el propósito de devolverlos, con o sin transformación, al tráfico jurídico patrimonial (art.3.1, f);

3). Se excluyen dos tipos de contratos concretos, sin conexión entre sí, como son los contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación (art.3.1, j) y los relacionados con la compraventa y transferencia de valores negociables u otros instrumentos financieros y los servicios prestados por el Banco de España (art. 3.1, k);

4). Por fin, en cuanto son los que nos interesan, se excluyen del ámbito objetivo de la ley determinados negocios no contractuales, como los convenios de colaboración, tanto los que se celebren entre entidades públicas, territoriales o no [art. 3.1, c)] como los que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho Privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en los contratos regulados en normas administrativas especiales [art. 3.1, d)]. Quedarán asimismo excluidos de la presente Ley los convenios que sean consecuencia del artículo 223.1.b) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea art. 3.1, d). Sin embargo la exclusión no es total, ya que, como reza el apdo. 2 del propio art. 3, “Los supuestos contemplados en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse”<sup>275</sup>.

<sup>274</sup> Así, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo, Volumen II*, Colección Ceura, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. S.A., Madrid, 1.999, pág. 197 y 198.

<sup>275</sup> Veremos más adelante la virtualidad de que se haya suprimido la referencia al carácter supletorio de las normas reguladoras del contratos de gestión de servicios públicos para los convenios de colaboración celebrados por personas físicas o jurídicas de Derecho Privado, recogida en el art. 2.7 de la Ley de Contratos del Estado de 1.965;

El apartado 2º del art. 3 TRLCAP establece el régimen jurídico de estos convenios, otorgando el carácter de fuente de primer grado a la normativa especial donde se recojan, acudiéndose a los principios del TRLCAP en caso de duda o laguna de la misma<sup>276</sup>. Cuando este apdo. 2º habla de que se “regularán por sus normas especiales”, debemos interpretar para los convenios de colaboración con particulares que esos convenios podrán o no venir recogidos en normas sectoriales (pues ya hemos hablado de la vigencia también para ellos del principio de libertad de pactos del art. 4 TRLCAP, que otorga validez a cualquier negocio jurídico bilateral firmado por la Administración sin necesidad de habilitación previa en norma alguna). El dato fehaciente de la existencia de una cláusula general habilitadora de la capacidad administrativa de celebrar convenios de colaboración se encuentra en las decenas de Órdenes Ministeriales por los que los Ministros delegan en sus Directores Generales la potestad de celebrar tales convenios, con los únicos límites de la cuantía o de la materia<sup>277</sup>. Suelen ser, además, las Secretarías Generales Técnicas las encargadas del conocimiento, informe, control y seguimiento de los convenios de colaboración que se firmen por representantes del Ministerio con las distintas Administraciones, empresas y organismos, tanto públicos como privados.

\*\*\*\*\*

¿sigue ésta vigente al encontrarse todavía recogida en el art. 3 del Reglamento de Contratos del Estado, aprobado por el Decreto 3.410/1.975, de 25 de noviembre. Vid. RUIZ OJEDA, A. y GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J., *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a su Reglamento de Desarrollo parcial (Doctrina, Jurisprudencia y Concordancias)*, Editorial Civitas, Madrid, 1.996, pág. 53, creen que sí. La Disposición derogatoria Única de la Ley 13/1.995 derogó expresamente este Reglamento General de Contratación, pero sólo en lo que contraviniera a ésta, con lo cual queda en manos de la doctrina y la Jurisprudencia la labor de estimar qué partes quedan o no aún vigentes. En su art. 3 reclama el concurso supletorio de las normas sobre preparación, adjudicación y efectos del contrato de gestión de servicios públicos. Asimismo, proclama que “Deberán aplicarse preferentemente como principios de la Ley de Contratos del Estado las reglas comunes que contiene el Capítulo II del título preliminar de aquélla, referente a los contratos administrativos de obras, gestión de servicios y suministros”.

<sup>276</sup> Como el principio de riesgo y ventura del administrado en la ejecución del convenio (STS de 17 de noviembre de 1.983), el de petición de responsabilidad por incumplimiento de la Administración, con base en la doctrina del enriquecimiento injusto (así, STS de 8 de febrero de 1.983, Ar. 645: “...ya que en el contrato de colaboración con este Servicio Nacional se regulan una serie de prestaciones y contraprestaciones, que, de no cumplirse sinalagmáticamente, se produciría un enriquecimiento injusto en una de las partes, en este caso, en la Administración, a costa del consiguiente empobrecimiento de la otra, solución inequitativa que por todos los medios hay que procurar corregir, en cuanto **la equidad constituye un principio general de derecho, al que en ocasiones hay que acudir...**”), el de imposibilidad de ejercer el *ius variandi* cuando no exista causa alguna de interés público (STS de 18 de marzo de 1.985 (Ar. 2.828), etc). Respecto de éste último, el TS dijo que: “Que siendo materia administrativa el Concierto que celebró la Administración con la parte recurrente y apelante, tal convenio tiene por su naturaleza un evidente elemento aleatorio, como se expresa en el art. 46 de la Ley de Contratos del Estado, indicando que los contratos de esta clase se conciertan a riesgo y ventura del contratista, significando en ello que éste se expone al riesgo o azar de una ganancia mayor o menor o incluso a perder cuando sus cálculos estén mal hechos o no respondan a las circunstancias sobrevenidas si bien esta inmutabilidad del contrato para el contratista fue mitigándose por la doctrina y la jurisprudencia aplicando ciertos arbitrios de equidad bien al amparo de la cláusula «rebus sic stantibus» bien aplicando más modernas doctrinas para aquellos convenios de larga duración y tracto sucesivo”.

<sup>277</sup> Así, podemos citar, verbigracia, la Orden de 30 de noviembre de 2.000, del Ministerio de Ciencia y Tecnología, por la que se **delegan competencias y aprueba las delegaciones de competencias de otros órganos superiores y directivos del departamento** (apartado segundo).

Cuando existan tales normas especiales, cabrá recurrir al TRLCAP para rellenar las dudas y lagunas que pudieran existir en dichas normas, a no ser que ellas mismas remitan a una normativa concreta para darles un mínimo cuerpo jurídico<sup>278</sup>. Lagunas que, generalmente serán conscientes por parte de la ley o reglamento que regule *ad hoc* dichos convenios, en el conocimiento de que un silencio sobre cualquier aspecto supondrá la aplicación automática del régimen general de los contratos<sup>279</sup>. Entendemos que cuando no exista tal norma sectorial no cabrá aplicar supletoriamente el TRLCAP, pues tal cosa supondría ir en contra de la naturaleza jurídica de los convenios (que, recordemos, se excluyen del ámbito de la ley por ser, precisamente, figuras distintas a los contratos de la Administración). En estos casos en que el convenio está huérfano de regulación propia, los principales límites para su validez serán los que establece el art. 88 LRJAPyPAC para la terminación convencional de los procedimientos (el más importante, que no altere el ejercicio de las competencias de los órganos administrativos<sup>280</sup>) y el art. 4 TRLCAP para todos los pactos.

\*\*\*\*\*  
<sup>278</sup> Así, por ejemplo, Real Decreto de 16 de junio de 2.000, del Ministerio de la Presidencia, que regula la creación e implantación de unidades de apoyo ante desastres, recogiendo que "*Para la constitución de unidades de apoyo ante desastres (UAD) el Ministerio del Interior podrá suscribir convenios de colaboración con entidades, públicas o privadas, de las que dependan unidades, equipos o grupos de trabajo, cuyas funciones ordinarias se correspondan con alguna de las áreas de actividad previstas para las UAD en este Real Decreto.*". La Disposición adicional sexta (*Régimen jurídico de los convenios de colaboración*), expresa que "Los convenios suscritos en virtud del presente Real Decreto quedan fuera del ámbito de la Ley 13/1.995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas, de acuerdo con lo establecido en los párrafos c) y d), del artículo 3 de aquella, **y estarán regulados por el Código Civil, en lo que éste se refiere a contratos de mandato y arrendamiento de servicios y obra y al régimen general de las obligaciones, siendo supletoria la Ley de contratos anteriormente citada.**".

<sup>279</sup> La norma sectorial se limitará a establecer las diferencias de régimen jurídico que tales convenios tendrán respecto del régimen general de preparación, adjudicación, vida y extinción de los contratos, no pronunciándose en lo restante, en la conciencia de la aplicación de dicho régimen. Así, por ejemplo, establecerá expresamente la ausencia de publicidad o concurrencia en la adjudicación del convenio, algo bastante usual en esta figura, constituida las más veces *in tuitu personae* (derogando así ambos principio generales de la contratación de la Administración, tanto pública como privada). También cabría pensar que una laguna en la legislación sectorial de un negocio excluido del ámbito del TRLCAP equivale, en principio, a un pronunciamiento negativo de la misma para la aplicación de las prerrogativas unilaterales que ostenta la Administración en los contratos. Esta es la opinión de HUERGO LORA, A., *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2.000, pág. 67, y que lleva a la misma conclusión que la solución que nosotros planteamos: la no supletoriedad natural del TRLCAP sobre la normativa sectorial de los negocios excluidos del art. 3 TRLCAP.

<sup>280</sup> Cláusula que GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, sexta edición, Civitas, Madrid, 1.999, pág. 500, traducen como la prohibición de que el convenio comprometa una potestad pública, por ser éstas objetos *extra commercium*. Cabría también interpretar aquí el término competencia en sentido estricto, esto es, como la atribución subjetiva de poderes públicos de manera distributiva, como un *prius* al ejercicio concreto de las potestades. En este sentido, BELTRÁN DE FELIPE, M., *Las potestades administrativas. En especial, las potestades discrecionales*, en el portal jurídico Iustel (accesible en [www.iustel.com](http://www.iustel.com)), visitado el 7 de diciembre de 2.001. En nuestra opinión es necesario establecer una distinción fundamental salvadora que ellos pasan por alto: evidentemente el art. 88 LRJAPyPAC y el art. 4 TRLCAP permiten la libre suscripción de convenios sin necesidad de habilitación normativa previa siempre que no se afecte, condicione o comprometa una potestad administrativa, lo que, *contrario sensu*, implica que se podrán suscribir acuerdos o convenios sin tal habilitación cuando impliquen una mera determinación de la medida de cualquier obligación previamente establecida en una norma administrativa.

No cabe, pues, hablar propiamente de supletoriedad del TRLCAP para los convenios de colaboración, al contrario de lo que ocurre para los contratos administrativos especiales<sup>281</sup>. Parece que se trata de algo de menor calado que un clásico recurso a una fuente de segundo grado. Y una duda puede aparecer no sólo por ausencia de regulación de un supuesto sino por otras insuficiencias, ya sea por falta de claridad, oscuridad o defecto de la regulación. Es por ello por lo que se prefiere integrar estos otros defectos con los principios generales inducidos del TRLCAP. Y se habla de principios más que de artículos de la ley porque puede resultar peligroso o molesto (ya veremos) el injerto literal de determinados preceptos de la ley en caso de laguna u oscuridad de la normativa especial, donde no existen obligaciones de concurrencia, transparencia, selección, etc. El pr. 2º del art. 3 del Reglamento General de Contratación del Estado de 1.975 disponía que por principios de la Ley de Contratos se entenderán las reglas comunes que contiene el Capítulo II del Título Preliminar de la Ley de Contratos del Estado de 1.965, o sea, los referentes a los contratos administrativos típicos. Esto ha sido confirmado por la jurisprudencia anterior a la Ley 13/1.995, ejemplarmente la STS de 18 de marzo de 1.985 (Sala 3ª), que decía lo siguiente:

*“...aun cuando el convenio de colaboración con la Administración, aquí contemplado, tenga la naturaleza de contrato administrativo, pero no le son de aplicación las normas específicas que regulan esa clase de contratos, en virtud de la exclusión que se hace en el artículo 2.7, de la Ley que las contiene, de 8 de Abril de 1965, sin embargo, se añade, si le son de aplicación los principios que informan las reglas comunes a los diferentes contratos, contenidos en el Capítulo II, del Título Preliminar del Texto Legal, según precisa el artículo 3 del Reglamento de dicha Ley, de 25 de Noviembre de 1.975...”*. (Considerando 2º).

\*\*\*\*\*  
<sup>281</sup> Esta especial supletoriedad impropia, ha sido calificada como un puro “recurso hermenéutico” por SOSA WAGNER, F., TOLIVAR ARIAS, L., QUINTANA LÓPEZ, T., FUERTES LÓPEZ, M. y SÁNCHEZ MARÍN, R., *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Cedecs, 2ª edición, Barcelona, 1.996, pág. 26. Para los contratos especiales, el art. 7.1 TRLCAP establece que se registrarán por sus propias normas con carácter preferente, pero aplicándose el TRLCAP en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción cuando no existan tales normas propias. Para los contratos atípicos rige también por entero el art. 4 TRLCAP, de manera que siempre podrán suscribirse por la Administración sin habilitación normativa previa (de hecho, el art. 5.2, b) TRLCAP recoge tres criterios para entender como administrativo atípico a un contrato, y sólo uno de los cuales es que lo declare así una ley”. Si vinieran recogidos en un reglamento, no por ello serán atípicos, sino por obedecer a cualquiera de los otros dos criterios del art. 5.2, b), esto es, que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla.

<sup>282</sup> En todo caso, un principio no es una regla –como se ha encargado de confirmar la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en varios Informes: Vid. por ejemplo, el Informe 42/1.998, de 16 de diciembre, donde, en la Consideración Jurídica 2ª expresa este parecer (accesible ya desde Internet, en la página del Ministerio de Economía y Hacienda, sección patrimonio: [www.meh.es](http://www.meh.es)).

Nosotros consideramos que esa aclaración sobre cuáles sean los principios sigue siendo válida, pudiendo entenderse que aquella antigua remisión al Capítulo II del Título I de la ley de 1.965 equivale hoy al Capítulo III del Título I del TRLCAP, ya que aquí se recogen las “Disposiciones comunes a los contratos de las Administraciones Públicas”. De todas formas, esta hipótesis es meramente indicativa, y no podría tacharse de erróneo aplicar otro principio inducido del resto de la ley, siempre que sea común a toda la contratación (garantías exigidas para los contratos de la Administración, formalización de los contratos o causas genéricas de declaración de nulidad, por ejemplo) y siempre, claro está, que se trate de principios o valores-fuerza, nunca de reglas concretas, aunque esta precisión sea difícil de cumplir a veces: en caso de laguna o defecto de la legislación especial del convenio en cuestión se intentará aplicar el espíritu, no la letra de la ley<sup>282</sup>.

En todo caso, se ha suprimido la anterior mención a la supletoriedad de las normas sobre preparación, adjudicación y efectos que regían el contrato administrativo de gestión de servicios públicos. En nuestra opinión, esta cláusula (que sigue hoy en el art. 3 del Reglamento General de Contratación del Estado (Decreto 3.410/1.975, de 25 de noviembre, derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 13/1.995 en cuanto se opusiera a lo establecido ella), ha sido formalmente derogada, ya que el art. 2.2 sigue hablando de principios –por las razones aludidas–, pero desaparece en él la mención específica al contrato de gestión de servicios públicos para los convenios de colaboración. Las razones para suprimir este precepto en la nueva ley, y que estaba en la de 1.965 –modificada por la Ley de 17 de marzo de 1.973– pueden ser varias: bien porque se estimó que existían convenios de colaboración que no respondían a la estructura de un contrato de gestión de servicios públicos, bien porque la exclusión planteada en el art. 3.1.d) nuevo es menor que la anterior ya que ahora no se excluyen del ámbito objetivo del TRLCAP los convenios que tengan por objeto un contrato administrativo típico o atípico (el de gestión de servicios públicos de manera paradigmática), mientras que en anterior art. 2.7 de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1.965 se hablaba simplemente de que quedarían fuera del ámbito de dicha ley los convenios de colaboración que celebrara la Administración con particulares y que tuvieran por objeto fomentar la realización de actividades económicas privadas de interés público<sup>283</sup>.

283 ¿Por qué la resistencia a concebir la posibilidad de que existieran tales negocios jurídicos del particular en el Derecho Administrativo? En parte porque en el Derecho Administrativo clásico se entendía que fundamentalmente las actuaciones del particular no engendraban efectos jurídicos en el Derecho Público, ya que tal cosa sólo era posible por parte de la Administración: se comprobaba que los negocios jurídicos existían en la esfera pública, pero no tanto así en la de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones.

En este estado de cosas, los negocios jurídicos son, por tanto, un tipo de actos administrativos. Si los emana un particular, son propiamente negocios jurídicos. Sus dos características básicas son: que se trate de un acto de voluntad, y, además, que los efectos jurídicos que deriven traigan causa de la misma. Esto nos lleva a pensar, con gran parte de la doctrina, que sólo existirán negocios jurídicos unilaterales de los particulares. Gran parte de la doctrina cree que no existen negocios jurídicos bilaterales en Derecho Administrativo por esta razón, ya que los efectos jurídicos derivan, no de la propia declaración de voluntad, sino de la unión de las de ambas partes. Pero otros como GARRIDO FALLA creen, y afirma éste tajantemente, que “estimamos que el negocio jurídico bilateral es posible en Derecho Público porque admitimos la existencia del contrato administrativo”<sup>284</sup>. Sin embargo no desarrolla más esta teoría.

Nosotros consideramos que sí son negocios jurídicos bilaterales nuestros convenios de colaboración entre particulares y Administraciones del art. 3.1, d) TRLCAP, ya que se trata de relaciones bilaterales paccionadas pero que carecen (veremos en el siguiente epígrafe) de muchas notas propias del contrato administrativo, de cuya figura se separan<sup>285</sup>. La referencia a meros “convenios de colaboración” la dio la Ley 37/1.988, de Presupuestos Generales del Estado para 1.989. Antes se hacía referencia a “convenios para el fomento de actividades privadas de interés público”. Ahora, como sabemos, la ley sólo recoge los convenios de colaboración que firmen las Administraciones con personas físicas o jurídicas de carácter privado, con lo que el ámbito de la exclusión de la ley para los convenios de colaboración es necesariamente diferente<sup>286</sup>.

Que los convenios de colaboración con particulares son negocios jurídicos lo corroboran autores como PANIZO GARCÍA, para quien los convenios responden más al concepto de negocio que al de contrato. La definición que ofrece de convenios de colaboración es la siguiente: “Es una forma de realización de una función

\*\*\*\*\*

<sup>284</sup> Cfr. GARRIDO FALLA, F., *El Negocio jurídico del Particular en el Derecho Administrativo*, en R.A.P., nº. 1, 1.950, pág. 125.

<sup>285</sup> Principalmente, en los convenios de colaboración de fomento se excluye de manera inequívoca el carácter patrimonial de la institución, nota intrínseca y connatural de los contratos, como bien ha dejado claro la más preclara doctrina civilista de nuestro país. Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1.993, pág. 123, definiendo contrato como “negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral”.

<sup>286</sup> Mientras que en Suiza, Alemania e Italia la figura del contrato administrativo está aún hoy sometida a debate y sólo se reduce a aquellos actos en que la Administración somete a los particulares a su voluntad (por ejemplo, las levas militares o la proclamación y régimen de los funcionarios –de ahí que en estos países se diera acogida a la tesis del negocio jurídico, que es por esencia unilateral–), en España y Bélgica se ha seguido la tesis francesa y se le ha otorgado carta de naturaleza a esta figura. GARCÍA DE ENTERRÍA opina, sin embargo, que la figura del contrato es única, si bien con dos manifestaciones: los contratos civiles y los administrativos. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Figura del Contrato administrativo*, en R.A.P., nº. 41, 1.963, pág. 106.

pública, que, a diferencia del contrato, ...se cumple mediante la realización de una actividad propia del particular que conviene, en cuyo cumplimiento concurre una razón de interés público". Para el autor, los convenios son negocios jurídicos bilaterales, celebrados con sujetos públicos o privados, regulados por el Derecho Administrativo, que en virtud de la presencia predominante de la idea de colaboración en la consecución de un fin común de interés público, se encuentran excluidos del régimen general que para los contratos de la Administración establece la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sometiéndose a un régimen jurídico especial<sup>287</sup>.

A nuestro juicio, la colaboración a la que se hace alusión cuando citamos estos "convenios de colaboración" no ensombrece el aspecto patrimonial que existe, como motivación, en la *causa contrahendi* del particular, sino que lo que atenúa en todo caso es la sinalagmaticidad, ya que el equilibrio prestacional está en ellos inclinado a favor de los particulares<sup>288</sup>. La realización de determinadas actividades por parte de éstos es algo que les es poco gravoso (tanto más cuando se trata de convenios voluntarios, nota esencial para entender la colaboración); a lo sumo se les condiciona la prestación que reciben de la Administración al cumplimiento de alguna carga o modo. Por ejemplo, en un convenio urbanístico, si el particular se compromete a construir y ceder por un tiempo un edificio construido sobre el terreno recién calificado por la Administración urbanística. Si nos fijamos, el promotor, constructor o Junta de Compensación están realizando una actividad propia, que no les es desconocida ni especialmente molesta. Lo que ocurre es que se obligan a una prestación añadida (ceder temporalmente el edificio construido), pero a sabiendas de que éste revertirá posteriormente a su mano, y podrá venderlo, sacando así un beneficio que no habría podido obtener si no le hubiesen recalificado el solar.

\*\*\*\*\*  
<sup>287</sup> Vid. PANIZO GARCÍA, A., *Régimen Jurídico de los Convenios de colaboración*, en La Ley, Revista Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, nº. 3895, 24 de octubre 1.995, pág. 2. El autor destacará más delante que la razón por la que estos convenios se han excluido del ámbito de la Ley 13/1.995 es por la fuerte presencia de la idea de colaboración en ellos, que ensombrece el aspecto patrimonial. Como ya hemos dicho más arriba, a nuestro juicio la colaboración no se produce por parte del particular para con la Administración, sino al revés. Ello deriva de la expresión inicial que en la doctrina tuvieron estos convenios de colaboración, y que era la de ser "convenios de colaboración para la promoción de actividades privadas de interés público".

<sup>288</sup> Ya hemos desarrollado previamente nuestra teoría acerca de la distinta *causa contrahendi* de la Administración y del particular, y de la diferencia de la *causa contractus* de los convenios y los contratos de la Administración. Así lo ha indicado el TS en la Sentencia de la Sala 3ª de 28 de mayo de 1.985, ponente Sr. Pérez Tejedor, calificando los convenios como instrumentos de fomento, sin carácter específicamente sinalagmático. Allí se aludía a determinados beneficios fiscales, "... quedando en consecuencia formalizado un convenio o negocio jurídico que está previsto en lo dispuesto en los artículos 2.7 LCE y 2.7 RCE como convenio de colaboración, otorgado en virtud de autorización del Gobierno, y celebrado entre la Administración y los particulares con objeto de fomentar la realización de actividades económicas privadas de interés público".

De todas formas, es evidente que en estos convenios la colaboración también se da del lado del particular. Se da –decimos deliberadamente así– porque en la mayoría de estos convenios el particular no la busca y porque, de hacerlo, no le mueve a pactar esa idea maravillosa de ayudar a sus conciudadanos (si alguien tiene intención de realizar obras de caridad, usa la donación, no un convenio o contrato), sino que llega indirectamente, escondida bajo la casulla de estímulo, fomento o contraprestación contractual. Por tanto, si nos atuviéramos estrictamente a los móviles del particular que conviene, estos convenios tendrían que llamarse contratos, razón por la cual entendemos que no es la idea de colaboración del particular la que explica la exclusión de los mismos de la ley. Eso sí, es la posición de igualdad de las partes, el equilibrio sincero de las prestaciones (a favor del particular, repito, permanece la última voluntad de asentir o no al estímulo de la Administración<sup>289</sup>), el carácter necesario e imprescindible que la Administración le otorga a ese particular en concreto al suscribir el convenio, lo que le hace el único elegido e insustituible por la Administración para convenir, la razón o razones principales de una tal exclusión como la que estamos analizando en el art. 3.1, d) TRLCAP.

Entendemos que es importante hacer hincapié en la idea de insustituibilidad del particular, que conviene para entender la verdadera sustancia de estos convenios de colaboración. Cuando la Administración decide convenir con un privado lo hace porque es el único/a, el máximo, está dentro de un pequeño grupo de elegibles que puede ayudarla a conseguir los concretos fines de interés general que ésta tutela. Y esto los diferencia especialmente de los contratos administrativos, donde los suministros, las obras públicas y en menor medida los servicios públicos pueden ser prestados por varios candidatos: la prueba es que mientras que en estos contratos se necesita una fase de selección del contratista, una fase de libre concurrencia, en los convenios el particular es elegido *in tuitu personae*, se le elige a él en concreto, pues el es el único, por ejemplo, que está inmerso en un procedimiento expropiatorio y con el que se puede firmar un convenio expropiatorio, o el único<sup>290</sup> con el que, en

<sup>289</sup> En los convenios es la Administración la que necesita la prestación del particular, por ser ésta de interés general para la prestación de un servicio o función pública. No se trata, por tanto, de una necesidad perentoria al estilo de la que sucede en la contratación administrativa, donde prima el aspecto patrimonial de la prestación del particular.

<sup>290</sup> Si los principios de publicidad y concurrencia sirven para que no se conculque el principio de igualdad y se dé la oportunidad igual a todos ellos de ser elegibles, tales principios no se vulneran cuando sólo existe una persona adecuada para la satisfacción de los intereses públicos que la Administración sirve a través del convenio, ya que no existe término de comparación, es decir, no hay otro posible administrado que se pueda sentir preferido. El problema surge, claro está, cuando la prestación puede ser realizada por varias personas y no se acude a la subasta o al concurso público para seleccionar al particular que habrá de convenir. En esos casos, habrá de estarse a la normativa propia del convenio (si existe) y si no hay tal, se aplicarán los principios de publicidad y libre concurrencia, a no ser que la Administración los excepcione para el caso concreto con una exhaustiva motivación, que, en caso de ser insuficiente, podrá siempre ser posteriormente investigada por el juez contencioso como elemento reglado del convenio. Ello, fundamentalmente, porque la mayor parte de los convenios (como instituto destinado a buscar la coordinación de intereses con los particulares para la prestación de un servicio o la adquisición de bienes de interés generales) lleva implícita su *celebración in certam personam*.

general, se puede llegar a un pacto al estilo del art. 88 Ley 30/1.992, al ser la contraparte del procedimiento administrativo, o es el único que posee el solar que conviene edificar por necesidades públicas y con el que se firma un convenio urbanístico, etc...<sup>291</sup>. En los contratos administrativos, si bien está presente también la nota de colaboración pues se requiere el concurso de los administrados para realizar una obra pública o gestionar un servicio, en los convenios la Administración necesita más aún si cabe al particular, y por ello lo busca y pacta, en el bien entendido que con ello está beneficiando al interés general. Y cuando es el interés general el que está en juego, será generalmente la Administración la que toma la iniciativa, buscándolo y ofertando, bajándose, podríamos decir, de su pedestal de *potentior persona* (del que no se baja, por ejemplo, para contratar) e igualándose con un ciudadano, con el que acuerda algo<sup>292</sup>.

Siguiendo esta línea de pensamiento, podemos abundar e ir más allá, si la razón para excluir a los convenios de colaboración del objeto de la ley es que son convenios de Derecho Administrativo en los que existe igualdad de posiciones y son pactos *in tuitu personae*, podemos deducir dos cosas:

A). O bien que la auténtica naturaleza de los convenios de colaboración es no contractual, teoría que defendemos;

B). O bien que sólo se excluyen de esta ley los convenios de colaboración que no tengan naturaleza de contratos administrativos (o sea, los privados) quedando los de naturaleza contractual administrativa dentro de su ámbito. No parece ser ésta la auténtica interpretación de este art. 3.1, d), puesto que ello supondría un entendimiento ciertamente forzado del tenor literal del mismo, considerando que sólo quedarán excluidos los convenios de colaboración que cumplan dos requisitos acumulativos:

<sup>291</sup> Vid. RUIZ OJEDA, A. y GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J., *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a su Reglamento de Desarrollo parcial (Doctrina, Jurisprudencia y Concordancias)*, Editorial Civitas, Madrid, 1.996, pág. 55, opinan que la exclusión del principio de concurrencia que suele darse en los convenios de colaboración se debe al carácter puramente instrumental de los mismos para el ejercicio de auténticas competencias administrativas o la ordenación de la actividad administrativa de la que se trate. Comentario acertadísimo que establece otra diferencia fundamental con los contratos administrativos, que son fines en sí mismos y en los que, aunque también pueda buscarse el ejercitar alguna actividad administrativa especial, ésta prima sobre el contratista concreto, que generalmente es sustituible por otro. Citan los autores (pág. 56) el caso ya comentado de los convenios sanitarios de la Ley General de Sanidad, en los que se niega a los centros sanitarios privados derecho a la concurrencia y, por ende, no se obliga a la Administración sanitaria a emplear un procedimiento de licitación para la firma de estos convenios (ejemplo tomado de MENÉNDEZ REXACH, *Las nuevas formas de gestión sanitaria ante el Derecho Administrativo*, IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, 23 al 25 de Octubre de 1.997, págs. 2-6).

<sup>292</sup> Esta idea la comparte PANIZO GARCÍA, A., *Régimen Jurídico de los Convenios de colaboración*, opus cit, pág. 5, donde afirma que "Particular consideración merece el respeto al principio de concurrencia por cuanto, de ordinario, el objeto del convenio, ligado a la idea de colaboración, hace imposible la efectividad de dicho principio, al tratarse de actividades que sólo el que conviene puede realizar".

a) Que estén regulados o previstos en alguna norma específica (se entiende implícitamente que norma específica administrativa, según se desprende del art. 9), lo que es falso, como venimos manteniendo;

b) que no tengan por objeto un contrato administrativo típico –los 5 previstos en esta ley– o atípico (de cualquier otra norma administrativa especial y en la que se recojan contratos administrativos atípicos o sectoriales). Esta teoría lleva a resultados equívocos<sup>293</sup>.

La atipicidad es un rasgo que ya caracterizaba a los convenios de colaboración firmados suscritos entre la Administración y los particulares antes de la entrada en vigor de la Ley 13/1.995. Así ha tenido ocasión de decirlo el Tribunal Supremo en varias ocasiones. En efecto, en la STS de 9 de julio de 1.981, Considerando 1º, ya lo advertía cuando así rezaba:

*“Que al lado de los contratos típicos administrativos (de obras y servicios) la actividad contractual de la Administración en sus relaciones con los Administrados se desarrolla en otra multitud de convenios que pudieran calificarse más o menos de atípicos en los que la forma de expresarse la conformidad de voluntades puede manifestarse en una operación compleja a través de actos sucesivos creadores de un vínculo jurídico convenios éstos que ofrecen una faceta común a los contratos institucionalizados y, otra específica o propia de cada uno de estos convenios calificados de atípicos que responden a sus diversas finalidades...”*

Vemos, por tanto, cómo los convenios excluidos ya en el art. 2.7 de la Ley de Contratos de 1.965 eran también los atípicos, a pesar de que tal extremo no se dijera positivamente en la letra de dicho artículo: fue la jurisprudencia la encargada de desvelar este atributo, de manera que los convenios recogidos en la normativa especial administrativa se entenderían contratos administrativos, y, por tanto, incluidos dentro de la Ley de Contratos del Estado. En el caso que ventila la sentencia aludida, se trataba de un convenio recogido en una norma administrativa (Reglamento de 31 de marzo de 1.971 y Decreto de 24 de abril de 1.969) reguladores de los convenios suscritos por el Estado para la construcción de viviendas de promoción oficial de los funcionarios del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC). Estos convenios, entonces excluidos de la Ley de Contratos y atípicos (recogidos en una normativa administrativa especial) estarían hoy incluidos en el TRLCAP, ya que el objeto de la exclusión en la letra d) del apartado 1º del art. 3 incluye los conve-

\*\*\*\*\*  
<sup>293</sup> Que llevaría a excluir del ámbito del TRLCAP a los convenios de colaboración con objeto de contrato privado, por el hecho de que se incluyen los convenios que tengan objeto de contrato administrativo típico o atípico. Los resultados de esta teoría conllevaría, pues, hacer equivaler a los convenios con los contratos, negándoles naturaleza específica diferenciada, con lo que no se explicaría la exclusión del art. 3.1, d) TRLCAP.

nios de colaboración recogidos en normas administrativas especiales (como es éste el caso). Entendemos, pues, que la atipicidad que excluía a los convenios en la Ley de Contratos del Estado –tras la Reforma operada por la ley de 17 de marzo de 1.973– de que habla la jurisprudencia del TS, se refería a aquellos convenios no recogidos en la Ley de Contratos del Estado. Sin embargo, la atipicidad que trata el nuevo régimen de los convenios de colaboración con particulares establecido por la Ley 13/1.995 reduce su ámbito, haciendo referencia a aquellos convenios que no sólo no tengan por objeto (expresión más acabada que la expresada por la jurisprudencia señalada) alguno de los propios de los contratos del TRLCAP, sino que tampoco estén recogidos en otras normas administrativas especiales sobre convenios<sup>294</sup>.

Por ello, todos los indicios vistos hasta ahora nos llevan a concluir que los convenios de colaboración no pertenecen al gran género de los contratos, siendo esa la causa de su expulsión del ámbito del TRLCAP. Se excluyen, pues, del TRLCAP todos los convenios de colaboración, sean de carácter público o privado, salvo aquellos que tengan objeto de contrato administrativo típico o atípico (si, en este caso, se recogen en una norma administrativa propia)<sup>295</sup>.

Llegados a este punto se nos plantea una duda aún más trascendental por la influencia que podría tener en la práctica: ¿tiene la normativa específica de los con-

294 Ya hemos criticado anteriormente la opción del Legislador de contratos de distinguir entre contratos y convenios basándose exclusivamente en el criterio del objeto. Además, si, en general, los convenios que tienen objeto contractual deben estar incluidos en el ámbito del TRLCAP no se explica que sólo se incluyan los convenios con objeto de contratos típicos y los atípicos especiales recogidos en normas administrativas especiales. ¿Es que no deben excluirse también los convenios que tengan objeto de contrato administrativo atípico si éste no está regulado en norma alguna? Dada la oscuridad del precepto, una interpretación a favor de los intereses generales del mismo debería llevar a esa solución, de modo que ningún negocio de objeto contractual pueda escapar a las garantías que se establecen en el TRLCAP. En apoyo de esta interpretación pro intereses generales en caso de duda u oscuridad de la norma se muestra la STS de 20 de abril de 1.979 (Ar. 1.589), al recoger:

*“Que es factor primordial para concretar por vía hermenéutica el sentido y alcance de una norma administrativa el consistente en determinar cuál de los efectos derivados de la respectiva aplicación de cada uno de los posibles significados normativos se adecua o ajusta más perfectamente a los fines perseguidos por el precepto estudiado, lo que destaca como prevalente en Derecho Administrativo el elemento teleológico de interpretación dada la propia esencia de la actividad de la Administración en cuanto ente gestor de los fines o intereses públicos que así constituyen base ahormante de toda indagación del sentido de conceptos jurídicos imprecisos por su generalidad o alto grado de abstracción empleados en Ley formal o Decreto legislativo rectores de específicos ámbitos de las relaciones entre Administración pública y administrados”.*

La misma pregunta se la hace GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., *El contratista de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2.000, pág. 127, aunque llegue a una conclusión distinta a la nuestra. Para él, los convenios incluidos en el ámbito objetivo del TRLCAP son contratos, pero “contratos de colaboración”, al estilo de los del art. 153.3 TRLCAP. Para nosotros se trataría de auténticos contratos, en el bien entendido de que suponen, la ejecución, por ejemplo, de una obra, suministro o servicio público de manera directa por el contratista, no por la Administración con la ayuda de éstos. Atribuye carácter de igualdad a las partes en los convenios interadministrativos (por extensión, también en los celebrados con particulares, pág. 129).

295 Entendemos que si un convenio tuviera objeto patrimonial de contrato administrativo atípico y éste no se recogiera en una norma propia (como es posible por el juego del art. 4 TRLCAP) también quedaría sujeto al ámbito del TRLCAP, aplicando la misma lógica.

venios de colaboración administrativos que respetar las disposiciones básicas del TRLCAP?

Creemos que no. El hecho de que un convenio de colaboración incluido en el ámbito de la ley se asimile a un contrato administrativo típico o atípico no supone que sea formalmente tal. Por tanto, teniendo en cuenta que el espíritu al que responden ambas figuras es distinto, las normas específicas que regulan los convenios de colaboración de tipo administrativo podrían perfectamente positivar criterios de preparación o adjudicación del convenio diferentes a los expresados en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Tal cosa ocurría, por ejemplo, con la legislación sectorial que regulaba las actas de concierto de los Planes de Desarrollo o de los Polos Industriales, donde la iniciativa para celebrar el convenio correspondía a las empresas del sector, lo cual distaba mucho de la ortodoxia de los actos preliminares fijada por la Ley de Contratos del Estado<sup>296</sup>. Y esta diferencia de trato respecto a la normativa específica de los contratos administrativos atípicos trae causa, sencillamente, de la distinta naturaleza que tienen convenios de colaboración y contratos. De todas formas, hablar de convenios no implica necesariamente excluir los formalismos preparatorios de los contratos. Existen algunos convenios, por ejemplo, en que las subvenciones se conceden aplicando el principio de concurrencia, sin que ello desmerezca al interés general, generalmente unidos en los convenios de colaboración a convenir con una persona concreta<sup>297</sup>.

Una solución contraria podría afectar negativamente al interés general. Cosa distinta es que en la normativa específica de los convenios de colaboración, ya sean de los excluidos o de los incluidos en el ámbito de la ley, exista laguna en cualquier punto, caso en el cual se deberán aplicar las normas de la ley sobre preparación, adjudicación, efectos y extinción del contrato. Viene aquí al caso la reflexión que hacíamos más arriba sobre la particular supletoriedad del TRLCAP sobre la normativa propia de los convenios (del art. 3.2 TRLCAP).

\*\*\*\*\*

<sup>296</sup> Hay alguna jurisprudencia que expresamente diferencia los contratos administrativos de los convenios de colaboración en la ausencia, en éstos, de las actuaciones preparatorias típicas de éstos. Así, verbigracia, la STS de 8 de marzo de 1.990, que versaba sobre la naturaleza jurídica de los convenios de colaboración firmados entre la Comunidad Foral de Navarra y la Universidad de la Iglesia, donde se intenta diferenciar a tales convenios de los conciertos-contratos administrativos de gestión de servicio público, en cuyo Fdto. Jco. 2º se dice que: "... pero es que, además la imposibilidad de calificación del Convenio discutido como «concierto», estriba en que, además de la falta de actuaciones preparatorias propias de dicha figura y ausencia de forma exigible a tal contratación...".

<sup>297</sup> Así, por ejemplo, lo permite el Real Decreto de 17 de diciembre de 1.993, aprueba el Reglamento de procedimiento para concesión de las públicas, en que la aplicabilidad a los procedimientos del principio de concurrencia y la concesión de algunas de las subvenciones en régimen de competencia han aconsejado establecer una delimitación del concepto de concurrencia competitiva, referido a aquellas subvenciones que, imputadas a un mismo crédito presupuestario, implican la existencia de una pluralidad de solicitudes y su comparación, en un único procedimiento, de acuerdo con los criterios establecidos en la norma reguladora o en la convocatoria. El art. 1.1 es claro al respecto.

Efectivamente, si se tratara de un convenio con normativa propia excluido, en caso de laguna sobre la selección del candidato habría que aplicar los principios de la ley, dentro de los cuales están, desde luego, los de publicidad, concurrencia o igualdad<sup>298</sup>. Por ejemplo, cabiendo la posibilidad de aplicar el procedimiento negociado a los contratos administrativos atípicos y a los contratos privados, se le aplicaría también a todos los convenios de colaboración con regulación oscura que lo permitieran<sup>299</sup>. Otra cosa sería que la normativa propia de esos convenios se hubiera pronunciado expresamente (o que de sus preceptos se derivara de modo natural) sobre la no aplicación de esos principios, sustituyéndolos por una no existencia de selección del particular, buscando la Administración el convenio con una persona determinada en atención a sus cualidades propias (sería un sistema que podríamos llamar, más que *in tuitu personae*, de un sistema *in certam personam*)<sup>300</sup>.

Y mientras que a los convenios de colaboración excluidos les es de aplicación el TRLCAP sólo de manera supletoria de su normativa y en forma de principios, para los convenios de colaboración incluidos por tener objeto de contrato atípico recogido en una norma administrativa especial, la ley les es aplicable como reglas, pues el art. 7.1 TRLCAP así lo dispone (paradigmáticamente el Capítulo III del Título I, sobre disposiciones comunes a los contratos de las Administraciones Públicas)<sup>301</sup>.

<sup>298</sup> Vid. Dictamen 32/1.995, de 1 de junio, del Consejo Consultivo de Andalucía, pág. 210, recogido en la Recopilación de Doctrina legal del Consejo Consultivo de Andalucía, 1.997, de donde se desprende que un proyecto de Decreto de la Junta de Andalucía donde se regulan convenios sanitarios de vinculación singular, expresamente reconocidos como convenios de colaboración de objeto administrativo, deberán estar vinculados por los principios de la ley.

<sup>299</sup> Así lo tiene dicho la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, haciendo prevalecer los arts. 7.1 y 9.1 Ley 13/1.995 por encima de lo que podría dar a entender el art. 76 Ley 13/995, ya que aquí sólo se permite el uso del procedimiento negociado para los contratos del Libro II de la Ley, los contratos administrativos típicos. Como expone el Informe 67/1.996, de 18 de diciembre, en su Consideración Jurídica 3ª, se llegaría al absurdo de considerar que los contratos administrativos atípicos y los privados, al estar recogidos los arts. 7 y 9 en el Libro I, no estarían incluidos en este precepto. Y ello porque, a pesar de que la sujeción de estos contratos a la ley es menos intensa que la de los contratos administrativos típicos, están realmente incluidos en el ámbito de la ley. Una solución inversa podría llevarnos a adjudicar, por ejemplo, los contratos privados, por medio de la subasta o concurso, "incluso insólitamente aunque sólo hubiese un contratista, con lo que los contratos privados quedarían sometidos a un régimen más rígido en su adjudicación que los propios contratos administrativos, lo cual no ha podido ser en absoluto la finalidad perseguida por el legislador al establecer el régimen jurídico de los contratos de la Administración". (Consideración Jurídica 3ª, in fine).

<sup>300</sup> Recuérdese que la libertad de concurrencia es un principio de la contratación pública, pero que aquí estamos hablando de otra cosa, de los convenios de colaboración, y que, en todo caso, en la contratación pública, cualquier restricción de la misma, bien en las condiciones administrativas o en las prescripciones técnicas, tiene que venir exigida por la naturaleza de las obras o servicios y ser objeto de motivación (STS, Sala 3ª, de 11 de julio de 1.994), con lo que se demuestra que, si cabe prescindir de él en los contratos motivadamente y por la materia en cuestión, con más razón podrá hacerse en el resto de la actividad convencional de la Administración, en atención a la especial naturaleza del negocio.

<sup>301</sup> Recordemos que la Administración puede celebrar cuantos contratos administrativos atípicos quiera, sin tener necesidad de que exista una norma habilitadora previa para su celebración, y ello por el margen de libertad negocial que confiere el art. 4 TRLCAP. Es así que GIL IBÁÑEZ, J. L., *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª edición, Colex, Madrid, 2.000, pág. 42 extrae de la jurisprudencia algunos contratos administrativos especiales como los de con-

El TRLCAP hace equivaler los convenios de colaboración con objeto de contrato atípico con contratos especiales o atípicos (administrativos o civiles), aunque no se les asimilen en otras cosas ni hayan seguido su régimen jurídico. Esto es, aunque no se dan los rasgos prototípicos de un contrato, sobre todo en lo que respecta al procedimiento ya comentado para perfeccionar el convenio –donde las dos partes parecen estar en menor desigualdad y se le permite al contratante mayor libertad de disposición que en los contratos administrativos clásicos<sup>302</sup>, se recurre a una  *fictio iuris*  por la que se les transmuta en contratos. Tampoco sería ese convenio un acto administrativo puesto que, a pesar de que se trate de la culminación de un procedimiento administrativo y de que se inicia a instancia de parte, ésta se adhiere o no a la voluntad del Estado, conformando un pacto<sup>303</sup>.

Y los convenios que antes de la Ley 37/1.988 estaban jurídicamente excluidos de la Ley de Contratos del Estado (si bien de facto era como si siguieran incluidos, como ya hemos comentado, gracias a la cláusula redentora del art. 3 del Reglamento General de Contratación del Estado), se entenderán ahora incluidos en el ámbito de la ley, con naturaleza y régimen jurídicos asimilados a los contratos administrativos o privados típicos o atípicos. Por ejemplo, las actas de concierto o los convenios de precios, por ser convenios regulados en normas propias, se excluirán del ámbito de la ley porque mantienen las peculiaridades propias de los convenios de colaboración (suscritos  *in certam personam* , ausencia de concurrencia o publicidad, por ejemplo) con carácter un administrativo patente, ya que a través de ellos la Administración satisface un interés general de manera directa o inmediata (mejorar la industria, bajar los precios...) “usando” para ello a una persona interpuesta: el particular que conviene. El hecho de que la Administración convenga con ese particular no nos debe inducir a pensar que el interés público se pervierte en la búsqueda del beneficio del particular (constituyendo una desviación de poder privada) sino que ese interés general se satisface directamente de un modo diferente, siendo esto la auténtica causa del convenio: para la Administración, es la prestación del particular, preñada de un interés social, económico o jurídico directo<sup>304</sup>.

\*\*\*\*\*  
 tratación de fuegos de artificio, restauración y recuperación de archivos y objetos históricos, organización y realización de festejos taurinos en fiestas patronales (que ahora, con la nueva redacción dada al art. 5 TRLCAP será un contrato de espectáculos y, por tanto, privado), redacción de normas subsidiarias de planeamiento, elaboración de un proyecto de obras, redacción del PGOU, contrato de transporte escolar, etc. Lo mismo ocurre con los convenios de colaboración.

<sup>302</sup> En los contratos administrativos a la parte privada sólo le cabe adherirse o no a los pliegos de condiciones técnicas y administrativas que ha aprobado la Administración contratante. Cfr. COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*, octava edición, Civitas, Madrid, 1.997, pág. 391.

<sup>303</sup> Cfr. SALAS, J., *El Régimen de acción concertada ...*, *opus cit.*, pág. 471 y ss.

<sup>304</sup> Al contrario, la causa que lleva al particular a convenir es la satisfacción egoísta de su propio interés (de ahí, repetimos una vez más, que el acercamiento sea jurídicamente hablando, de la Administración con el particular, si bien podemos hablar también de una inconsciente colaboración del particular para con la gestión de los intereses Públicos de la Administración con la que conviene). El particular consiente porque le interesa, aunque pueda remotamente hacerse una idea de las consecuencias positivas para todos de su pacto con la Administración.

Como ya hemos comentado, el nuevo art. 3.1, d) habla de “convenios de colaboración”, término que, a nuestro juicio, no es idéntico al de “convenios de colaboración para el fomento de actividades económicas de interés público”: no se ha quitado la coletilla final sólo por ser una expresión demasiado larga sino porque, a nuestro juicio responde a alguna razón de ser. En efecto, como ya hemos comentado, antes de la Ley 37/1.988, se excluían todos los convenios firmados entre una/s Administración/ones con un/os particular/es para el fomento de actividades económicas privadas de interés público. Cuando se fomenta una actividad privada se satisface directa e inmediatamente un interés general, por lo que esos convenios tenían carácter administrativo (atípico), pero se excluían en atención sólo de las cualidades propias de los convenios, por entenderse que no eran pactos administrativos que no llegaban a ser contratos administrativos. Se les excluían porque no eran contratos. El objeto de la exclusión era más amplio. Hoy, tras la reforma operada, según nuestra interpretación, el objeto de exclusión de los convenios de colaboración es menor, o, mejor dicho, diferente, ya que se estima que los convenios de colaboración suscritos entre Administraciones y particulares siguen sin ser contratos, pero incluyendo ahora en el ámbito de la ley a todos aquellos que tengan objeto contractual (asimilándolos a contratos típicos o atípicos, haciéndoles seguir su régimen jurídico) y excluyéndose a aquellos otros que no lo tengan, de los que antes de la reforma de la Ley 37/1.988 no se tenía mucha noticia. De todas formas, aun siendo el enunciado diferente, se llega prácticamente a las mismas consecuencias ya que, los convenios de ejecución (que no son de fomento) seguirán estando excluidos también hoy por ser convenios y no estar regulados o estarlo en la normativa autonómica con el nombre y el objeto de convenios, sin ser contratos. Por tanto, el ámbito de la exclusión parece jurídicamente distinto antes y después de la reforma (operada ésta para evitar la huida del derecho administrativo que suponía que la Administración firmara convenios de colaboración de objeto administrativo –que se apartaban del ámbito de la ley– en lugar de contratos administrativos<sup>305</sup>), pero suponiendo de facto casi lo mismo.

305 Vid. SALA ARQUER, J. M., *Huida al Derecho Privado y Huida del Derecho*, en R.E.D.A., nº. 75, 1.992, pág. 339 y ss. El autor trata aquí el tema de la Huida al Derecho Privado, expresión acuñada por Fleiner, e intenta poner un poco de orden y concierto en la pluralidad de formas que, tras la LGP, se permite para los entes fundacionales creados por las Administraciones territoriales. Desde su punto de vista, la lección de unas formas determinadas para un ente público no es casual, y debe respetarse el régimen jurídico que esa forma arrastra (principio de la esencialidad de las formas) y no tratar de liberalizar las formas al antojo de la Administración o el Legislador, de manera que puedan usar unas u otras según los fines a alcanzar. Esto último (principio de la *Freiheit der Formenwahl*) no es correcto ya que la Administración necesita distinguir entre casos en que el ente actúa en régimen de monopolio –donde se usan formas públicas– de casos donde lo hace en libre competencia –y donde usará de las sociedades estatales del art. 6 LGP–. Vid. pág. 402 y ss.

La fuga, de todas formas, como ya hemos comentado, quedaba en parte subsanada por la cláusula de cierre del art. 3 del Reglamento General de Contratación del Estado, que permitía aplicar las normas del Contrato de Gestión de Servicios Públicos a estos convenios, pero sólo de manera supletoria. Es por ello también por lo que entendemos derogado, tras la entrada en vigor de la Ley 13/1.995 y en virtud de su Disposición Derogatoria Única, el art. 2.7 del Reglamento General de Contratación del Estado, por incompatible con el ámbito de la exclusión fijado en el nuevo art. 3.1,d)<sup>306</sup>. Sin embargo, ese art. 2.7 del Reglamento coexistió con la redacción dada al art. 2.7 por la Ley 37/1.988 –idéntica a la actual dada por el art. 3.1, d) de la Ley 13/1.995, salvo en el último inciso, para nosotros indiferente, relativo a los convenios del art. 223.1, b) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea–, aunque, en nuestra opinión, el precepto del Reglamento quedó tácitamente derogado por el de la ley, por las mismas razones.

En este sentido, igualmente derogado de forma tácita quedó el inciso 2º del párrafo 1º del art. 3 del Reglamento tras la entrada en vigor de la Ley 37/1.988, por ser incompatible con el art. 2.7 de la misma: para nosotros no cabe entender aplicables supletoriamente a los convenios de colaboración excluidos las reglas sobre preparación, adjudicación y efectos de un contrato administrativo como el de gestión de servicios públicos y ello por el siguiente motivo: dado que los convenios de colaboración excluidos, pueden o no contar con norma específica *ad hoc*, y sí siempre con la cláusula habilitadora del art. 4 del TRLCAP, aplicar supletoriamente las reglas de preparación de un contrato administrativo exigiría abrir el proceso de selección del particular que va a convenir<sup>307</sup>.

Por otra parte, en caso de que se firmara un convenio de colaboración excluido por tener objeto de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, al existir una norma específica cual es el Código Civil o la norma civil o administrativa específica que regule el contrato (Ley de Propiedad Intelectual, por ejemplo), no se aplicarían las reglas sobre preparación y adjudicación del contrato

\*\*\*\*\*  
<sup>306</sup> Pensemos que hay muchos convenios que responden al esquema de contratos de gestión de servicios (a los que bien les cabría ese precepto) pero existen también muchos otros que no obedecen a esa lógica, sobre todo los convenios de ejecución, en los que simplemente se concreta el alcance de una obligación preexistente para el particular.

<sup>307</sup> Hecho incompatible con la naturaleza de los convenios de colaboración, firmados *in tuitu personae*, en los que lo que importa es convenir con una persona concreta y determinada, y no con el mejor postor, al ser ése y no otro la persona cuya actividad puede redundar en el interés general. Tampoco cabría aplicar supletoriamente las normas del contrato de gestión de servicios públicos a los efectos del convenio, dada la ausencia de potestades en los convenios por la igualdad de las partes y precisamente por no ser contratos.

de gestión de servicios públicos, aunque sí, por qué no, las relativas a sus efectos. Imaginemos, verbigracia, que la Gerencia de Urbanismo de Sevilla firma, en 1.990, un convenio urbanístico con el señor X por el que se permutan sendas fincas: el particular cede al Ayuntamiento un fundo rústico con unas cualidades idóneas para que éste lo destine a parque con fines de educación ambiental, y el Ayuntamiento cede al particular otro terreno rústico de menor calidad pero con la promesa de que lo recalificará como urbanizable programado en el próximo PGOU. Se trata de un convenio de colaboración excluido del ámbito de la ley, de naturaleza privada, al ser un negocio jurídico que tiene por objeto una permuta (condicionada, pero permuta) que se regulará por las normas del Código Civil y por los arts. 71 a 73 de la Ley de Patrimonio del Estado. Sólo en materia de efectos del contrato se podrían haber aplicado supletoriamente las reglas sobre efectos del contrato de gestión de servicios públicos. En lo tocante a preparación y adjudicación del convenio, la aplicación de las normas del contrato de gestión de servicio público hubiera supuesto una aberración, ya que habría exigido la apertura de un proceso público de selección del particular, dando como resultado a una persona que puede no tener una finca tan apropiada como la del señor X. Evidentemente, tras la entrada en vigor de la Ley 13/1.995, el inciso 2º del párrafo 1º del artículo 3 del Reglamento General de Contratación del Estado ya se entendería derogado más claramente<sup>308</sup>.

Otro ejemplo podría ser el siguiente: en el año 2.000 la Junta de Andalucía firma un convenio de colaboración con la Fundación Alberti, sita en el Puerto de Santa María, por el que ésta permite la visita guiada al público de los fondos bibliográficos del autor, todos los días por la tarde, a cambio de que la Junta le ceda, por espacio de 5 años, una nueva sede social, de la que está necesitada. Valen las mismas consideraciones hechas arriba.

O, verbigracia, la compra que un empresario realiza de una obra de arte para cederla después a una Administración, con el objeto de obtener determinados bene-

308 Recientemente ha sido aprobada, además, en la Comunidad Autónoma Andaluza, la Ley 7/1.999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía. En su Exposición de Motivos se lee que una de las finalidades de la ley es "Actualizar determinadas materias relacionadas con los bienes y el patrimonio de las Entidades Locales mediante la utilización de figuras jurídicas procedentes del Derecho Privado, de dudosa aplicación en el vigente ordenamiento público; en este sentido cabría destacar la regulación que se hace de la permuta de cosa futura...". Efectivamente, el art. 25 trata "La Permuta de cosa futura", permitiéndose siempre que tenga por objeto el trueque de bienes inmuebles patrimoniales de los Entes Locales por otros futuros que estén determinados sin necesidad de nuevo convenio entre las partes. Con esta doctrina legal se está dando ya entrada jurídica –que no fáctica, ésta ya existente– en el Ordenamiento Andaluz a la posibilidad de que las Entidades Locales puedan firmar convenios urbanísticos que versen sobre permuta de bienes inmuebles, con el límite comentado del objeto cierto, esto es, que conste racionalmente que la cosa llegará a tener existencia. Esta regulación sobre convenios urbanísticos se encuentra ahora mismo recogida en la Ley 7/2.002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

ficios fiscales. Se trata de un supuesto recogido en la Ley de Fundaciones de 1.994, ya comentada, en el que a efectos de la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades y, en el caso de empresarios y profesionales en régimen de estimación directa, de la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, tendrá la consideración de partida deducible el valor de adquisición de aquellas obras de arte, adquiridas para ser donadas al Estado. Estamos ante un negocio jurídico privado: una donación, si bien su aceptación está recogida en la Ley de Patrimonio del Estado (art. 24), fomentada por un tratamiento fiscal benévolo. Además, el interés público que se satisface es indirecto: ir acaparando bienes de alto valor artístico en manos públicas, con fines de protección del patrimonio. El objeto inmediato del convenio es la tenencia en sí de la obra, y el mediato, la posible ganancia que para todos puede suponer la conservación pública de ese patrimonio, conforme a lo expresado en el art. 46 de la Constitución. Por otra parte, se trata de convenios que no están dentro del giro o tráfico específico de la Administración, ya que la donación se hace a cualquiera Administración, y no exclusivamente a aquella sección u órgano de la misma encargada de la gestión cultural.

Existen, pues, tres tipos de convenios de colaboración: los excluidos, los incluidos por tener objeto de contrato regulado en el TRLCAP (contratos administrativos típicos; contratos administrativos atípicos en general; contratos privados típicos; contratos privados atípicos) y los incluidos por tener objeto de contrato regulado en normas administrativas especiales (contratos administrativos atípicos regulados en normas especiales y contratos privados atípicos regulados en normas administrativas especiales).

## 2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PARTE PRIVADA EN LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN

Deberá de darse la oportunidad de serlo a todos los interesados en el procedimiento cuando el acuerdo es intraprocedimental<sup>309</sup>). Por tanto, habrá de estarse al

309 Así, por ejemplo, en convenios urbanísticos en los que se trate de fijar el trazado de una calle, carretera o embalse. Allí deberán comparecer todos los interesados con la intención de darles la oportunidad de ofertar o llegar al acuerdo más beneficioso para todos, dentro de la discrecionalidad que ostenta la Administración. Claro está que luego ésta escogerá la opción más beneficiosa en atención a los intereses generales, por lo que puede rechazar convenir con todos ellos y elegir pactar sólo con determinados propietarios. Los demás no podrán alegar indefensión o vulneración del principio de igualdad, siempre que sean los intereses generales los que hayan determinado esa opción y así se haya justificado en el expediente, como hubiera ocurrido en caso de resolución del procedimiento mediante un acto unilateral. Otra forma de asegurar la participación de todos los interesados, aparte de darles la publicidad adecuada y la publicación en los periódicos de prensa de mayor tirada, puede ser la de someterlos a trámite de información pública por un plazo razonable.

concepto de interesado del art. 31 LRJAPyPAC, debiendo la Administración notificarles la posibilidad potencial de llegar a un convenio con todos o alguno de ellos, incitada de oficio o a instancia de cualquiera de ellos.

Lógicamente, puesto que todos los acuerdos intraprocedimentales tienen que salvaguardar el interés público que se ventila en el procedimiento, ninguno de los interesados podrá alegar posteriormente desviación de poder privada si por cualquier defecto de notificación finalmente no pudiera entrar a formar parte del convenio, sea el convenio sustitutivo o no del acto-resolución o del acto de trámite, y ya sea también vinculante o no de éstos. Sí podrá alegar vulneración del principio de igualdad, ya que le podría haber convenido pactar también con la Administración para mejorar sus intereses particulares<sup>310</sup>. Más problemática se vuelve la cuestión cuando se trata de convenios extraprocedimentales.

Entendemos que para que el convenio pueda ser celebrado *in tuitu personae* la Administración debe motivarlo expresamente, alegando razones de interés público que coadyuven a esa decisión e incompatibilidad del mismo con el principio de libre concurrencia. Comoquiera que cabe que los convenios extraprocedimentales estén o no bajo la cobertura de una norma sectorial, cuando lo estén, deberá cumplirse con la audiencia o criterios de selección que esa normativa diga y cuando no, la decisión de la Administración de firmar el convenio con una, varias o todas las personas que sean necesarias será discrecional, por tanto motivada, en aras de la actividad administrativa de fomento que anima los convenios de colaboración extraprocedimentales.

### 3. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LOS CONVENIOS

Cuando hablamos de los límites objetivos para la celebración de los convenios de colaboración llegamos a la conclusión de que había que distinguir entre convenios vinculantes y no vinculantes:

Respecto de los convenios no vinculantes:

a). En el caso de potestades regladas: sólo serán válidos los convenios no vinculantes cuando el objeto del mismo no esté absolutamente reglado (por ejemplo, en

<sup>310</sup> Al contrario, si el pacto no fuera firmado por todos los interesados y se afectaran negativamente derechos de los que no comparecieron, serán nulos conforme al art. 1.257 C.C.

una concesión de licencia, convenir el tiempo de vigencia si la norma sólo establece un tiempo máximo). Serán inválidos aquéllos en los que se comprometa el resultado de la potestad. Verbigracia, no cabrá concertar el otorgamiento, modificación o extinción de la licencia a una persona a cambio de que éste se obligue en algo con la Administración concedente, a no ser que la norma lo permita expresamente<sup>311</sup>.

b). En las potestades discrecionales, serán válidos los convenios no vinculantes siempre, salvo cuando el acto a convenir tenga todos sus elementos reglados. Así, será válido el acuerdo no vinculante sobre modificación del planeamiento urbanístico y no lo será, por ejemplo, dentro de esa potestad, otorgar al particular un aprovechamiento futuro superior al permitido por la ley. Vemos, pues, el paralelismo actos reglados-imposibilidad de celebrar convenios por infringir el principio de legalidad positivo (esto es, ir en contra del ordenamiento jurídico, uno de los límites establecidos a los convenios en los arts. 88 LRJAPyPAC, 111 TRRL y 4 TRLCAP).

Respecto de los convenios vinculantes:

a). Serán reputados vinculantes y válidos todos los convenios de ejecución, o sea, los que supongan una mera determinación numérica o cuantitativa de una obligación o derecho predeterminada de manera abstracta en la norma. Y también los convenios de fomento, en los que no se compromete, en principio, ninguna potestad administrativa. Respecto de los primeros, verbigracia, los convenios expropiatorios y todos los demás convenios típicos recogidos en las normas de este tipo. Respecto de los segundos, por ejemplo, los convenios en los que se producen rebajas tributarias para suscitar la colaboración empresarial<sup>312</sup>.

311 En virtud del art. 5.1 del Real Decreto 1.778/1.994, de 5 de agosto, por el que se adecuan a la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las normas reguladoras de los Procedimientos de Otorgamiento, Modificación y Extinción de Autorizaciones. Si bien, como ya hemos anticipado, nos parece que este precepto es ilegal por contravenir la directa aplicación del art. 88 LRJAPyPAC, parece que la razón por la que lo hace es precisamente esa: permitir la terminación convencional sólo cuando una norma así lo diga, en atención al carácter reglado de la potestad ejercitada. Pero, aun así, con ese precepto se impide el juego directo del art. 88 para actos en los que los elementos no estén absolutamente reglados.

312 Tal fue el caso, por ejemplo, de los convenios celebrados por el Ministerio de Hacienda en julio de 1.975 y agosto de 1.977 con varias empresas a las que les concedía una rebaja del 95% en el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, para que pudieran cumplir y liquidar varias deudas contraídas. El TS declara la validez de los convenios y anula las liquidaciones giradas por el Abogado del Estado en las que no se respetaban tales bonificaciones. Entre otros considerandos de interés recoge nuestro Alto Tribunal la obligatoriedad de los convenios para la Administración en virtud de lo que establece el art. 4 de la ley de contratos sobre la libertad de pactos: "que las comunicaciones del Ministerio de Hacienda concediendo los beneficios fiscales referidos, están dirigidas individualizadamente al representante legal de la empresa beneficiaria, afectan específicamente a emisiones de obligaciones determinadas, y los beneficios fiscales se conceden concretamente respecto al Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; con lo que se estructura la concesión de beneficios en una relación concertada entre la Administración Pública y la persona jurídica beneficiaria, mediante la que ésta contrae unas obligaciones determinadas y, como contraprestación a las mismas, adquiere derecho a los beneficios fiscales expresamente detallados en el documento de concesión, quedando en consecuencia formalizado un convenio o negocio jurídico que, está previsto en lo dispuesto por el artículo 2-7) de la Ley de Contratos

b). Serán también válidos aquellos convenios vinculantes que tengan por objeto algún elemento no reglado de una potestad discrecional. Así, un acta de concierto sobre la cantidad a pagar en concepto de un determinado tributo después de contradi-cha la autoliquidación del sujeto pasivo por la comprobación girada por la Administración. Nulos se concebirán los convenios vinculantes que afecten al resulta- do final de una potestad (sea ésta reglada o discrecional), salvo que una norma así lo permita. Así, no cabe pactar el contenido de un artículo de un reglamento que se va a reformar entre la Administración y los sujetos operadores del sector al que la dispo- sición va dirigida, a no ser que, por ejemplo, tal cosa se permita en una modificación futura del art. 24 de la Ley del Gobierno (como sucede, por ejemplo, en los EE.UU.).

c). Esto sentado, llegamos a la conclusión de que los convenios recogidos en nor- mas serán siempre válidos<sup>313</sup>, mientras que los suscritos al amparo de la libertad de pactos de la Administración lo serán o no en atención a las reglas dadas anterior- mente.

Por tanto, consideraremos nulos los convenios vinculantes y no vinculantes que se extralimiten del objeto aquí marcado, por tener un objeto imposible [art. 62.1.c) LRJAPyPAC, en relación con el art. 1.271 C.C.]. Además, en caso de que fueran válidamente celebrados y la Administración los incumpliera, la responsabilidad de la Administración se ventilará, para los convenios no vinculantes, por la vía de la responsabilidad patrimonial o de la responsabilidad precontractual (también llama- da ruptura del principio de buena fe o confianza legítima en la actuación de las Administraciones Públicas), según se den o no los requisitos para ello. Además, teniendo en cuenta que el cumplimiento de la prestación de la Administración es

del Estado, de 8 de abril de 1965, en concordancia con el artículo 2-7) y 3 de su Reglamento aprobado por Decreto 3410/1.975 de 25 de noviembre como convenio de colaboración, otorgado en virtud de autorización del Gobierno, y celebrado entre la Administración con particulares, con objeto de fomentar la realización de actividades econó- micas privadas de interés público; y si bien ese convenio queda fuera del ámbito de dicha Ley y Reglamento, en virtud de lo dispuesto en los referidos preceptos, le son aplicables los principios de dicha Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran plantearse, y en especial lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley y 4 del Reglamento citados, conforme a los que la Administración puede concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena **administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos**, deber este que resulta igualmente procedente por aplicación supletoria de los principios generales de contratación, en razón a lo dispuesto por el artículo 4-3-) del Código Civil." (Considerando 3º).

<sup>313</sup> A no ser, claro, que la norma sea ilegal o inconstitucional. Recoge HUERGO LORA, A., *Los convenios urbanís- ticos*, Civitas, Madrid, 1.998, pág. 120, esta misma idea, cuando dice que "la admisibilidad (de los convenios) es un problema referido a los convenios atípicos, es decir, los que las partes celebran sin que ninguna norma jurídica los prevea o regule. Los convenios previstos por la legislación urbanística son, naturalmente, admisibles, a no ser que la norma que los regule sea ilegal o inconstitucional". (Los paréntesis son nuestros). Lógicamente, en estos conve- nios atípicos las prestaciones a las que se obliga el particular nacen siempre de su propio consentimiento, pudiendo comprometerse en más o en menos en relación con otras obligaciones normalizadas de manera homogénea o de forma diferente a ellas.

causa de la prestación del particular, el convenio devendría nulo y la Administración estará obligada a devolverlas cuando las hubiera ya recibido. Si, además, la Administración conocía la existencia de la extracomercialidad del objeto del convenio estará obligada a responder por culpa *in contrahendo*. Cuando el convenio era vinculante, la responsabilidad será contractual administrativa y la Administración estará obligada a devolver las prestaciones ya contraídas y a indemnizar por daños y perjuicios. Es lógico, además, que la anulación del convenio suponga la nulidad sobrevenida del acto administrativo que se haya dictado como consecuencia de él, previa revisión de oficio al efecto, iniciada a instancia de parte o por la propia Administración que lo dictó.

Respecto a la legitimación para acudir a los Tribunales de terceros no parte en el convenio, hemos de referirnos al art. 19 de la LJCA. Podrán tener legitimación ante los Tribunales contencioso-administrativos aquellas personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo, las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos y cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las Leyes<sup>314</sup>.

La normativa sectorial propia de cada convenio no podría contradecir estas prescripciones de vinculatoriedad y enjuiciamiento, al tener carácter básico (art. 149.1.18 CE). Igual cosa ocurriría cuando se firmaran acuerdos no recogidos en normativa sectorial alguna, caso en el que el art. 4 de la Ley 13/1.995 puede servir de enganche jurídico suficiente para otorgarles legitimidad, convirtiéndoles en contratos públicos (si tuvieran objeto de contrato administrativo típico o si, siendo atípico, albergan fundamentalmente prestaciones patrimoniales y satisfacen directamente, al mismo tiempo, un interés público concreto) o en convenios de colaboración excluidos del TRLCAP. Y es que el sometimiento de la actividad administrativa en España al interés público, de una u otra manera (art. 103 CE), exige a la Administración la búsqueda del bien común –algo que puede hacerse por diferentes caminos– del que no puede liberarse en ningún momento, lo que impide en Derecho español tanto cualquier acuerdo vinculante de una potestad administrativa, como, inversamente, en principio, los acuerdos administrativos puramente morales o informales.

\*\*\*\*\*

<sup>314</sup> Así, por ejemplo, el art. 304 TRLS de 1.992. En materia de medio ambiente no se reconoce un derecho universal a la acción popular, como sí cabe, por ejemplo, en materia de urbanismo, debido a la protección moderada de que goza el derecho al medio Ambiente en nuestra constitución. El profesor JORDANO, en cambio, ha hecho el esfuerzo de apoyarla jurídicamente con abundante jurisprudencia, desterrando el fantasma del voluntarismo. Vid. JORDANO FRAGA, J., *La Protección del Derecho a un medio ambiente adecuado*, Ed. José María Bosch, Barcelona, 1.995, pág. 413 y ss.

Si el hecho de que la Administración no notificara a un tercero –detentador de un interés legítimo en el asunto– la proximidad de la firma de un convenio con otra/s persona/s y ello le provocara daños económicos cuantificables, podrá éste pedir responsabilidad patrimonial a la Administración. El art. 139 de la Ley 30/1.992 confiere este derecho a todos aquellos que sufran una lesión en sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Dado el carácter objetivo de la responsabilidad administrativa en España (sin necesidad de que medie culpa o negligencia), no vemos impedimento para que se use también esta vía. Lo difícil, claro está, será probar en juicio la existencia de un daño efectivo y económicamente evaluable por causa del actuar (mejor, del no actuar) de la Administración. Tal cosa será ya de difícil prueba en caso de que los daños fuesen irrogados a bienes de ese tercero.

También podrían reclamar aquellas empresas que, por cualquier razón no justificable, no hubiesen sido admitidas a entrar en dichos convenios. La conexión entre responsabilidad patrimonial y patrimonio es esencial, sin que puedan tutelarse otros intereses difusos que los permitidos por las leyes.

Hablaremos ahora de la responsabilidad pre/contractual y extracontractual de la Administración por ruptura de un convenio. PAREJO habla incluso de responsabilidad por culpa *in contrahendo* derivadas de las conversaciones tendentes a la suscripción de un acuerdo que después se abortó. Supone una culpa precontractual basada en la protección del principio de buena fe<sup>315</sup>.

315 Cfr. PAREJO ALFONSO, L., *La Terminación convencional del procedimiento administrativo como forma alternativa de desarrollo de la actividad unilateral de la Administración*, en *Eficacia y Administración: tres estudios*, 1ª ed., Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1.995, pág. 210. No creemos que de la informalidad de unas simples conversaciones pueda derivarse una protección para los particulares. La STS de 25 de enero de 1.993 (Ar. 59), por ejemplo, niega carácter vinculante a las ofertas realizadas por la Administración en trámite de avenencia amistosa para atraerse a la contraparte a la firma de un convenio urbanístico, que suponían un precio superior al de mercado porque en dicha fase de aproximación “confluyen motivaciones o determinaciones que pueden dar lugar a valores distintos o incluso alejados de los reales o procedentes, los cuales, por ende, no caben sean considerados como contenido específico de actos propios vinculantes para lo sucesivo, al modo que se defiende por la parte apelante”. Se obvia la importancia que, para que se entienda que surge cierta buena fe por parte del particular que merezca ser tutelada, se ha de prestar al mantenimiento o no por un tiempo considerable de una postura determinada por la Administración en esas conversaciones, o a la concurrencia o no de algún tipo de exteriorización formal de la voluntad administrativa al respecto (como un pronunciamiento del Pleno, algún dictamen jurídico autorizado, etc.). Tampoco compartimos su teoría acerca de la naturaleza contractual de todos los acuerdos administrativos consensuales, lo que le lleva a pertrechar a la Administración no sólo de las prerrogativas propias de los contratos (facultad de interpretación, modificación y resolución de aquéllos) sino de todo el aparato del que aquélla dispone en su actividad procedimental unilateral. En su descargo hay que decir que deja la puerta abierta a nuevas interpretaciones sobre la ejecución de los acuerdos, dada las pocas aportaciones doctrinales que aún existen sobre el tema (pág. 213). En una postura parecida a la nuestra se encuentra HUERGO LORA, A., *Los convenios urbanísticos*, Civitas, Madrid, 1.998, pág. 182, para quien la ruptura injustificada de las negociaciones origina culpa precontractual, pero negándola en los casos en los que racionalmente pudiera haberse entendido que el perjudicado entendía los riesgos de la operación a realizar. Aboga, por ejemplo, el autor –apoyándose en la doctrina y jurisprudencia alemanas– por la no responsabilidad precontractual de una Corporación municipal cuando existe un per-

#### 4. EL INCUMPLIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LOS TÉRMINOS DEL CONVENIO: EXAMEN DE LA VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE BUENA FE Y CONFIANZA LEGÍTIMA

Los principios de buena fe y confianza legítima suelen utilizarse indistintamente para significar la especial protección que merece la actuación de los administrados para con el correcto actuar de la Administración, ya sea éste en ejercicio de sus potestades o en contratos y relaciones paccionadas como las que nos conciernen<sup>316</sup>.

A pesar de esa paridad funcional, es pacífico en la doctrina fijar una mayor antigüedad al principio de la buena fe en nuestro Ordenamiento jurídico, derivado de la *bona fides* del derecho romano, que la reforma del Código Civil de 1.974 incluyó en su art. 7.1, como un límite al ejercicio los derechos, junto al abuso del derecho (que, por ejemplo, puede sufrir el contratista que ve como la Administración introduce unilateralmente varios proyectos nuevos, en lo que es un ejercicio abusivo de su *ius variandi*, ex STS de 17 de mayo de 1.973) el fraude de ley o la equidad. Nuestra jurisprudencia contenciosa lo ha venido aplicando a la actuación administrativa, como una prohibición de cambios intempestivos y arbitrarios en su actuación, para evitar que los intereses de los administrados o de otras Administraciones se vean desprotegidos y al descubierto.

judicado por la ruptura de unas conversaciones o la no celebración final de un convenio cerrado en una legislatura y no mantenidos tras la entrada de una nueva Corporación. Lo mismo cabría mantener, *mutatis mutandis*, para los convenios no vinculantes firmados por una Administración y no cumplidos por la que sale de las urnas en la siguiente legislatura.

<sup>316</sup> Ejemplo de esa identificación es la STS de 1 de febrero de 1.990 (Ar. 1.258), donde se dice que: " Por la mentada Resolución de la Dirección General de Educación Básica, de 11 de diciembre de 1.984, se quebrantó la «fides» o confianza legítima del administrado en la actuación de la Administración derivada del acto del Director Provincial de dicho Ministerio en Madrid". Se trataba de una propuesta comunicada por el Director Provincial de Educación y Ciencia de Madrid que creó en el Colegio San N. la creencia de ser un acto definitivo, cuando era una propuesta, por lo que contrató a más personal del que en realidad necesitaba. La argumentación del Supremo es pristina, y hace primar el principio de seguridad jurídica por encima del de legalidad, pero, eso sí, debiendo ser la actuación de la Administración realmente existente y exteriorizada y no dependiendo, por tanto, de la mera convicción personal del administrado." En el conflicto que se suscita entre la legalidad de la actuación administrativa y la seguridad jurídica derivada de la misma, tiene primacía esta última por aplicación de un principio, que aunque no extraño a los que informan nuestro Ordenamiento Jurídico, ya ha sido recogido implícitamente por esta Sala, que ahora enjuicia, en su Sentencia de 28 de febrero de 1.989 y reproducida después en su última de enero de 1.990, y cuyo principio si bien fue acuñado en el Ordenamiento jurídico de la República Federal de Alemania, ha sido asumido por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de las que forma parte España, y que consiste en el «principio de protección de la confianza legítima» que ha de ser aplicado, no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses en juego –interés individual e interés general–, la revocación o la dejación sin efectos del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar derivados de unos gastos o inversiones que sólo pueden serle restituidos con graves perjuicios para su patrimonio, al no ser todos ellos de simple naturaleza económica."

Por el contrario, el principio de confianza legítima es de génesis comunitaria, y fue recibido en España una vez se consumó nuestra entrada en las Comunidades Europeas<sup>317</sup>. Y su descubrimiento no ha significado, para el actuar de la Administración, no más que la reafirmación de los postulados del principio de buena fe. Eso sí, la novedad de su enunciado en la instancia comunitaria le ha dotado de una poderosa *vis* expansiva, que le han hecho aparecer en la jurisprudencia contenciosa en más ocasiones que aquél, aplicándose a campos nuevos de manera

317 Su origen es realmente alemán y polaco, cuyas legislaciones sobre procedimiento administrativos ya lo recogían. El art. 48 de la Ley de Procedimiento Alemán considera digna de protección la confianza legítima del administrado cuando el beneficiario de dicha confianza ha hecho gastos o inversiones que no pueden ya ser restituidos, o bien sólo lo pueden ser con graves perjuicios para su patrimonio (art. 48.2), en relación con los actos administrativos irregulares. En el párrafo siguiente prevé una indemnización por los daños patrimoniales infligidos por la ruptura de esa confianza cuando se ha revocado de oficio el acto por la Administración. Este silogismo es perfectamente aplicable a los convenios de los que la Administración se aparte una vez perfeccionados. Precisamente de Alemania pasó a la CEE, debido a las peticiones de tutela de la confianza que realizaron ante el Tribunal de Justicia durante las décadas de los 60 y 70 recurrentes de esta nacionalidad. Aunque ya se había producido algún pronunciamiento que reconocía implícitamente la confianza legítima (STJCE de 22 de marzo de 1.961, *Société nouvelle des usines de Pontlieue – Aciéries du Temple (S.N.U.P.A.T.) v High Authority of the European Coal and Steel Community*, asuntos 42 y 49/59, Rec. 1.961, p. 103), la primera vez que se sienta jurisprudencia sobre la materia fue en la STJCE de 13 de julio de 1.965, asunto 111/1.963, *Lemmerz-Werke*, Rec. 1.965, p. 836. En este caso, la empresa chatarrera alemana Lemmerz-Werke de Duisburgo pedía al Tribunal que anulara la revocación que la Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero había hecho en 1.965 de una dispensa del pago de unas compensaciones económicas sobre la importación de hierro, que le había otorgado en 1.957. A pesar de que el abogado general Römer apoyaba a la demandante, el Tribunal acabó dándole la razón a la demandada, por entender que la posibilidad de revocación no había prescrito por el paso de esos siete años, y que, en materia tributaria y compensatoria no cabe presuponer legitimidad a las dispensas. En apoyo de las tesis del Abogado General se sitúa también GARCÍA MACHO, R., *Contenido y Límites del Principio de la Confianza legítima: estudio sistemático en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, en R.E.D.A., nº. 56, oct.-dic. 1.987, edición electrónica. Posteriormente, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de restringir el ámbito del principio de confianza legítima, como ha hecho en su STJCE de 17 de febrero de 1.998, asunto T-105, *Pharos, S. A. V. Comisión*, al entender que el que la Comisión tardara 11 meses en someter al Consejo la propuesta de la demandante de incluir el fármaco "Somatosalm" en el Anexo II del reglamento (CEE) nº. 2.377/90, estaba justificado por el concepto indeterminado "sin demora", sin que procediera por la demandante invocar el principio de seguridad jurídica ni el de confianza legítima, ya que ello supondría un "passe partout" para el principio. Cfr. SORIANO GARCÍA, J. E. (dir.) y SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M. M. (coord.), *La reciente jurisprudencia comunitaria comentada*, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2.001, pág. 238.

En la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 1.998, en la que una empresa pide responsabilidad extracontractual al Parlamento Europeo en el asunto T-203/96, relativo a un contrato de servicios de transporte de personas mediante vehículos con chófer, el TPI declara haber lugar a esa responsabilidad (no a la contractual porque nunca se celebró el contrato). La responsabilidad patrimonial del Parlamento derivó, según el TPI, de la confianza legítima que éste hizo albergar en la empresa en que la adjudicación se realizaría a partir de enero de 1.996, no habiéndose finalmente producido. En concepto de indemnización el TPI obligó al Parlamento a indemnizar por los gastos ya contraídos por la empresa (gastos de contratación, reconocimientos médicos, formación de chóferes, flota de vehículos, contratos de telefonía y aparcamiento, etc.) y por perjuicios morales, pero no en concepto de lucro cesante, pues entiende el Tribunal que tal cosa sólo hubiera sido posible de haberse formalizado el contrato, como consecuencia de una responsabilidad contractual. Vid. comentario a esta sentencia en MORENO MOLINA, J. A., *La reciente jurisprudencia del TJCE en materia de contratos públicos*, en R.A.P., nº. 151, enero-abril de 2.000, págs. 339-341. Conceptúa este autor como "confianza legítima" según la jurisprudencia comunitaria, a aquellos daños que se extiendan "a todo particular que se encuentre en una situación de la que se desprenda que la Administración comunitaria le hizo concebir esperanzas fundadas, siendo preciso determinar si un operador prudente hubiera podido protegerse de los riesgos en que se incurra en un determinado supuesto y que los operadores económicos igualmente deben soportar los riesgos económicos inherentes a sus actividades, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso" (SSTJCE de 11 de marzo de 1.987, asunto 265/85, Rec. 1.987, pág. 1.155 y de 26 de junio de 1.990, C-152/88, Rec. 1.990, pág. I-2.47).

exclusiva (para plantear la viabilidad de la responsabilidad extracontractual del Legislador, por ejemplo)<sup>318</sup>.

A los efectos prácticos, nosotros los trataremos de manera indistinta para hablar de la responsabilidad por ruptura o incumplimiento, por parte de la Administración, de los convenios de colaboración con particulares de los que sea parte<sup>319</sup>. Tanto más cuanto ambos nacen del tronco común del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), como afirma la Exposición de Motivos de la Ley 4/1.999, de 13 de enero, que se contrapone en estos casos al principio de legalidad y se erige –en lo que a nosotros nos interesa– como un vasallaje a pagar por el principio de indisponibilidad y no-condicionamiento de las potestades administrativas. Efectivamente, la responsabilidad extracontractual (precontractual, por convención) en que puede incurrir una Administración cuando incumple o, simplemente se aparta o deja morir un convenio que legalmente no le vincula (por afectar, por ejemplo, a potestades administrativas) trae causa del principio de seguridad jurídica, que, en estos casos, se superpone al principio de legalidad. Es decir, si bien es verdad que dicho incumplimiento es legal y los daños de él irrogados al particular no podrían en sentido estricto ser calificados de antijurídicos, más cierto es aún que la equidad, la justicia, la seguridad jurídica o la confianza legítima depositada por el particular en el pacto es, en esos momentos, un bien jurídico de mayor importancia que el puro mantenimiento de la legalidad, legalidad que aquí se concibe en su vertiente negativa (como la legitimidad de no castigar conductas legalmente realizadas por la Administración), y cuya integridad no se resiente porque se relaje ocasionalmente, cediendo ante valores supremos del Ordenamiento jurídico<sup>320</sup>.

318 Vid. GALÁN VIOQUE, R., *La responsabilidad del Estado Legislador*, Cedecs, Barcelona, 2.001.

319 Esta determinación ha tomado también GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, editorial Civitas, 3ª edición ampliada, Madrid, 1.999, págs. 54 y 55. "Los requisitos para que opere el principio y los efectos no difieren sustancialmente de los que constituyen el régimen jurídico del principio de la buena fe". Y "al concretar los ámbitos de aplicación, no se acaba de comprender por qué el principio de la confianza legítima ha de aplicarse al ejercicio de potestades y privilegios y el de buena fe al ejercicio de los derechos, así como en los demás no cubiertos por el de confianza legítima", en clara alusión a la teoría que mantiene CASTILLO BLANCO, F., *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madrid, 1.998, pág. 275.

320 Ese conflicto entre legalidad y seguridad jurídica acaece más cotidianamente de lo que parece, siendo determinante, por ejemplo, en los límites impuestos a las potestades revocatorias de los actos administrativos, recogidas en el art. 106, y que ha sancionado repetidamente la jurisprudencia (así, v. gr., SSTS de 7 de junio de 1.982 (Sala 3ª), Ar. 3.616 o de 10 de mayo de 1.987 (Sala 4ª), Ar. 2.923, de 1 de marzo de 1.991, Ar. 2.502 o STS 200/1.989, de 30 de noviembre). Como nos recuerda GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley 4/1.999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1.992*, editorial Civitas, Madrid, 1.999, págs. 88 y 89, la celebración de estos acuerdos "Implica una exigencia de coherencia con la confianza que en los demás ha podido razonablemente originar la conducta anterior del actuante" (STS de 11 de julio de 1.986, Ar. 5.063, de donde derivaría, si se dan esos requisitos, la obligación de la Administración de indemnizar a los particulares por la ruptura, por parte de la Administración, de la buena fe del administrado).

Nos situamos aquí en el supuesto de que la Administración, tras haber suscrito un convenio de colaboración con uno o varios sujetos sometidos al Derecho Privado acabe por incumplir alguno de sus términos o incluso por no cumplirlo en absoluto. Tenemos que partir, por tanto del grado de vinculatoriedad del convenio celebrado para examinar la exigencia de tutela o no (y en qué grado) de la buena fe de la parte privada que convino:

- Como venimos diciendo, el convenio sólo podrá reputarse vinculante cuando no afecte o condicione el resultado final de la potestad administrativa que se ejerza. En estos casos, el apartamiento, por parte de la Administración, del convenio es inaceptable, por lo que generará una responsabilidad contractual pura, ya que, a pesar de que no se trataba de un contrato, el vínculo existente entre las partes era sólido y el objeto del mismo, absolutamente *intra commercium*. No se generaría aquí, pues, tutela alguna del principio de buena fe o de la confianza legítima porque, *a fortiori*, la responsabilidad en que incurriría la Administración es de tipo contractual<sup>321</sup>.

321 Ello, a pesar de que exista cierta jurisprudencia que haya estimado posible la restitución e indemnización de la buena fe del particular frustrada en el seno de un contrato administrativo: tal fue la doctrina fijada en la STS de 21 de 1.986 (Ar. 912 de 1.987). Se trata de una de las primeras sentencias que más claramente aplicaba al ámbito administrativo el art. 7.1 C. C., en cuyo Fdto. Jco. 6º se decía "...porque jamás es lícito apartarse del tenor de lo contratado ni de la legalidad ni de la buena fe que su cumplimiento demandan, porque estos son principios esenciales inmanentes del orden jurídico y su inobservancia genera ineludibles consecuencias indemnizatorias". El caso se centra en un convenio celebrado entre el Ayuntamiento de Cádiz y la empresa Bética de Autopistas, S. A. para la explotación del puente que se construyó sobre la Bahía. Este convenio es reputado un contrato por el Tribunal, quien así lo reconoce implícitamente a lo largo de su razonamiento; en él se permitía la revisión de las tarifas de utilización del mismo cada cuatro años. Instada la revisión por la empresa, el Ayuntamiento no la repite frente al M.O.P.U. (quien cedió la explotación antes al Ayuntamiento) por lo que se rescata finalmente la concesión, produciéndose unos perjuicios económicos claros a la empresa. Sentencia comentada por GONZÁLEZ SALINAS, P., *El principio de buena fe*, en R.E.D.A., n.º 52, oct.-dic. 1.986, edición electrónica. En su Fdto. Jco. 5º se explicita la petición de responsabilidad por faltar al principio de buena fe, dentro de un convenio contractual: "...los contratos serán inalterables a partir de su perfeccionamiento y deberán ser cumplidos con estricta sujeción a sus cláusulas y a los pliegos que les sirvan de base, precepto concorde con el artículo 1.258 del Código Civil que dice que los contratos, desde que se perfeccionan, obligan no solamente a cumplir lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley; porque es norma general (art. 7º, 1, del propio Código) que los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y es también por ello que el artículo 1.256 de dicho Código preceptúa que el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno solo de los contratantes y los artículos 66, 1; 65, 3, y 92, 1, del referido Reglamento de Contratación disponen que si la Corporación Local incumple las obligaciones que le incumben, el que haya contratado con ella tendrá derecho a reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le hubiesen causado, tanto si la conducta de la Administración es dolosa, simplemente negligente o morosa o ha quebrantado de cualquier modo el tenor de la obligación; preceptos administrativos que coinciden plenamente con los artículos 1.101, 1.106 y 1.107 del Código Civil que la jurisprudencia de este Alto Tribunal viene aplicando constantemente señalando que el incumplimiento de la prestación debida, con imputable inobservancia de la obligación, impone al infractor el condigno resarcimiento de los daños ocasionados que en la hipótesis de dolo (que existe cuando la transgresión se produjo voluntariamente con plena conciencia de la antijuricidad del acto) el quantum del resarcimiento es pleno o integral conforme a lo ordenado en el artículo 1.107 del Código Civil (Sentencias de la Sala 1.ª de 23 de octubre de 1.984, 9 de marzo de 1926, 27 de abril y 19 de mayo de 1.973), pues la buena fe y la lealtad, principios básicos del derecho de obligaciones (citados arts. 7º.1 y 1.258 del Código Civil) obligan a su cumplimiento fiel (Sentencias de la misma Sala 1.ª de 23 de octubre, 7, 28 y 29 de noviembre y 12 de diciembre de 1.985).» Con la invocación de la responsabilidad por ruptura de la buena fe no se reduplica el objeto de la indemnización debi-

- Al contrario, cuando el convenio no era vinculante, esto es, cuando afectaba al resultado de una potestad administrativa (en el sentido en que venimos explicando esta premisa), la ruptura del mismo o el apartamiento por parte de la Administración es perfectamente legítima, ya que a la Administración siempre le cabe ejercitar sus potestades de manera unilateral cuando se comprometa el contenido más íntimo e irrenunciable de las mismas, es decir, el resultado final que lleva aparejada la decisión administrativa sobre el interés general a proteger<sup>322</sup>. Lo que

\*\*\*\*\*

da por incumplimiento contractual, ya que gravan dos cosas distintas. Mientras que ésta refiere el incumplimiento objetivo de las prestaciones a las que obliga el contrato, aquélla castiga el que la Administración no cumpliera "otras" obligaciones accesorias a las que también venía obligada por la buena fe. En este caso se trataba del incumplimiento por el Ayuntamiento de Cádiz de la diligencia debida al tramitar la petición de revisión de las tarifas que le pidió la empresa, de modo que actuó a destiempo y cambiando subjetivamente la petición, pidiendo al Ministerio que no las subiera. Sólo en estos casos es válido hablar de responsabilidad por buena fe dentro de un contrato o convenio, pues, de lo contrario, se hubiera llegado a las mismas conclusiones simplemente pidiendo responsabilidad contractual.

<sup>322</sup> La opción por las técnicas paccionadas siempre está condicionada a la consecución efectiva del interés general que la Administración debe proteger. Por ello, si fracasara el intento, siempre podrá ésta ejercer unilateralmente sus potestades. Baste un ejemplo para exponerlo. El art. 95.1 del Decreto 45/1.995, de 26 de mayo, de la Consejería de Medio Ambiente de Murcia, por el que se aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de Calblanque, Monte de las Cenizas y Peña del Águila, permite a la Consejería de Medio Ambiente promover los acuerdos "que estime pertinentes con los propietarios de las salinas sitas en el parque con el fin de velar por la conservación de los valores naturales que llevan asociados. Si no se llegase a un acuerdo favorable para ambas partes, y en el caso de que la autorización de aprovechamiento de las aguas minero-industriales estuviese caducada conforme a la legislación sectorial vigente, el Consejo de Gobierno, si lo estimase conveniente, iniciará los trámites necesarios para declararlas como zona de reserva a favor del Estado."

La toma en consideración de la confianza legítima despertada en el administrado debe protegerse por encima del hecho de que el actuar de la Administración sea o no vinculante para aquél. Así lo afirma la STS de 8 de junio de 1.990 (Ar. 5.180), donde se proclama que juega el principio de confianza legítima "no cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular, sino cuando dicha "confianza" se basa en signos o hechos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes, para que induzcan racionalmente a aquél, a confiar en la "aparición de legalidad" de una actuación administrativa concreta, moviendo su voluntad a realizar determinados actos e inversiones de medios personales o económicos, que después no concuerdan con las verdaderas consecuencias de los actos que realmente y en definitiva son producidos con posterioridad por la Administración, máxime cuando dicha "aparición de legalidad", que indujo a confusión al interesado, originó en la práctica para éste unos daños o perjuicios que no tiene por qué soportar jurídicamente". Véase cómo los intereses generales hacen posible el apartamiento, por la Administración, de lo pactado, cosa que puede darse por el hecho, v. gr., de introducir unilateralmente cláusulas nuevas en el convenio o contrato (STS de 20 de abril de 1.992, Ar. 3.927). El incumplimiento debe motivarse en aras del interés público: si en el momento de convenir la Administración creyó que podía satisfacerlo mejor gracias al concurso del interesado, era lícito que se acercara a él con dicho propósito; pero, si tras perfeccionarse el convenio cambiaran la situación objetiva, la conformación de los intereses en juego o la propia convicción de la Administración en que el convenio entorpecía la consecución del interés general, parece lógico que la Administración tome la decisión de no respetar lo pactado y ello no conlleva la obligación de indemnizar. Esto no implica que sólo habrá derecho a indemnización de la confianza legítima cuando el incumplimiento o apartamiento del convenio por la Administración fue caprichoso (interdicción de ir contra los actos propios vinculantes), arbitraria o no razonada suficientemente en atención de los intereses generales sino incluso también en esos casos. Al contrario, existe jurisprudencia del TJCE que entiende que la existencia de un interés público prevalente o perentorio enerva la petición de responsabilidad a la Administración por ruptura de la confianza legítima. Cabe citar, a este respecto, las SSTJCE de 14 de mayo de 1.975 (asunto 74/74 (C.N.T.A. c/ Commission), Rec. 1.975, pág. 533 y ss.), de 1 de febrero de 1.978 (Lührs, Rec. 1.978, pág. 169 y ss.) y de 16 de mayo de 1.979 (Tomadini, Rec. 1.979, pág. 1801 y ss.). Así lo cree GARCÍA MACHO, R., *Contenido y Límites del Principio de la Confianza legítima: estudio sistemático en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, en R.E.D.A., nº. 56, oct.-dic. 1.987, edición electrónica: "Así, por ejemplo, no es justificable la infracción de la confianza legítima si la normativa era provisional, pues el interesado debía contar con una nueva regulación, o bien si los intereses de la comunidad o generales justifican la retroactividad por encima de la protección de la confianza legítima, o bien si este principio es afectado muy leve-

ocurre es que se hace necesario proteger la buena fe de la contraparte, que, si desconocía la posibilidad de la Administración de desdecirse de lo pactado, será digna de protección a través de la institución de la responsabilidad precontractual, que tiene por causa, propiamente, la tutela de la buena fe de la parte afectada, de la confianza que depositó en el cumplimiento de la prestación de la Administración<sup>323</sup>. Preferimos tratar la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo de manera independiente tanto de la contractual como de la extracontractual. La doctrina civilista se polariza en torno al carácter contractual o extracontractual de tal responsabilidad, existiendo voces minoritarias que las clasifican como un *tertium genus*.

En principio, no es una responsabilidad contractual porque se produce antes de adjudicarse el contrato (si bien la nulidad sobrevinida del contrato ya formalizado achacable a una parte se suele insertar tradicionalmente en esta institución<sup>324</sup>), y tampoco es estrictamente extracontractual (aunque formalmente se produzca fuera del contrato) porque antecede necesariamente a un contrato. Podemos definirla como la responsabilidad surgida por daños derivados de un actuar negligente o doloso de la Administración derivado de una conducta acaecida durante la fase de preparación del contrato, antes de su adjudicación. La doctrina ha inducido varios supuestos en los que acontece: por la retractación de la oferta, aunque sea en forma

mente por la norma retroactiva". Al contrario, una justificación legítima del incumplimiento del convenio a lo que da derecho a la Administración, a lo sumo, es a incumplir lo convenido, pero no a dejar de pechar con las consecuencias que ello supone en cuanto a su responsabilidad para con la contraparte.

<sup>323</sup> A veces, la causa de la indemnización a que tiene derecho el particular se cifra indistintamente en la protección del principio de buena fe y en el enriquecimiento injusto de la Administración, cuando, por ejemplo, la Administración varía sin justa causa y sin atención el Pliego de prescripciones técnicas el proyecto de obras (quebrando la confianza legítima del contratista), mientras que el contratista ya ha ejecutado las obras previstas y no está dispuesto a realizar las nuevas obras encargadas. El Ayuntamiento se niega a pagar (enriquecimiento sin causa) hasta que no realice las nuevas obras mandadas. Así lo estimó la STS de 8 de junio de 1.978 (Ar. 5. 075) al entender que: "Argumento que se refuerza con mayores aportaciones jurisprudenciales sobre el enriquecimiento sin causa y el principio de buena fe, que en este caso deben impedir que unas obras recibidas con conformidad a la Entidad Local demandada, no produzcan el consiguiente equilibrio económico, superando la materialidad de su realidad el defecto formal de las autorizaciones previas, de la dirección facultativa de la obra.". O, por ejemplo, cuando la empresa ejecutó unas obras en la creencia de que el contrato se iba a celebrar (por la garantías que le había dado el Alcalde) no celebrándose finalmente por cuestiones formales achacables a la propia Administración contratante (STS de 3 de noviembre de 1.980, Ar. 4.255). Partiendo de una relación sinalagmática, la responsabilidad puede nacer incluso de la cláusula "rebus sic stantibus" para reconstruir el equilibrio de las prestaciones (SSTS de 1 de marzo de 1.983, Ar. 1.352 y de 22 de junio de 1.982, Ar. 3.323). Otras veces el Tribunal, cuando el desequilibrio no tiene causa en una relación bilateral sino en un acto administrativo, la indemnización puede basarse en la gestión de negocios ajenos (STS de 19 de noviembre de 1.986, Ar. 909/1.987). Partiendo de una relación sinalagmática, la responsabilidad puede nacer incluso de la cláusula "rebus sic stantibus" para reconstruir el equilibrio de las prestaciones (STS de 1 de marzo de 1.983, Ar. 1.352). Lógicamente, cuando se trate de un convenio que afecte a una potestad administrativa, no cabrá que el Tribunal obligue a la Administración a cumplirlo para evitar el enriquecimiento injusto. Esto es, no cabrá otorgarle validez para evitar el desequilibrio entre las partes (como establece la STS de 29 de octubre de 1.980, Ar. 3.964). Es por esto por lo que entendemos más fundada la responsabilidad en la culpa precontractual o extracontractual que en el enriquecimiento injusto.

<sup>324</sup> Así, en nada empece al pago de una indemnización por parte de la Administración el que ésta incumpliera el convenio ante una imposibilidad sobrevinida (STS de 29 de junio de 1.993, Ar. 4.420).

oportuna; cuando el oferente no informa oportunamente de la retractación de la oferta y su destinatario acepta en forma extemporánea; por la ruptura de las negociaciones preliminares realizada, cuando se ha realizado en forma dolosa o culpable y en virtud de ella se le ha ocasionado un daño a la otra parte; en caso de nulidad del contrato, cuando es declarada por un vicio imputable a hecho o culpa de una de las partes respecto de un acto preparatorio del contrato, que lo conocía, siempre que la otra lo ignorara por no habérselo comunicado aquélla.

En el caso de convenios que afecten potestades administrativas, el elemento preparatorio es la determinación del objeto del mismo. En este último supuesto, la responsabilidad es precontractual porque al anularse el contrato, éste nunca existió. Tras las reservas acerca del contenido de la indemnización, parece que la doctrina se posiciona a favor de la inclusión tanto del daño emergente como del lucro cesante, en lo que ha venido en llamarse interés negativo o “de confianza” y de donde se echa de ver la inclusión de la responsabilidad in contrahendo en la esfera de la aquiliana. Dicho interés podría definirse como el importe de los daños sufridos por el contratista acreedor derivados de la confianza depositada en la validez de un contrato que no llegó a perfeccionarse o que se extinguió por causa imputable al deudor. El contrato, por tanto, o no existió nunca o si lo hizo, fue anulado *de radice*. En esto se cifra la principal diferencia respecto de la responsabilidad contractual, en la que efectivamente se perfeccionó el contrato, desencadenándose los daños de un incumplimiento de alguna de las partes. La indemnización se paga, pues, en concepto de “interés positivo”, esto es, en atención a todos los daños causados por el contrato, encaminados a resarcirle de los gastos y expectativas derivados del interés del contratista en el cumplimiento del contrato, garantizándose así la **resarcibilidad del daño por la frustración de las expectativas legítimas depositadas en el convenio** (STS de 5 de diciembre de 1.995, Sala 3ª, Sección 6ª, Ar. 9.061).

La responsabilidad contractual nace para aquellos casos de incumplimiento por la Administración de convenios vinculantes o no vinculantes válidamente celebrados, y hace nacer una indemnización *pro privato* en concepto de interés positivo, esto es, por los daños causados por un contrato válidamente celebrado y tendentes a colocar a la parte dañada en una posición equivalente a la que resultaría en caso de que el contrato siguiera siendo válido. Esto hace que el montante de los daños por este concepto sean superiores a los del interés negativo, pero dejándose claro que ambos incluyen tanto el daño emergente como el lucro cesante<sup>325</sup>.

325 Lo que las diferencia, pues, no son los elementos económicos de la reparación sino la causa de responsabilidad desencadenante y la situación de destino a la que se aspira con la restitución. Este concepto se encuentra hoy en el art. 66.1 TRLCAP, donde se dice que, aparte de la devolución de las prestaciones, la parte culpable “deberá indem-

Los principios de buena fe y confianza legítima en la actuación de las Administraciones Públicas han sido recogidos por la Ley 4/1.999, de 13 de enero (de reforma de la LRJAPyPAC), que los ha incluido en su art. 3.1. El origen de la protección de la confianza legítima en Alemania, relacionado con la posibilidad de las Administraciones de no revocar o revisar de oficio actos administrativos equívocos o viciados que crearon apariencia de legalidad en el interesado se conecta con los límites temporales de la revocación y la revisión de oficio recogidos en el art. 106 LRJAPyPAC. Allí se restringe en el tiempo dicha prerrogativa administrativa cuando una revocación demasiado tardía pudiera attentar contra la buena fe de los interesados en el acto (o contra la equidad, el derecho de los particulares o las leyes). Ése

nizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.". Y quede claro que la responsabilidad es objetiva, a pesar de que se habla de parte "culpable", lo que se hace, como bien recuerda HUERGO LORA, A., *Los Contratos sobre los Actos y las Potestades Administrativas*, Civitas, 1.998, pág. 227, en atención al carácter subjetivo de la responsabilidad civil del particular contratista, que también puede incurrir en responsabilidad precontractual. Para este autor, tampoco es del todo lícito que la Administración se encuentre constreñida en su potencialidad convencional por el temor a tener que pagar indemnizaciones por culpa precontractual para el caso de que se quiera desligar de ellos (pág. 219). En nuestra opinión, ese temor no supone nunca una vinculación de la potestad que se ejerce por el convenio. Precisamente al contrario, esa responsabilidad *in contrahendo* sirve para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración, quien, de lo contrario, se estaría aprovechando de la apariencia de legalidad de sus actos para apartar las gravosas consecuencias del principio de indisponibilidad de las potestades administrativas (art. 10.9 C.C.). El enriquecimiento injusto está vagamente acotado en la jurisprudencia y doctrina españolas. La mayor credibilidad nos la merecen las obras del civilista LACRUZ BERDEJO en LACRUZ BERDEJO, J. L. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho civil*, T. II, editorial Bosch, Barcelona, 1.995, pág. 435, quien la conecta con la responsabilidad aquiliana del art. 1.901, como consecuencia del pago de lo indebido. Nosotros lo haríamos en relación con la responsabilidad precontractual, lo que supone un matiz casi imperceptible, tanto que la propia jurisprudencia se ha pronunciado sobre la alternatividad de dichas vías (STS de 24 de enero de 1.975); y del administrativista REBOLLO PUIG, M., *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1.995, págs. 408 y 409, que entiende que, por lo general, nada de ello alcanza un efectivo engarce con el enriquecimiento sin causa, porque, de ordinario, se atiende a situaciones en las que no ha habido todavía prestaciones a favor de la contraparte, ni, por tanto, ningún incremento patrimonial: sólo gastos y perjuicios para una parte, pero sin un correlativo enriquecimiento para la otra.

La ausencia de "justa causa" es requisito imprescindible de la figura, que, como ha definido Díez Picazo, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, v. 1, Civitas, 5ª edición, (2ª en Civitas), pág. 104, supone "aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el Ordenamiento jurídico, al beneficiario de la atribución para recibir ésta y conservarla". Como la ausencia de causa puede implicar que el negocio no ha sido válido, sólo podremos hablar de enriquecimiento injusto en aquellos casos en que la Administración se enriquezca por haberse apartado de un contrato o convenio que vinculara el resultado de una potestad administrativa.

Igualmente cabría hablar de enriquecimiento injusto o sin causa cuando una parte ya ha cumplido y la otra no lo hace, resolviendo el contrato: STS de 2 de abril de 1.992 (Ar. 3.325): "El contrato que nos ocupa no se celebró con los requisitos procedimentales y, consecuentemente, podría declararse nulo pero, aparte de que difícilmente podía prosperar una pretensión con ese contenido cuando quien la deduce es el responsable de aquellos incumplimientos, lo cierto es que en los casos que ha quedado acreditada la celebración de un pacto y una de las partes ha cumplido la prestación o prestaciones que la incumbían, si la otra pretende no cumplir las suyas invocando aquella nuestro Tribunal Supremo no tiene reparo en declarar que esta última está obligada a cumplir cuando la restitución de lo aportado sea imposible o muy difícil, invocando la doctrina del enriquecimiento sin causa".

La respuesta del ordenamiento es aplicar la norma en virtud de la cual se produjo la transferencia patrimonial en favor del enriquecido, lo que llevaría a la restitución de lo cobrado por la Administración por nulidad del negocio. Todo ello hace que el enriquecimiento injusto esté muy relacionado, en su aplicación al Derecho Administrativo, con el principio de justicia, y en especial con la equidad y la buena fe, fundamento éste que consideramos más acabado y perfecto para la exigencia de responsabilidad en casos de convenios celebrados inválidamente. Las consecuencias de la responsabilidad por enriquecimiento injusto van más allá de la mera restitución de lo indebidamente cobrado, debiéndose indemnizar los perjuicios causados por la no celebración válida del convenio.

es, además, el sentido de la protección de la buena fe cuando la Administración incumple un convenio, ya que las prestaciones que el particular conveniente esperaba adquirir de la Administración fueron revisadas o incumplidas<sup>326</sup>.

Hemos recogido alguna jurisprudencia general sobre la actividad administrativa en la que los tribunales han considerado necesario tutelar la buena fe o confianza legítima de los administrados, y que se puede aplicar perfectamente a la actividad administrativa paccionada:

1. Se conculca el principio de buena fe cuando la Administración ha dictado un acto que reconoce o constituye una situación jurídica individualizada en cuya perdurabilidad podía el administrado confiar (STS de 27 de enero de 1.990 (Ar. 562), de manera que se “produzca una brusca alteración en una situación regularmente constituida... desarticulando por sorpresa una situación en cuya perdurabilidad podía confiarse... Y por ello esos cambios sólo pueden admitirse cuando así lo imponga el interés público y, en todo caso (en este caso, el protegido por el ejercicio unilateral del resultado final de las potestades administrativas), ofreciendo medios y tiempo razonable para replantear las situaciones individuales afectadas”. Este supuesto de violación de la buena fe se daría en nuestro caso.

2. Cualquier frustración de la buena fe o la confianza legítima supone una obligación de indemnizar, siempre que no se trate de meras esperanzas o previsiones genéricas sino de auténticas expectativas legítimas, fundadas en la actuación administrativa (STS de 5 de diciembre de 1.995 (Ar. 9.061).

3. También se vulnera la buena fe y la confianza legítima cuando la Administración procede a realizar una actuación sin ajustarse al procedimiento establecido, incurriendo en vía de hecho<sup>327</sup>; o cuando el interesado ya ha cumplido los

\*\*\*\*\*  
<sup>326</sup> En el dictamen del Consejo de Estado de 12 de marzo de 1.981 se da la razón a la concesionaria, que, tras 10 años de vigencia contractual, vio cómo la Administración anulaba la concesión de oficio, atentando contra las exigencias de la buena fe y habida cuenta de las inversiones efectuadas, lo que afectaría gravemente los derechos de los particulares. También se ha recogido esta doctrina en la jurisprudencia del TS, como en las sentencias 30 de noviembre de 1.965, 27 de febrero de 1.968, 28 de junio de 1.969 ó 29 de abril de 1.974).

<sup>327</sup> Así, la STS de 22 de septiembre de 1.990 (Ar. 7.285), donde se sanciona la vía de hecho en que incurrió el Ayuntamiento de Madrid al ejecutar una actuación sin acto administrativo previo contra Iberia, Líneas Aéreas de España. Allí se dice que: “ El procedimiento administrativo no es un mero ritual tendente a cubrir a un poder desnudo con una vestidura pudorosa que evite el rechazo social. Que no se trata de cubrir impudicias sino de que no las haya. Porque lo que exige el pudor en las relaciones entre el poder público y los ciudadanos es que el comportamiento de aquél inspire confianza a los administrados, como dice ya hoy en nuestro ordenamiento el artículo 1.º de la Ley foral Navarra 6/1.990, de 2 de julio (de Administración local (Boletín Oficial de Navarra del día 13), precepto que, con toda probabilidad, se ha tomado del artículo 6.º de la ley polaca de procedimiento administrativo, citado ya alguna vez por este Tribunal. Y el primer factor capaz de generar esa confianza es la adecuación a un procedimiento que garantice que el obrar administrativo, por más reflexivo, tenga más posibilidades de adecuarse al ordenamiento administrativo”.

deberes y obligaciones que le incumben en el caso (STS de 30 de junio de 1.995 (Ar. 5.024), sin que lo haya hecho la Administración, a menos que se estime que las expectativas del interesado no eran objetivamente razonables (SSTS de 25 de junio de 1.987, Ar. 4.287 y 28 de febrero de 1.989, Ar. 1.458, ambas *contrario sensu*).

4. El principio de confianza legítima opera como límite al ejercicio de las potestades discrecionales. Es decir, a pesar de que sea imposible un ejercicio convencional de las potestades regladas (o, mejor, de los elementos reglados de un acto administrativo, que casi siempre, por definición, excluyen la pactación), la posible pactación de las decisiones discrecionales no obsta para que la Administración pueda siempre descabalgarse del convenio y actuar unilateralmente sus potestades discrecionales [siempre, claro está, que lo motive suficientemente en aras del interés público, ex art. 54.1, f) LRJAPyPAC]. Tal cosa prevé la STS de 7 de octubre de 1.991 (Ar. 7.520), puesto que la decisión administrativa no será ya enteramente libre sino que habrá de hacerse conforme a un interés público en cierta medida modificado y dirigido a salvaguardar también la posición del particular; y la STS de 26 de enero de 1.990 (Ar. 589).

5. Se vulnera la buena fe y la confianza legítima cuando se atenta contra la “coherencia de comportamiento de las relaciones humanas y negociales” (STC 27/1.981, de 20 de julio y STS 17 de diciembre de 1.998 (Ar. 10.219)) o cuando se revisa un acto anterior (como en nuestro caso) si ello supone un abuso por meras razones formales, o si ha habido extemporaneidad u otras razones no justificadas debidamente<sup>328</sup>.

6. El respeto a la buena fe no sólo exige el cumplimiento de lo pactado, sino también de todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe. Esto quiere decir que si la Administración ve que no va a poder cumplir lo previsto, le cabe, al menos, intentar realizar un último esfuerzo por acercarse a las posiciones de los particulares que convinieron, instando la modificación del convenio en términos más favorables para el interés general, por ejemplo (STS de 21 de noviembre de 1.986, Ar. 912 de 1.987).

<sup>328</sup> Cf. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, editorial Civitas, 3ª edición ampliada, Madrid, 1.999, pág. 98.

### III. LA JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA REVISAR LAS CUESTIONES LITIGIOSAS SUSCITADAS EN LOS CONVENIOS

Trataremos en este epígrafe, exclusivamente, acerca de la vía jurisdiccional apropiada para resolver las cuestiones litigiosas que se puedan suscitar en el seno de un convenio de colaboración, sea contractual o no, esto es, esté o no incluido en el ámbito objetivo del TRLCAP. Nos remitimos, por tanto, al epígrafe dedicado a estudiar el régimen jurídico de los convenios para elucidar las consecuencias del incumplimiento de la Administración en los mismos y al epígrafe anterior para determinar el tipo de responsabilidad que podría originarse de ello.

Ya hemos dejado sentado que todos los convenios de colaboración excluidos del ámbito objetivo del TRLCAP (o sea, los convenios no contractuales) tienen, de una u otra forma, naturaleza administrativa: unos por satisfacer directamente una finalidad pública de su imperio o competencia; otros, por suponer intrínsecamente una forma diferente de administrar, mejor, que inserta a los particulares en el seno mismo de la actuación administrativa.

Por tanto, los convenios no contractuales son convenios de naturaleza intra o extraprocedimental, por lo que todos los problemas que se susciten en relación con su preparación, adjudicación, vida y extinción se resolverán ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Si su normativa propia no lo dice, irán igualmente a dicha jurisdicción, lo mismo que si no hay normativa propia (por estar suscritos al amparo art. 4 TRLCAP), porque si van los contratos administrativos (en los que el objeto es patrimonial) más razón tendrán para hacerlo los convenios extraprocedimentales (generalmente de fomento, para la prestación de actividades privadas de interés público) y los intraprocedimentales –generalmente de ejecución o fijación– (pues en ellos existe un principio de legalidad positivo habilitador de la intervención administrativa unilateral, ya que debe existir un procedimiento administrativo previo, cuyas resultas siempre van al contencioso).

Otra apoyatura que aprobaría la competencia de la jurisdicción contenciosa para conocer de los asuntos derivados de los convenios es la teoría de la “modulación del contrato por la Administración”, que si bien tiene su origen en la necesidad de deslindar los contratos civiles de los Administrativos también podría aplicarse a los convenios a la hora de dilucidar la intervención de la jurisdicción civil o de la contenciosa. Esta teoría, con base doctrinal y asumida por la jurisprudencia, viene a calificar de administrativos (y, por tanto, llama a la jurisdicción contenciosa) los contratos en los que la intervención de la Administración alcanza cierta intensidad,

a lo que debe agregarse la finalidad perseguida por el contrato, esto es, si afecta al interés público más que al privado en cuestión (SSTS, Sala 1ª, de 11 de mayo de 1.982 y de 11 de julio de 1.984).

Cosa diferente, por supuesto, son los convenios incluidos en el ámbito objetivo del TRLCAP, que venimos llamando convenios contractuales. Empecemos con los convenios contractuales de naturaleza privada, como los convenios bancarios o de seguros. Al tratarse formalmente de convenios pero materialmente de contratos, no les resulta de aplicación el art. 3.2 TRLCAP. Podrán ser, por tanto, contratos privados o administrativos<sup>329</sup>. Si son privados, se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación por sus normas administrativas específicas, y, en su defecto, por el TRLCAP y sus disposiciones de desarrollo, y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de Derecho Privado. Igualmente, los convenios con objeto de contrato de compra-venta, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable a cada caso<sup>330</sup>. Si son administrativos, dependerá que sean típicos o atípicos, pero, por norma general, se someterán a sus normas específicas y subsidiariamente al TRLCAP.

En esa lógica, el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en dichos convenios contractuales privados, con la salvedad de sus actos separables, sometidos a la jurisdicción contencioso-admi-

<sup>329</sup> En esta postura se encuadra BUSTILLO BOLADO, R. O., *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, Aranzadi, Pamplona, 2.001, pág. 171. Tras modificar su Tesis, nuestro compañero cántabro se centra exclusivamente en los convenios contractuales, dejando un tanto de lado la figura que, a nuestro juicio, constituye el sentido del art. 3.1, d del TRLCAP: los convenios excluidos del ámbito objetivo del TRLCAP, esto es, los convenios no contractuales. Partiendo de una premisa cierta (la equivalencia material de los convenios contractuales a los contratos), entendemos que el autor ha llegado a conclusiones erróneas: la distinción entre convenios de colaboración y convenios compositivos, la sustancial identificación de los convenios excluidos con los convenios del art. 5.2, b) TRLCAP (pág. 187) y la afirmación de que todos los convenios de colaboración y los convenios del art. 88 LRJAPyPAC son contratos. ¿Qué sentido tendría el art. 3.1, d) si el Legislador hubiese querido identificarlos con los contratos? ¿Sería lógica una expulsión del ámbito objetivo de la ley si fueran semejantes a ellos salvo por algunas diferencias superficiales? Nosotros abogamos por derivar diferencias sustanciales, de régimen jurídico y de naturaleza entre los convenios contractuales y los convenios no contractuales (los del art. 3.1, d), distinción fundamental sobre la que se basa nuestra investigación. Negar utilidad a ese artículo es negársela a la mayoría de los convenios de colaboración.

<sup>330</sup> Así, por ejemplo, los convenios que tuvieran por objeto exclusivo la compra de bienes o la aceptación de donaciones de una persona determinada (*in tuitu personae*) se regulará por el Texto articulado de la Ley de Patrimonio del Estado, aprobado por Decreto 1.022/1.964, de 5 de abril. En esta ley se permite la adquisición voluntaria bien por donación (art. 24) o a título oneroso de manos a una única persona concreta, evitando el concurso público (previa autorización del Ministro de Economía y Hacienda –art. 55 párr. 2º– o del Consejo de Ministros –art. 56 párr. 1º–), pero tampoco podría utilizarse un convenio de colaboración contractual privado en lugar de un contrato privado (o viceversa), por tener objeto y vocación diferentes. Además, a diferencia de los contratos privados, los convenios de colaboración contractuales privados suelen tener intención de perdurar en el tiempo, existiendo generalmente un tracto sucesivo que vincula a las partes más allá de la perfección del negocio jurídico en sí.

nistrativa<sup>331</sup>. Entendemos además que las reglas atributivas de la jurisdicción competente para los contratos habrán de primar sobre las que pudiera establecer su legislación específica en contradicción con ellas. Así, si un convenio de objeto administrativo se ventilase –si así lo dijere su normativa propia– por la jurisdicción civil, constituiría fraude de ley contra el TRLCAP. Y lo mismo si el convenio tuviera objeto de contrato privado y su normativa específica atribuyera todos los actos administrativos producidos tras la adjudicación a la jurisdicción contenciosa. Comoquiera que el fraude de ley no impide la aplicación de la norma que se quiere burlar, en virtud del art. 6.4 C.C., llegaríamos a aplicar el TRLCAP a afectos de jurisdicción competente para los convenios incluidos en el ámbito de la Ley.

La jurisdicción natural de los convenios contractuales administrativos será la contenciosa. Esto, que es evidente para los contratos administrativos, también se aplica a los convenios de colaboración con objeto de contrato administrativo, como ha

\*\*\*\*\*

<sup>331</sup> Como se sabe, la teoría de los actos separables fue recibida en España a raíz de la famosa sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 13 de diciembre de 1.962, luego apelada y confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de febrero de 1.965 (Hotel Andalucía Palace): el Ayuntamiento de Sevilla firmó con una empresa un contrato por el que le cedía en arrendamiento un bien inmueble de carácter patrimonial (un hotel). Allí el Supremo sentenció que los actos administrativos de preparación o adjudicación recaídos en un contrato civil eran separables del régimen privado del mismo, debiendo por tanto ir al contencioso y no a la jurisdicción ordinaria. A pesar de la naturaleza demanial del hotel, su explotación no constituía servicio público, por no existir las notas de monopolio del derecho ni utilidad pública. Como comenta GARCÍA TREVIJANO–FOS, J. A., *Contratos y actos ante el Tribunal Supremo: la explotación del "Hotel Andalucía-Palace" de Sevilla*, en R.A.P., nº. 28, enero-abril 1.959, págs. 152 y 153, en relación con la STS (Sala 4ª) de 19 de diciembre de 1.958. Allí se siguió acogiendo la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de los actos preliminares del contrato civil, cosa con la que el autor está plenamente en desacuerdo, y cuyo criterio primaría al fin en las sentencias posteriores de la Audiencia Territorial de Sevilla y del Tribunal Supremo arriba citadas. Es lógico pensar que, inicialmente, la teoría de los actos separables estuviera pensada exclusivamente para los contratos privados, sin que nada se dijera de otros pactos o convenios. TREVIJANO expone reiteradamente que esta doctrina sólo es dable en los contratos privados, y para nada cita a otros tipos de pactos o acuerdos, por supuesto tampoco a los convenios de colaboración, entre otras cosas porque la exclusión de éstos no se produjo hasta la Ley de 17 de marzo de 1.973, que modificó la Ley de Contratos del Estado en este punto. Vid. GARCÍA TREVIJANO–FOS, J. A., *Reciente evolución de la jurisprudencia administrativa: los actos separables admitidos por el Tribunal Supremo*, en R.A.P., nº. 36, sept.-dic. 1.961, pág. 227, analizando el Auto de 17 de octubre de 1.961 (Sala 4ª del TS). Haciendo un poco de memoria, desde el origen de la afirmación de la existencia de contratos civiles y administrativos de la Administración, ha habido dualidad de fueros. Sin embargo, alguna vez ha caído el Tribunal Supremo en la intención de unificar en la jurisdicción contenciosa toda la actividad contractual de la Administración. Así se pronuncia el TS en su fallo de 17 de noviembre de 1.978, donde unifica el fuero en la jurisdicción contenciosa para todos los contratos celebrados por la Administración, ya sean públicos o privados. Esta decisión la fundamenta en la interpretación que realiza del art. 3. a) L. J. cuando residencia en la jurisdicción contenciosa los contratos celebrados por la Administración "cualquiera que sea su naturaleza". La expresión, se refiere, cabalmente, a las distintas maneras de aparecer el contrato administrativo, no a cualquier tipo de contrato que firme la Administración. Cfr. CABALLERO CORTINA, R., *Unidad de Fuero para la Administración en Materia contractual*, en R.E.D.A., nº. 33, 1.982. Aquí, el autor quiere dejar clara la dualidad de fueros en materia contractual, de manera que los Tribunales contenciosos se ocupan de los contratos administrativos y de las cuestiones que puedan surgir en la preparación y adjudicación de los contratos privados, como actos separables. Y la Jurisdicción civil se encargaría de las demás cuestiones de los contratos civiles. En contra de esta regla, que en 1.982 no era de derecho positivo pero sí jurisprudencial, se descuelga la Sentencia del Tribunal Supremo citada. Afortunadamente esta línea jurisprudencial fue prontamente abandonada por la exégesis correcta de la doble jurisdicción, hoy pacífica.

destacado el Fundamento de Derecho 2º de la STS de 16 de enero de 1.990 (Sala de lo Civil):

*“... tampoco es acertada la tesis sobre la «vis atractiva» del orden civil, –(para los convenios de colaboración)– pues las exigencias de la seguridad jurídica y tutela efectiva requiere un perfecto deslinde jurisdiccional (...) admitiendo los pormenores que se refieren en el motivo a los discutidos Convenios de colaboración suscritos por las partes en 28 de abril de 1.978 –entre la actora y el INV demandado– así como las circunstancias relatadas igualmente respecto a los mismos en la sentencia recurrida, y que, por tanto, no se precisa de ninguna otra adición, ha de quedar patente, que, en efecto, tales Convenios de colaboración, concertados con el designio social de promoción de construcción de viviendas con los correspondientes estímulos económico-fiscales para coadyuvar por parte de la Administración a la actividad privada de las constructoras, entre ellas, la demandante, efectivamente, vienen a ser una especie de contratos del Estado –género– en los que éste o sin organismos, intervienen como tal en el cumplimiento de la función pública encomendada de fomento, sin que exista dificultad, sino al contrario, de enjuiciar su contenido a los efectos de culminar en el régimen jurídico ordenador de las mismas, dentro de la específica Ley de Contratos del Estado según Decreto 923/1965, de 8 de abril, en cuyo texto y, sobre todo, en el referido por el recurrente art. 1, se adscribe en exclusiva el enjuiciamiento de las cuestiones litigiosas al orden contencioso postulado por el recurso:...”.*

Esta sentencia acaba incluyendo los convenios de colaboración de contenido contractual administrativo dentro del género contratos administrativos, lo cual, como sabemos, no es del todo cierto, ya que lo que existe es una identificación jurídica entre ambas figuras, lo que dista mucho de ser una identificación ontológica, por las diferencias importantes que existen entre contratos y convenios, ya elucidadas a lo largo de esta investigación<sup>332</sup>. Y llega a esa conclusión a pesar de que la sentencia

332 Una nueva diferencia entre contratos y los convenios intraprocedimentales puede cifrarse en el ámbito subjetivo para la firma del convenio. Mientras que el art. 88 se inserta en la LRJAPyPAC, remitiendo al art. 2 de la misma, los contratos lo hacen en el TRLCAP, remitiéndose al art. 1 del mismo. Para la LRJAP serán Administración las Administraciones territoriales, lógicamente, y las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación. Esto confirma la idea de que sólo cabrá recurrir a la terminación convencional de un procedimiento cuando la Administración ejerza una potestad administrativa, esto es, cuando actúe en régimen de Derecho Administrativo. Por el contrario, a efectos contractuales, cabrá que se firmen contratos en régimen de Derecho Privado, razón por la que en el art. 1 del TRLCAP no se hace alusión alguna al ejercicio de potestades administrativas, conceptuándose por Administración las Administraciones territoriales y los Organismos autónomos en todo caso y las restantes entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos:

(aplica la redacción del art. 2.7 dada por la Ley de Contratos del Estado antes de la reforma operada por la Ley 37/1.988) afirma la exclusión de estos convenios de la Ley de Contratos del Estado.

*“...y aunque en su art. 2 siguiente, y de forma taxativa, se exceptiona de esa incidencia enjuiciadora, una serie de supuestos entre los que cobra particular relieve a los efectos del litigio, el retratado en su número 7 (que dice, literalmente, así: «Los convenios de colaboración que, en virtud de autorización del Gobierno, celebre la Administración con particulares y que tengan por objeto fomentar la realización de actividades económicas privadas de interés público»); sin embargo el verdadero alcance del supuesto de hecho de citado n.º 7 del art. 2 transcrito, viene delimitado por el último párrafo de este precepto en cuanto se establece que «los referidos contratos y negocios jurídicos seguirán regulándose por sin normas peculiares, aplicándoseles los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran plantearse. Sin embargo, a los convenios a que se refiere el apartado 7 de este artículo se les aplicarán supletoriamente las reglas sobre preparación, adjudicación y efectos del contrato de gestión de servicios públicos.»; de consiguiente con la referida normativa y el carácter específico de los «convenios de colaboración» de 28 de abril de 1.978 controvertidos han de sentarse las siguientes conclusiones que fundan la incompetencia que se declara:*

*a) Que, desde luego, tales convenios son contratos de naturaleza administrativa (arts. 1 y 2 de repetida Ley de Contratos del Estado; en su art. 43 expresamente se les califica de contratos de carácter administrativo al afirmar en sentido excluyente «Los contratos a que se refiere la regla anterior que no tengan carácter administrativo, por no estar incluidos en los supuestos previstos en la misma, se regirán ...») por cuanto es clara la presencia negocial de la Administración del Estado, como tal, con otra persona jurídica..*

*b) Que si bien por el articulado citado, estos convenios de colaboración están excluidos de la susodicha Ley aprobada por Decreto 923/1965, de 8 de abril,*

\*\*\*\*\*  
a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de Derecho Público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de Derecho Público.

En esta lógica, también los convenios extraprocedimentales (por estar bajo el amparo de la legitimación de la libertad de pactos del art. 4 TRLCAP) podrán ser suscritos por las Administraciones públicas que respondan al concepto del TRLCAP, lo que, a su vez les distingue de los convenios intraprocedimentales, cuyo ámbito subjetivo es más reducido.

*lo que, de suyo, expulsa la aplicación de tal legalidad, no por ello, pierden esa naturaleza de contratos administrativos...*<sup>333</sup>.

Respecto de los convenios no contractuales que no buscan un interés público directo (como suele pasar en los convenios de fomento, en los que se suele prestar un servicio público por parte de los particulares) sino que cifran su “publicidad” en el dato intrínseco del acercamiento que suponen de las decisiones administrativas a los particulares (estamos hablando de los convenios de ejecución o fijación y de la mayoría de los convenios intraprocedimentales) hemos dicho que no cabe calificarlos de convenios privados y su jurisdicción natural es la contenciosa. Al estar excluidos del ámbito objetivo o material del TRLCAP, ni siquiera pueden seguir el régimen jurídico de los contratos privados de la Administración, ya que éstos están incluidos dentro del ámbito de la ley. De todas formas, no cabría utilizar indistintamente un contrato privado o un convenio de colaboración de este tipo, puesto que obedecen, como sabemos, a objetos diferentes: éstos orientados a incidir, directamente en este caso, en el interés público, por medio, generalmente, del fomento de una actividad particular.

Ha quedado sentado que todos los convenios de colaboración no contractuales, de fomento o de fijación, intra o extraprocedimentales, tienen carácter administrativo, por lo que será la jurisdicción contenciosa la competente y natural. Partiendo de esto, en relación con los convenios de terminación convencional de los procedimientos, si es un convenio previo a la resolución, se podrán dar dos posibilidades: si la vincula, el control del convenio se realizará a través del acto administrativo que la incluya. Si, vinculándola, no había sido tenido en cuenta en la resolución, pasaría lo mismo, se recurriría ésta por no haber respetado el pacto previo, con base en el art. 29 LJCA, por inactividad administrativa. Por el contrario, si el convenio no era vinculante, no cabrá recurso alguno si no es tenido en cuenta por la resolución, equiparándose a un acuerdo de caballeros por no tener efectos jurídicos más allá de la mera expectativa creada (remitiéndonos aquí a lo ya dicho sobre ruptura del principio de buena fe o confianza legítima). En todos los casos, la jurisdicción sería la contenciosa. En los convenios sustitutivos de la resolución, el incumplimiento posterior de lo pactado originaría igualmente una inactividad de la Administración, siendo la contenciosa la jurisdicción competente.

<sup>333</sup> Desde luego no compartimos la opinión del TS al afirmar que los convenios de colaboración –aun los excluidos– son contratos administrativos, pues entonces no se entendería la virtualidad de su exclusión del ámbito de la Ley.



## PARTE 2ª

# LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE: SU ENCAUZAMIENTO A TRAVÉS DE CONVENIOS DE COLABORACIÓN



## Capítulo 4º

# EL DERECHO COMUNITARIO DE LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

### I.

---

## LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS SEGÚN EL DERECHO COMUNITARIO<sup>334</sup>

En la terminología y sustancia del Derecho Comunitario, los “acuerdos voluntarios” son aquellos negocios jurídicos celebrados entre una o varias Administraciones (en este caso la comunitaria, representada por sus órganos directivos, generalmente la Comisión) y una o varias personas físicas o jurídicas sometidas al Derecho Privado (empresas, asociaciones de empresas o sectores industriales, generalmente), por medio de los cuales, y previa negociación, aquéllas “intimidán” (con medidas legislativas, reglamentarias o sancionadoras) o estimulan a éstas para que se comprometan a modular o a condicionar su actividad propia con la intención de reducir, a lo largo de un tiempo determinado, la contaminación que producen, lo que redundará en una mayor protección del medio ambiente. Los acuerdos voluntarios son la categoría más importante de lo que hemos venido en llamar “instrumentos paccionados” para la protección del medio ambiente.

Quede claro que usamos el término “acuerdo voluntario” por estar generalizado entre la doctrina y la legislación internacional y nacional española. En general, exis-

---

<sup>334</sup> El importante informe encargado por la Comisión Europea sobre los acuerdos voluntarios (EUROPEAN COMMISSION. DIRECTORATE GENERAL III.01- Industry, Study on Voluntary Agreements Concluded Between Industry and Public Authorities in the Field of the Environment. Final Report, Contract n.º. ETD/95/84043, enero 1.997, pág. 9) considera mejor la nomenclatura “acuerdos negociados” o incluso el término holandés *covenant*. Otros autores, como STEWART o REHBINDER prefieren una terminología propia, y usan el genérico “sistemas de incentivo económico” (EIS, en su acrónimo sajón), por su carácter comprensivo de todas las técnicas de contractualización de la protección ambiental, donde incluyen subvenciones, permisos negociables, *self commitments* o acuerdos voluntarios (Cfr. STEWART, R. B., *Economic incentives for environmental protection*, pág. 176 y REHBINDER, E., *Market-based incentives for environmental protection*, págs. 249-258, en la obra colectiva de REVESZ, R. L., SANDS, P y STEWART, R. B., *Environmental law, the economy, and sustainable development*, Cambridge University Press, Cambridge, 2.000.

te gran confusión sobre el empleo del adjetivo “voluntario”. La gran mayoría de los autores considera que se denominan así los acuerdos en que nadie obliga a las partes a suscribirlos. A nosotros, sin embargo, tal explicación nos parece tautológica, porque la expresión es un puro oxímoron, y resulta redundante, dado que todos los acuerdos se firman voluntariamente, incluso cuando existen incentivos o “presiones” por parte de la Administración que lleven a ello (existen, eso sí, algunos casos marginales en que las normas obligan a las partes a ponerse de acuerdo en algo, pero no son casos imaginables en sede de protección ambiental). Por el contrario, el adjetivo voluntario parece hacer referencia, más bien, a la no vinculatoriedad de los compromisos a los que se obligan las empresas que los firman, ya que son pocos los acuerdos ambientales de tipo contractual. Pero, comoquiera que también existen acuerdos vinculantes, la denominación nos sigue pareciendo errónea. En realidad sería más correcto usar el genérico “acuerdos ambientales”.

## 1. LA GÉNESIS DE LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS EN EL DERECHO COMUNITARIO

### A. El marco jurídico en el que nacen los acuerdos voluntarios: proscripción de la normativa, desregulación y simplificación normativa

La onda expansiva que el impacto del liberalismo económico y de la aplicación de las técnicas de mercado ha provocado en el Derecho Ambiental, está dando lugar a una profunda reforma que se articula en círculos concéntricos sucesivos, que inciden en el corazón mismo del Derecho (las normas) y se expande hasta su última periferia (las formas). Mientras que aquello ha originado un despego de la atención exclusiva ofrecida a las directivas y reglamentos como medio natural de ordenación del interés ambiental de la Comunidad, esto ha supuesto el predicamento de la simplificación normativa y la codificación.

Motivado por ese carácter centrífugo, el ámbito conceptual de estos movimientos se solapa, conformando una madeja inextricable que envuelve a los acuerdos voluntarios como soporte y caldo de cultivo. Debido a esa comunidad de causas y efectos, trataremos juntos todos estos fenómenos de reforma, que, en el ámbito comunitario, se desarrollan paralelamente y se superponen en el tiempo y en el espacio.

### B. El núcleo: el descrédito de la normativa ambiental y el recurso al “soft law”

El imparable movimiento desregulador que viene experimentando la Unión Europea desde mediados de la década de los noventa tiene mucho que ver con la

adopción de los acuerdos voluntarios como instrumento creciente de la administración ambiental europea. Desacreditados en parte los medios de coacción administrativa clásicos (como la adopción de reglamentos o de sanciones), la intervención de los poderes públicos en la actividad comercial privada debía de hacerse por otros medios<sup>335</sup>. El fomento, la búsqueda del consenso con los agentes económicos, ha sido la opción de la UE, asaltada por un –sólo en parte constatable– sentimiento de impunidad: las normas son tantas y tan dispersas que no se cumplen, y cuando se hace, son ineficaces y tardías.

Es más, muchos de estos convenios ofrecen ventajas a las empresas firmantes consistentes en obtener permisos administrativos (licencias, concesiones) únicos, reducción de trámites burocráticos y exenciones de tipo procedimental (en aras de la diligencia y eficacia que exigen las metas ambientales).

La estigmatización de la legislación como instrumento principal de la política ambiental europea es evidente. A pesar de seguir siendo la principal fuente de actividad comunitaria, su empleo se ha replegado para solucionar los problemas realmente importantes: por ejemplo, aquéllos en que existan riesgos para la salud pública (desechos tóxicos, verbigracia), o cuando los instrumentos económicos no funcionan como consecuencia de la insuficiencia de mercados, o por otros motivos<sup>336</sup>.

La apuesta por el adelgazamiento legislativo tiene su respuesta en el apoyo que se está otorgando al denominado “soft law”: la apuesta por un derecho más flexible, diseñado en colaboración con los administrados y poco incisivo. Los acuerdos voluntarios (cuyo empleo como alternativa a la regulación se verá más adelante) y la autorregulación, son algunos de sus exponentes<sup>337</sup>. Nótese cómo existe cierto conti-

<sup>335</sup> Sigue sin quedar clara la actual desconfianza hacia la regulación, cuando precisamente la capacidad de las empresas y de los grupos de interés de formar *lobbies* e influir en todas las decisiones de la UE son cada día mayores: basta darse un paseo por Bruselas para ver la ingente cantidad de sedes de corporaciones, Administraciones regionales, industrias, etc. que se abren por doquier. Por ello, son muchos los autores escépticos del supuesto *pan-daemonium* que acarrea el empleo a ultranza de la política “tradicional” de protección del medio ambiente, como DRÖLL, P., *Le Droit Communautaire et les Accords environnementaux*, en *Revue Européenne de Droit de L'Environnement*, n.º. 2, 1.997, pág. 194, o HUITEMA, D. y VAN SNELLENBERG, A. H. L. M., *Policy in Style*, draft version, University of Twente, 1.998, pág. 2.

<sup>336</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, titulada “Crecimiento económico y medio ambiente: Implicaciones para la política económica”, COM(94) 465, final (DOCE de 03.11.1994), pág. 10.

<sup>337</sup> Que desde la experiencia laboral se quiere extender a otros ámbitos, paradigmáticamente, al medio ambiente. Se trata, en efecto, de prácticas ya llevadas a cabo entre los representantes de las fuerzas económicas y sociales, como en el caso del permiso parental, aprobado por la propuesta de la Comisión COM(96) 26, final, transmitido el 29 de febrero de 1.996, objeto, a su vez, de acuerdo político del Consejo, del 29 de marzo del mismo año. Se ha consultado también a los interlocutores sociales sobre la flexibilidad del tiempo de trabajo y sobre la carga de la prueba en los casos de discriminación por razones de sexo. Cfr. *Informe provisional de la Comisión al Consejo Europeo sobre aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*, CSE(96) 2, final (DOCE de 12.06.1.996), págs. 2 y 3.

nuisismo teleológico entre los acuerdos y la autorregulación (o autorreglamentación, que también así se conoce): en la medida en que una empresa o sector industrial conozca la intención de la Unión de emanar un reglamento o directiva en una determinada materia, pueden adelantarse a su aprobación mediante la firma de un convenio o mediante la adopción de un código de conducta, de modo que pueda ir adaptando paulatinamente su actividad a la nueva regulación en ciernes, suavizando el impacto de la norma. Ambos instrumentos son igualmente válidos en este caso<sup>338</sup>. Claro está que para vindicar la autorregulación como mecanismo válido de control de la polución hay que acabar con la falta de transparencia, la escasa participación pública y su general incumplimiento. No estaría de más que la Administración construyera algún tipo de procedimiento que aunara sus indudables ventajas con mayor seguridad jurídica para los intereses generales, y algo de eso parece existir en el procedimiento único de autorización ambiental de la Directiva de prevención y control integrados de la contaminación (Directiva 96/61).

SANFORD GAINES y CLÍONA KIMBER han desarrollado la idea del *soft law* en el marco de una sugerente teoría acerca de la importancia del nacimiento de un “reflexive law”, o derecho reflexivo, en el que los propios particulares, empresas y Administraciones, cuando lo estimen oportuno y en sociedades avanzadas, ecológicamente sensibles, puedan moderar sus comportamientos y reducir su impacto ambiental *de motu proprio*. A nosotros, a pesar de cierto nervio utópico, nos parece sugerente la idea de un futuro sector del Derecho ambiental consagrado a la autorregulación, aún por construir, pero que, evidentemente, estará llamado a rellenar sólo los intersticios dejados por las normas, los impuestos o los acuerdos voluntarios, y a erigirse como un mecanismo de cierre para el completo sometimiento al derecho de los agentes contaminantes<sup>339</sup>.

\*\*\*\*\*

<sup>338</sup> Es la única razón que podría hacer integrar a la autorregulación dentro del estudio de los acuerdos voluntarios. Por lo demás, su estructura, marco jurídico, posición de la Administración y eficacia son distintas, lo que les excluye del género de los convenios ambientales, sin ninguna duda. Vid. GLACHANT, M., *Les accords volontaires dans la politique environnementale: une mise en perspective de leur nature et de leur efficacité*, en *Économie et Prévisions*, n.º. 117-118, pág. 50, quien, desde su perspectiva de economista, los excluye igualmente del concepto de “accord volontaire”, en la medida en que no suponen un intercambio entre la Administración y los particulares.

<sup>339</sup> La reforma de la autorregulación ha sido objeto de un espléndido artículo de este profesor de Derecho de la Universidad de Houston. Vid. GAINES, S. E. y KIMBER, C., *Redirecting Self-regulation*, en *Journal of Environmental Law*, vol. 13-2, 2.000. En opinión de los autores, siempre será mejor que exista autorregulación a que no exista derecho (pág. 17). Abundaremos en esta idea más adelante.

La teoría del derecho reflexivo ha sido desarrollada desde la segunda posguerra por sociólogos jurídicos de la talla de HABERMAS o LUHMANN. También en EE.UU., NONET y SELZNICK abogan por una mayor cesión (¿debería hablarse de devolución?) de competencias y poder a la sociedad. Para un destacado autor en la materia, TEUBNER, el derecho reflexivo sólo funcionará cuando se creen aquellos ámbitos de democracia discursiva suficientes para mantener las estructuras sociales. Esto es, allí donde se creen foros de diálogo (en sociedades suficientemente maduras, añadimos nosotros) concienciados de su labor social, que internalicen los problemas sociales como propios, a los que intentarían dar solución desde su propia actividad. Ello evitaría un exceso de intervencionismo jurídico, que, en sociedades tan complejas como las modernas, se compagina difícilmente con su utilidad. No hace falta parar mientes, por evidente, en convencerse del apoyo filosófico que esta corriente de pensamiento jurídico confiere a los acuerdos volun-

### C. El círculo medio: los principios de subsidiariedad y proporcionalidad

Han limitado sobremanera el alcance que la normativa está teniendo en los últimos años a escala comunitaria.

a). El primero de ellos se enuncia en el párrafo segundo del art. 5 del TCE.

Se trata de un límite cuantitativo–cualitativo a la actuación de la Unión en los asuntos del medio ambiente. Cuantitativo porque habrá de valorarse la dimensión y magnitud de los efectos derivados de la intervención estatal para determinar la necesidad del concurso de las autoridades comunitarias. Cualitativo porque primero será necesario analizar las competencias en la materia (sólo en el caso en que ésta no sea exclusiva de la Comunidad) y, segundo, el grado de cumplimiento de los objetivos ambientales por los Estados<sup>340</sup>. Sólo en el caso de patente insuficiencia se justificaría la acción comunitaria<sup>341</sup>.

Se puede decir que en el principio de subsidiariedad reside una de las principales características jurídicas del empleo de los acuerdos voluntarios: la descentralización (a escala estatal, regional o local) de la autoridad que habrá de firmarlos. La Comisión ha resumido esta filosofía en el adagio “actuar menos para actuar mejor”<sup>342</sup> y “asegurar que las decisiones se tomen lo más cerca posible de los ciudadanos de la Unión”<sup>343</sup>, corolarios ambos del principio “Think global, act local”<sup>344</sup>.

tarios y a cualquier forma paccionada de actuación política. Véase, para saber más de derecho reflexivo en general y de sus avances en EE.UU. y Alemania, TEUBNER, G., *Elementos materiales y reflexivos en el Derecho moderno*, en BOURDIEU, P. y TEUBNER, G., *La Fuerza del Derecho*, Biblioteca Universitaria (Ciencias Sociales y Humanidades), 2.000, págs. 83-152 y SAND, J., *Changing forms of governance and the role of law- society and its law*, en Arena Working Papers, WP 00/14, 2.001, accesible en Internet en <http://econpapers.hhs.se/paper/erparenax/>, visitada el 3 de julio de 2.001.

<sup>340</sup> En el Informe de la Comisión al Consejo Europeo denominado “Legislar mejor”, COM(1.999) 562, final (DOCE de 03.11.1.999), págs. 2 y 3 se advierte que sólo en determinados dominios se necesita más a Europa, como en materia de salud pública, de asilo, emigración, justicia, lucha contra la delincuencia, política exterior y seguridad.

<sup>341</sup> Nos remitimos al estudio realizado en otro apartado de este libro sobre reparto competencial en materia de medio ambiente para dilucidar la primera de las condiciones apuntadas. Baste decir, por ahora, que, por ejemplo, la Comunidad no ha establecido límites máximos de emisiones para determinados contaminantes atmosféricos [a través de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los límites máximos nacionales de emisión de determinados contaminantes atmosféricos, COM(1.999) 125, final, presentada el 29 de julio de ese año] hasta que no constató que las acciones nacionales eran insuficientes para responder a los problemas transnacionales de acidificación, ozono troposférico y eutrofización de los suelos. Hoy es la directiva 2001/81/CE.

<sup>342</sup> Vid. Informe de la Comisión al Consejo Europeo sobre aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y sobre simplificación y la codificación [CSE(95) 580, DOCE de 03.01.1.996], llamado “Legislar mejor”, pág. 4.

<sup>343</sup> Cfr. Protocolo 7 del Tratado de Amsterdam anejo al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, párr. 3º. En este protocolo, consolidado con el nº. 30 en el TCE, se dan las orientaciones para la aplicación del antiguo art. 3 B (actual art. 5 consolidado) de este Tratado. Allí se atribuye un carácter dinámico al principio de subsidiariedad, pudiendo ampliarse o retraerse, siempre dentro de las fronteras competenciales de la Unión, cuando los objetivos del Tratado y las circunstancias de cada caso así lo requieran (punto 3 del Protocolo). En su punto 6 llama a la contención legislativa (“La Comunidad deberá legislar únicamente en la medida de lo necesario”), prefiriéndose las directivas marco a las directivas y éstas a los reglamentos.

<sup>344</sup> Asumido por casi la totalidad de la doctrina y por el derecho comunitario (se llama entonces principio de subsidiariedad) o nacional (descentralización). Sin embargo, AGUILAR, S., *Conclusiones: la subsidiariedad no es la clave*

Podríamos citar varias consecuencias derivadas de su aplicación:

- el descenso de las iniciativas legislativas aprobadas por la Comisión<sup>345</sup>;
- paralelamente, la retirada y revisión de las propuestas legislativas pendientes, si, tras la fase inicial de diálogo, se demuestran inoportunas o inútiles;
- la búsqueda de soluciones alternativas a la legislación, como la imposición fiscal o los acuerdos voluntarios (v. gr., el Programa *Auto-Oil*, que analizaremos más adelante), negociados con la industria en materia de medio ambiente, para la incorporación de directivas a los ordenamientos estatales, en las circunstancias y con las condiciones que veremos posteriormente;
- la integración de las consideraciones ambientales en las demás políticas comunitarias: prescripción ya positivada, como sabemos, por el artículo 6 TCE, y que evitará una reduplicación de esfuerzos. La entrada de la cuestión ambiental en la política fiscal, comercial, industrial o tecnológica debe fomentar la eficacia y maniobrabilidad de las medidas en un ámbito concreto<sup>346</sup>.

En la reducción del volumen legislativo, la Comisión debe soportar las presiones del Parlamento y Consejo de la UE, que impelen a la Comisión a aumentar el número de iniciativas de legislación, cosa que viene desoyendo en los últimos años y que ha sido un motivo más para la desavenencia<sup>347</sup>.

\*\*\*\*\*  
*de una mejor política ambiental*, en la obra colectiva de AGUILAR, S., FONT, N y SUBIRATS, J. (editores), *Política ambiental en España. Subsidiariedad y desarrollo sostenible*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.999, págs. 267, 271 y 171, descubre la cara conflictiva de ese movimiento centrifugo: las presiones desarrollistas de los Ayuntamientos, la sensación de vaguedad en la acción comunitaria que perciben los europeos y el carácter transnacional de los problemas ambientales, por ejemplo, empujan en la dirección contraria.

<sup>345</sup> Si en 1.990 fueron 61 las iniciativas aprobadas, en 1.991 fueron 52, en 1.993, 48, en 1.994, 38, en 1.996, 25, y en 1.996, 19. Cit. *Ibidem*, pág. 4.

<sup>346</sup> El año pasado se dio un nuevo impulso a esta necesidad de integración, en la Estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible, aprobada por Propuesta de la Comisión ante el Consejo Europeo de Gotemburgo, COM (2.001) 264, en la que se fija como objetivo esencial la necesidad de actuar en una amplia gama de políticas: "Los principales desafíos del desarrollo sostenible mencionados anteriormente afectan a varios ámbitos políticos. Por consiguiente, para su respuesta se necesita un enfoque global, transectorial. Las medidas concretas en ámbitos políticos específicos deberán basarse en los principios políticos definidos en el capítulo anterior. Las reformas de las políticas comunitarias vigentes deberán contribuir en la medida de lo posible a los objetivos estratégicos de la Unión Europea en materia de desarrollo sostenible."

<sup>347</sup> En su papel de promotora de directivas —norma estrella de la regulación ambiental, que lleva insito el respeto al principio de subsidiariedad por la libertad de medios que conceden a los Estados en la transposición del derecho comunitario— la Comisión se ha arrogado varios títulos habilitantes para ejercer las competencias ambientales de la Comunidad. VAN DER BERGH induce cuatro de ellos. A la sazón: la necesidad de resolver los problemas de contaminación transnacionales, la obligación de crear condiciones interestatales de libre competencia, la consecución del libre movimiento de mercancías y la protección de la tradición cultural y ambiental europea y de la salud humana (Cf. VAN DER BERGH, R., *Economic criteria for applying the subsidiarity principle*, en la obra colectiva de REVESZ, R. L., SANDS, P y STEWART, R. B., *Environmental law, the economy, and sustainable development*, Cambridge University Press, Cambridge, 2.000, pág. 82).

b). En segundo lugar, el principio de proporcionalidad se encuadra en el párrafo tercero del enunciado art. 5 TCE:

*“Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”.*

Principio éste de índole cualitativa, muy relacionado con lo que en derecho español conocemos como racionalidad administrativa y con el análisis de coste–beneficios, y que se desarrolla, entre otras, en las medidas siguientes:

- utilización de directivas–marco, como la Directiva marco del agua<sup>348</sup>;
- el establecimiento de medidas de mínimos;
- el empleo de una normativa lo suficientemente abierta como para dejar la determinación de los detalles a las autoridades nacionales;
- la opción de una política de diálogo: avanzar en el lanzamiento de iniciativas de debate. La Comisión ha venido aumentando su número en la década de los noventa. Con ello se pretende sondear los intereses de los sectores afectables por la hipotéticamente futura legislación a aprobar, determinando su utilidad y la extensión de las medidas a adoptar. Los Libros Verdes (que proponen las primeras pistas para la reflexión en un sector específico) y los Libros Blancos (que presentan orientaciones más concretas y jurídicas para la acción comunitaria) son opciones en este sentido. Un ejemplo de esta cultura del diálogo lo representa el acuerdo voluntario *European Auto–Oil Programme*, firmado a escala comunitaria, que, tras los contactos mantenidos con las empresas petroleras y del automóvil establecerán las bases de la legislación futura en la materia. En su seno, por ejemplo, se enmarcaba la exitosa postura española de reducir 120.000 ptas.. del impuesto de matriculación de vehículos nuevos a cambio de la entrega del anterior turismo, si éste consumía gasolina con plomo y tenía una antigüedad superior a 10 años.

#### **D. Las afueras: la simplificación administrativa, la consolidación, la refundición y la codificación**

a). La simplificación es a las normas lo que la proporcionalidad a las iniciativas comunitarias: ambas convergen en la búsqueda de la mesurabilidad de las medidas. Sin embargo, la simplificación implica no sólo claridad y simplicidad del mensaje,

<sup>348</sup> Directiva 2.000/60/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2.000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (DOCE L 327/1, de 22.12.2.000).

sino también de la posterior reducción de los trámites procedimentales a cumplir por los particulares ante los poderes públicos. Con este principio por bandera, se podría mantener, por ejemplo, el otorgamiento de un margen de libertad para que las empresas puedan alcanzar los objetivos preestablecidos en las normas (que se limitarían, así, a erigirse en instrumentos finalísticos de actuación) mediante los mecanismos que ellas estimen necesarios. Simplificar no tiene necesariamente que significar actuar menos, sino actuar de una forma más sencilla, actuar mejor.

El origen inmediato de esta filosofía en el seno de las políticas ambientales de la UE se encuentra en el “Programa de Bruselas” para la simplificación y refundición, presentado por la Comisión en el Consejo Europeo celebrado en esa ciudad en diciembre de 1.993<sup>349</sup>. Al año siguiente, la Comisión instituyó el denominado “grupo Molitor” para la simplificación legislativa y administrativa, compuesto por un grupo de “expertos independientes”, encargado de examinar el impacto de la legislación –comunitaria y estatal– en el empleo y la competitividad<sup>350</sup>. Parte de su trabajo se ha desarrollado, por ejemplo, en materia de política agraria común.

El conocido como “Informe Molitor”<sup>351</sup>, no vincula a la Comisión, pero ha marcado algunas pautas en la postura adoptada por ésta en sus iniciativas legislativas. La primera de ellas: reducir su número. La segunda, apostar por la simplificación normativa y, “llegado el caso”, por la desreglamentación. Aparte de normas sobre máquinas, higiene de los alimentos, política social y empleo, PYMEs y otras materias menores como la biotecnología o la contratación pública, el informe opina sobre la influencia negativa que un exceso de regulación acarrearía para la política ambiental. Al tiempo que tocaba subsectores específicos como el de la evaluación de impacto ambiental, los residuos (abogándose por el empleo de acuerdos voluntarios) o las aguas (inspirando la aprobación de una directiva–marco)<sup>352</sup>, el grupo Molitor

349 Este programa, ya ultimado, ha revisado sectores enteros de legislación comunitaria, como, por ejemplo, en el ámbito de la calidad del aire, o de aguas (con el plan de acción para la protección de las aguas subterráneas), o con la adopción del Libro Verde sobre los principios generales del Derecho alimentario.

350 Parecida experiencia fue realizada por el proyecto piloto S.L.I.M. (acrónimo nada inocente: Simplificación en el Ámbito del Mercado Interior), cuya misión era simplificar la legislación de intercambios intracomunitarios, materiales de construcción, reconocimiento mutuo de títulos y diplomas, y plantas ornamentales. Actualmente nos encontramos en su Cuarta Fase [COM(2.000) 56, final, DOCE de 04.02.2.000], dirigida al derecho de sociedades, sustancias peligrosas y envasado previo de productos). Las experiencias de este proyecto y las conclusiones del “informe Molitor” han sido recogidas en parte en la Resolución del Consejo de 8 de julio de 1.996, sobre la simplificación legislativa y administrativa en el ámbito del mercado interior (DOCE C 224, de 01.08.1.996, págs. 5-6). A pesar de ello, el Consejo advierte que la simplificación no debe suponer la erosión del acervo comunitario, que deberá respetar, entre otras, las exigencias de protección del medio ambiente (5º considerando).

351 O Informe del Grupo de Expertos independientes sobre la Simplificación legislativa y administrativa. Resumen y Propuestas (COM(95) 288, final, DOCE de 21.06.1.995).

352 Cfr. Informe provisional de la Comisión al Consejo Europeo sobre aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, (CSE (96) 2, final, DOCE de 12.06.1.996), págs. 3 y 4.

apuntaba la necesidad de someter las propuestas normativas –también las ambientales, claro– a un análisis coste–eficacia (algo bastante discutible en este caso), de seguir empleando la directiva como fuente más flexible del derecho comunitario (coherente con el principio de subsidiariedad) y de utilizar preferentemente mecanismos de mercado.

Otro importante sector simplificado ha sido el de la energía, en el que se han derogado 15 actos legislativos relacionados con el sector petrolero y con su uso racional; también la Política Agraria Común será simplificada, en sus procedimientos y en su normativa, por parte de Franz Fischler, según anunció en el Consejo en octubre de 2.000.

b). En apoyo de su trabajo, el programa de Bruselas se ha servido también de la consolidación (operación no normativa consistente en la aclaración del derecho vigente mediante la integración de las sucesivas modificaciones de un acto en el acto originario, llevada a cabo por la Oficina de Publicaciones de la Comisión) de unas 140 ramas jurídicas de la UE<sup>353</sup>.

c). La refundición es movimiento de parecido signo pero de mayor relevancia jurídica, puesto que sí tiene efectos normativos: consiste en adoptar un nuevo acto que integre las modificaciones existentes en una materia, con algunas modificaciones de fondo.

d). La codificación viene a ser lo mismo, pero sin que existan modificaciones de la sustancia de fondo<sup>354</sup>. En ambas se busca, a fin de cuentas, una mejora en la calidad de la regulación<sup>355</sup>.

Podemos concluir, por tanto, que mientras que los principios de subsidiariedad y proporcionalidad son directrices jurídicas vinculantes de naturaleza constitucional

<sup>353</sup> En sede ambiental, desde la Cumbre de Edimburgo de 1.992, la legislación está siendo objeto de un amplio proceso de consolidación y simplificación, reforzado por el empuje del V Programa de acción a favor del medio ambiente, y por su revisión.

<sup>354</sup> Refundición, codificación y consolidación son los tres instrumentos que la Comisión entiende imprescindibles para hacer más accesibles los textos legislativos. Cfr. Anexo I del Informe de la Comisión al Consejo Europeo sobre aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y sobre simplificación y la codificación (CSE (95) 580, 3 enero de 1.996), llamado "Legislar mejor", pág. 17.

<sup>355</sup> A este respecto, poco a poco se va perfilando la necesidad de evaluar las repercusiones medioambientales de cualquier reglamentación europea. Concretamente, la Comunicación de la Comisión titulada "Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor" integra la Estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible (Propuesta de la Comisión ante el Consejo Europeo de Gotemburgo, COM (2.001) 264 final, y ha propuesto esta especie de "evaluación de impacto ambiental" de toda propuesta de normativa. Dice literalmente en uno de sus puntos que "En diciembre, con motivo del Consejo Europeo de Laeken, la Comisión presentará un plan de acción para mejorar la reglamentación, con unos mecanismos para garantizar que todas las grandes propuestas legislativas incluyan una evaluación de los posibles costes y beneficios (económicos, medioambientales y sociales) de la acción o falta de acción, tanto dentro como fuera de la Unión Europea. El Consejo y el Parlamento deberán modificar las propuestas legislativas con el mismo espíritu."

que regulan el ejercicio de las competencias compartidas entre la Comunidad Europea y los Estados miembros, los de simplificación y codificación se inscriben en una esfera externa a la toma de decisiones, en el marco de la transparencia legislativa. Ahora bien, no deja de existir cierta dialéctica interna entre ambos frentes: esto es, podemos llegar a un grado tal de esfuerzos encaminados a la transparencia (adopción de normativa explicativa, libros verdes y blancos, acuerdos interinstitucionales...) que llegue incluso a afectar al principio de proporcionalidad, pues la inicial voluntad de actuar menos para actuar mejor se pierde cuando las concretas medidas adoptadas se explican en demasía. Además, el Parlamento debe permanecer vigilante para que no se use la codificación en lugar de la consolidación, incluso para introducir espuriamente cambios sustanciales en los textos jurídicos<sup>356</sup>.

Todos estos movimientos dirigidos a la reforma administrativa, a fin de cuentas, no pueden alcanzar complitud si no se llega a un estadio superior de avance, que ha sido caracterizado por RADAELLI de “regulatory management” (gestión normativa) y que significa pasar de las medidas regulatorias individuales a una planificación del conjunto del ordenamiento jurídico, destinada a otorgarle coherencia y sencillez, hasta el punto de llegar a plantear un mayor pragmatismo respecto al enfoque que se debe tener de la normativa como instrumento de política pública y si cabría o no mezclarla con acuerdos, tasas o códigos de conducta<sup>357</sup>.

## 2. EL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN: LA POSICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL USO DE LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS

### A. El origen: el V Programa comunitario de política ambiental (1.992–2.000)

En una nueva edición del Informe sobre el Estado del medio ambiente<sup>358</sup>, aparecido en 1.992, se hizo una pesimista evaluación de la realidad del medio ambiente

356 Permanece, además, la pregunta de fondo de cómo se articulan los libros verdes y blancos, las directivas marco, los acuerdos interinstitucionales en el sistema de fuentes del 249 TCE (antiguo art. 189), que distingue exclusivamente entre reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes, y la de su empleo abusivo afecta al principio de seguridad jurídica.

357 Cfr. RADAELLI, C. M., *Governing European regulation. The Challenges ahead*, en European University Institute, RSC Policy Paper nº. 98/3, mayo de 1.998, accesible en Internet en <http://www.iue.it>, visitada el 15 de agosto de 2.001.

358 COM(92) 23, final, Vol. III, de 20 de mayo, y resumido en el Capítulo I del V Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible.

en Europa: a un discreto descenso de los clorofluorocarburos acompañó un fuerte aumento de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI, en adelante), de la contaminación de las aguas, del deterioro del suelo provocado por la agricultura intensiva y el abuso de abonos químicos, pesticidas y herbicidas. Además, ya más en lo ecológico, la biodiversidad descendía en toda Europa, merced a la deforestación crónica y al desarrollo urbanístico descontrolado. El reciclaje y las energías alternativas, además, estaban francamente infrautilizadas.

Ante esta perspectiva, la Unión Europea tomó cartas en el asunto por medio de la Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros en el seno del Consejo de 1 de febrero de 1.993, sobre un Programa Comunitario (el quinto) de Política y Actuación en Materia de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, cubriendo desde 1.992 a 2.000. Este V Programa (en adelante, el programa), se ha venido en llamar “Hacia un Desarrollo sostenible”, dada la atención prestada de manera central a este tema<sup>359</sup>.

Ha sido este documento, sin fuerza jurídica de obligar en sí mismo pero marco de la política ambiental comunitaria, uno de los primeros en racionalizar el uso sistemático de los acuerdos voluntarios como herramienta normal de gestión ambiental<sup>360</sup>.

En el programa se parte de la mala situación ambiental europea, que se intenta atajar mediante una modulación del desarrollo económico de manera que sea respetuosa con el medio ambiente: el desarrollo sostenible. Para llegar a esa meta final, el programa inserta entre sus postulados cinco principios, todos ellos relacionados con la extensión de los acuerdos ambientales como instrumento:

- I. Se adoptará un enfoque global, destinado a los distintos agentes y actividades relacionadas con los recursos que afecten al medio.

<sup>359</sup> DOCE C 138, de 17.05.1.993. En la declaración previa al programa, el Consejo y los países miembros reconocen que será necesario profundizar y ampliar la gama de instrumentos que sirvan de complemento a la legislación, entre ellos, los “sistemas voluntarios”.

<sup>360</sup> Y ello, aunque otros documentos anteriores contengan alguna referencia puntual al respecto, sin entrar a valorarlos en general. Verbigracia, el Dictamen del Comité Económico y Social de 19 de septiembre de 1.990 (DOCE C 332, de 31.12.1.990, pág. 107), sobre Política de medio ambiente y el Mercado interior europeo, donde se tratan los nuevos instrumentos —sobre todo los de carácter económico— en materia de política ambiental, y donde se hace eco de las primeras experiencias con acuerdos voluntarios de algunos países miembros de la Comunidad, aunque se advierta que “Naturalmente, este sistema no debe servir para que las autoridades públicas se sustraigan a sus responsabilidades en materia de protección del medio ambiente...”. La Comunidad Europea ha tratado estos asuntos en atención a su competencia subsidiaria sobre medio ambiente y a su papel de vigía del libre desenvolvimiento del mercado interior, de las relaciones transfronterizas, del reparto de los recursos y de la cohesión.

- II. Se enfatiza la voluntad de invertir las nefastas prácticas anteriores de desarrollo a ultranza.
- III. Se aboga por un cambio de comportamiento social, mediante un compromiso de todos los interesados.
- IV. Se respalda el reparto de responsabilidades entre todos en la toma de decisiones ambientales.
- V. Se insta a la extensión de los instrumentos medioambientales (entre ellos, claro está, los acuerdos voluntarios).

Entre los sectores de intervención<sup>361</sup>, el refuerzo del diálogo con la industria mediante la promoción de acuerdos voluntarios a celebrar entre ella y las Administraciones públicas de cada Estado miembro, se erige como elemento clave para entender el interés de la Comunidad en este nuevo aparejo. También para la promoción de la eficacia energética (la reducción en su consumo, sobre todo) y de la integración de la faceta ambiental en la agricultura se intuye el empleo de esta herramienta.

Más explícitamente, en el importante capítulo VII del programa, se prevé la ampliación de la gama de instrumentos ambientales. Dentro de ellos, aparte los instrumentos horizontales de apoyo (información y estadísticas), las ayudas financieras (programas LIFE, Fondos estructurales, Fondo de Cohesión, préstamos del BEI, etc.) y de los instrumentos económicos, se prevé el uso de acuerdos voluntarios, si bien se citan de pasada y sin desarrollarlos.

Quizás por ello, el informe de la Comisión sobre la aplicación del V Programa comunitario<sup>362</sup> efectúa una evaluación del mismo tres años después de su aprobación y reconoce la falta de progresos en lo que respecta al aumento de los instrumentos de política ambiental, entre otras deficiencias detectadas. Así, la Decisión 2.179/98/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 1.998, revisó el V Programa, incidiendo, entre otros extremos, en la ampliación de la gama de instrumentos medioambientales, con respeto de la competencia<sup>363</sup>.

\*\*\*\*\*

<sup>361</sup> La industria, la energía, transportes, agricultura y turismo.

<sup>362</sup> Informe COM(95) 624, final.

<sup>363</sup> Decisión 2.179/98/CEE. En ella, además se aboga por la simplificación legislativa y administrativa, el aumento de la información ambiental, el fomento del acceso a la misma y del reparto de responsabilidades y del diálogo entre todos los agentes. También se tratan los acuerdos voluntarios como instrumento de actuación de la responsabilidad compartida en el Libro Blanco de la Comisión sobre la Política energética comunitaria [COM(95) 682, final, DOCE de 30.11.1.995, pág. 31].

Es importante dejar claro que cuando nos referimos a acuerdos voluntarios dentro del marco de la UE, no hacemos alusión a los pactos y prácticas concertadas exclusivamente entre empresas o sectores de ellas que puedan afectar a la libre circulación de mercancías o restringir la libre competencia en el mercado (del art. 81 del TCE, y prohibidos salvo determinadas excepciones) sino a acuerdos en los que siempre participa una Administración Pública (sea la comunitaria, la estatal, la regional o la local) junto a una o varias partes privadas, y en los que puede actuar con diferentes grados de implicación, esto es, ya se trate de acuerdos vinculantes, no vinculantes o de meros compromisos unilaterales de las empresas aceptados por dichas Administraciones. A pesar de que el art. 81 TCE alude expresamente a “empresas”, debe entenderse que también los acuerdos celebrados entre una o varias empresas y una o varias Administraciones se someten a las reglas sobre competencia del Tratado<sup>364</sup>.

## B. Instrucciones de la Unión Europea para el empleo de acuerdos voluntarios por los Estados miembros

### *a). La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a los Acuerdos sobre Medio Ambiente*

Una vez ganados los acuerdos ambientales para la causa ambiental en 1.992 (con el Quinto Programa comunitario en Política y Actuación en materia de Medio Ambiente y Desarrollo sostenible, en el que se intuye la necesidad de ampliar las herramientas administrativas para la salvaguarda del ambiente a través de mecanismos basados en el mercado y la colaboración con las empresas) la U.E. se ha creado una opinión definitiva sobre los mismos, que fue expresada a través de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a los Acuerdos sobre medio ambiente<sup>365</sup>, sin duda alguna el documento importante sobre el tema hasta la fecha.

A través de él se intenta no sólo fomentar el incipiente uso de este instrumento como arma de política ambiental en los Estados miembros (interpretando “Estado” en sentido lato, significando en las Administraciones Públicas competentes), sino

<sup>364</sup> De lo contrario, como advierte BAYLEY, P. M., *The Application of Competition Law and Policy to Environmental Agreements in an Oligopolistic Market*, CAVA, Milán, 2.000, págs. 6 y 7, es difícil probar que un acuerdo no debe someterse a dichas reglas sólo porque una de sus partes es una Administración pública.

<sup>365</sup> COM(96) 561, final, DOCE de 27.11.1.996.

también sondear las posibilidades de aplicar directivas mediante acuerdos y de firmar acuerdos a escala comunitaria<sup>366</sup>.

Para su mejor comprensión, este documento debe enmarcarse en las políticas de simplificación administrativa y de desregulación (o mejora de la normativa ambiental, como dice eufemísticamente la Comisión) emprendida por la Unión en los últimos años: la Comisión es consciente de que la burocracia y la tardanza que, de suyo, implica la aplicación a escala nacional de las normas comunitarias, no se compadecen mucho con las exigencias de conservación y limpieza del medio ambiente, objetivos en que la premura es parte considerable del éxito. Es por ello por lo que se confiesa que la extensión de los acuerdos ambientales es deseable a todos los niveles<sup>367</sup>.

Como se observa, son aspiraciones importantes en las que se consagra una opinión favorable de la Comisión al empleo de los acuerdos voluntarios, pero sometiéndolos a determinadas cautelas que moderan beneficiosamente su concurso. Los acuerdos voluntarios no fueron los mismos desde que viera la luz esta comunicación que, a pesar de su carácter no vinculante, ha sentado cátedra por su autoridad y moderación. A pesar de que su incidencia a corto plazo no fue decisiva en los países miembros (como veremos), sí lo está siendo ya, pasados algunos años, tanto positiva como negativamente: algunas de sus prescripciones están siendo mayoritariamente seguidas y otras, más difíciles de conseguir, se están abandonando (no se puede hablar de incumplimiento con un documento de este tipo) de manera concluyente.

Repasemos ahora este interesantísimo documento, a veces contradictorio, comprometido otras, diplomático las más veces (fruto de un difícil consenso que trata de no herir las diferentes opiniones y maneras de emplear los acuerdos en cada Estado miembro). Sus explicaciones, justificaciones, renunciaciones o silencios son, pues, tanto o más importantes que su contenido sustancial positivo.

La Comunicación se acompaña de una Recomendación de la Comisión a los Estados miembros sobre el uso de los acuerdos voluntarios ambientales en aplicación de directivas comunitarias (que comentaremos más tarde)<sup>368</sup>.

366 A pesar del creciente uso que se está haciendo en Europa de los acuerdos voluntarios ambientales no está de más realizar un ejercicio de humildad y recordar que, por ejemplo, en Japón, se han firmado ya unos 30.000 de ellos, mientras que en los países de la UE no se ha sobrepasado la cifra de 400. Cfr. LÉVÊQUE, F., *Why environmental policy instruments in textbooks are not used whereas used instruments are not studied?* (Conference at the Donald Bren School Management Sciences and Management University of California at Santa Barbara, 5 de junio, 2.000), pág. 12, en [www.cerna.ensm.fr](http://www.cerna.ensm.fr), visitada el 18.10.2.000.

367 Aparte del controvertido criterio de la eficiencia o baratura económica, la Comisión confía en los acuerdos como medio para atraerse la colaboración empresarial y de aplicación rápida de las políticas ambientales.

368 Recomendación 96/733/CEE, de 9 de diciembre de 1.996 (DOCE L 333, de 21.12.1.996), págs. 59-61.

Tras más de 20 años de política ambiental común en que el acervo comunitario se ha erigido como la base sobre la que sustentar el edificio, los esfuerzos de los últimos años se están centrando en ampliar el abanico de instrumentos con los que conseguir una reforma más rápida y profunda en los acuciantes problemas ambientales que agobian a la Humanidad: impuestos ecológicos, permisos de contaminar comerciables, acuerdos voluntarios, autorregulación, etc.

### *b). Contenidos y objetivos de la Comunicación*

La Comisión maneja un concepto estricto de acuerdo voluntario, concibiéndolo como el **“acuerdo celebrado entre la industria y la Administración pública con el fin de lograr objetivos de medio ambiente”**<sup>369</sup>. El documento, por tanto, tiene vocación universal: trata de establecer un marco jurídico ideal para la celebración de acuerdos ambientales por cualquier Administración (comunitaria, estatal, regional o local).

El capítulo tercero de la Comunicación es el nervio principal del posicionamiento de la Comisión respecto de los acuerdos. En él se enuncian tanto las ventajas como los inconvenientes que se les atribuyen, que concluye con un resultado claramente a favor de su empleo.

a). Entre las virtudes de los acuerdos se citan su rentabilidad y su rapidez en la consecución de resultados apreciables (entendemos, empero, que la rentabilidad no debe ser medida como valor absoluto desde el punto de vista estrictamente económico). Se esfuerza en ello la Comisión aduciendo motivos que podríamos llamar de “rentabilidad administrativa”. Esto es, las simplificaciones de trámites y de solicitudes que suelen conllevar como contraprestaciones la firma de uno de estos acuerdos, el mayor margen de maniobra de las empresas firmantes de cambiar o adaptar la tecnología a su propio caso, etc.

Respecto de la mayor celeridad que se atribuye a los convenios para atajar las situaciones de crisis ambiental, la Comisión deja escapar nada ingenuamente que siempre surtirá efectos más rápidos un acuerdo que una norma, “aun en el caso de que en su negociación y celebración se inviertan más de un par de meses”<sup>370</sup>.

<sup>369</sup> Con ello se excluyen de su ámbito los acuerdos interadministrativos e *inter privados*, que pudieran estar incluidos en términos más genéricos como los de aproximaciones, enfoques o instrumentos voluntarios. El adjetivo voluntario refiere también a que el compromiso al que llega la empresa con la Administración no está exigido por norma alguna, esto es, no está obligada a concordarse la empresa con la Administración, lo cual ocurre en algunas ocasiones.

<sup>370</sup> Plazo casi utópico teniendo en cuenta las experiencias que hasta ahora se han tenido en países como Francia, España o Italia, en que las negociaciones se han prolongado por espacio de varios meses e incluso años.

Más interesante nos parece otra de las virtudes atribuidas a los acuerdos: la de ser anticipatorios de la regulación. De todas formas, dicho así puede parecer que de lo que se trata es de adelantar mediante un acuerdo las prescripciones que estén por salir en una norma, lo cual no es exactamente cierto. Con esta expresión la Comisión quiere poner el acento en la capacidad de los acuerdos de elevar los estándares ambientales por encima de los establecidos en la normativa vigente, independientemente de que éstos sean posteriormente recogidos en una ley o reglamento. Es más, lo que se desea es puramente eso: que gracias a los acuerdos no sea necesaria una regulación *a posteriori*, si se cumplen de manera lo suficientemente amplia como para satisfacer las demandas ambientales exigidas por la sociedad.

Posteriormente, la Comisión parece decantarse por un uso menos arriesgado aún de los acuerdos, de manera que apliquen la normativa ambiental, con la intención de buscar el cumplimiento de la misma por parte de las empresas<sup>371</sup>.

b). En lo concerniente a los problemas que plantean los acuerdos voluntarios la Comisión no descubre nada nuevo al citar su no vinculatoriedad (hasta el momento, con algunas excepciones), sus hasta ahora pobres objetivos ambientales y la existencia de empresas no comprometidas que van por libre (*free-riders* o “aprovechados”) como principales obstáculos a su implantación definitiva.

Sí abunda un poco más el Comité Económico y Social, en su Dictamen sobre acuerdos voluntarios de 1.997, sobre el posible peligro que estos acuerdos tienen de privatizar la protección del medio ambiente, a fin de cuentas, una tarea pública que concierne a las Administraciones (entre ellas, a la UE). En esa inteligencia, consideramos acertada la opinión vertida por el Comité cuando retiene que los valores límite fijados por la política medioambiental no pueden ser objeto de acuerdos a nivel comunitario, ya que éstos son parte esencial de la política ambiental nacional, a establecer mediante leyes. Otra advertencia bastante razonable es la de otorgar audiencia a todos los interesados en la celebración del acuerdo en el mismo grado que pueden tenerla las disposiciones administrativas.

En este tercer capítulo se relacionan, además, aquellas condiciones ambientales que, a juicio del órgano ejecutivo de la Comunidad, son necesarias para una adecuada utilización de los acuerdos. Son:

371 Cfr. Comunicación de la Comisión titulada “Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal, DOCE C 3, de 06.01.2.001. Así, en su párr. 179 define acuerdo sobre medio ambiente como “...aquellos por los que las partes se comprometen a lograr una reducción de la contaminación conforme a la legislación medioambiental o a cumplir determinados objetivos en el ámbito del medio ambiente, en particular los enunciados en el artículo 174 del Tratado”. Abundando en esta idea, los acuerdos podrán fijar normas sobre las cualidades ecológicas de los productos... o procesos de producción (párr. 180). De todas formas, el concepto de “acuerdo” aquí empleado es más amplio que el de la Comunicación de 1.996 sobre acuerdos voluntarios, cuyas notas características se enunciarán ahora.

1. Reducido número de partes<sup>372</sup>.
2. Alta representatividad de las mismas, de manera que se cubra a la mayor parte del sector con el que se conviene.
3. Definición de los objetivos por parte de las Administraciones, como línea de partida irrenunciable y no negociable.
4. Informar a la población del curso de las negociaciones y de los resultados de la misma.
5. Tener en cuenta, en la medida de lo posible, las preferencias de los consumidores a la hora de elegir un producto<sup>373</sup>.

A estas condiciones que podríamos llamar básicas, vamos a añadir nosotros algunas otras complementarias que van jalonando la Comunicación de manera dispersa y que se estiman útiles para obtener las mayores prestaciones posibles de los acuerdos:

- a. Mientras menos *free-riders* existan, más posibilidades tendrán los acuerdos de ser cumplidos y a mayor nivel.
- b. La Comisión entiende que es necesaria cierta presión por parte de la Administración para que las partes privadas eleven sus prestaciones en el acuerdo. Así, la amenaza de legislar o reglamentar, o de imponer una tasa o sanción en caso de incumplimiento del acuerdo suele dar buenos frutos<sup>374</sup>.
- c. Los acuerdos de carácter vinculante son más adecuados que los meros compromisos morales o pactos de caballeros. Dado que una de las razones para

<sup>372</sup> Así recomendado también por el Consejo, en su Resolución de 19/20 de junio de 1.997, dictada en Luxemburgo, entre otras, en el seno de la 2017ª Reunión del Consejo, y a la que asistió Doña Isabel Tocino como ministra de medio ambiente por España.

<sup>373</sup> Se aspira a una cada vez mayor concienciación de los consumidores, para que comprendan con criterios ambientales. Con ello se quiere estimular a las partes a que negocien acuerdos de mayor calidad ambiental. El V Programa Ambiental de la Comunidad realizaba la importancia de la conciencia de los consumidores como coadyuvante para la resolución de los problemas ambientales, al establecer, como uno de sus principios, el favorecimiento de los cambios de comportamiento social, mediante un compromiso entre todos los interesados, y, entre ellos, de los consumidores.

<sup>374</sup> Se trata de una práctica común en Holanda y en ciertos acuerdos celebrados en Francia o EE.UU. Sin embargo, el Gobierno debe ser creíble en sus amenazas, de manera que la empresa entienda que aprobar un reglamento en el caso concreto puede ser tan beneficioso como la firma del acuerdo lo hubiera sido. Cuando se trata de políticas públicas generales, esta ambivalencia suele cumplirse, ya que los beneficios generales se ven cumplidos por medio de la regulación tradicional. En cambio, cuando se trata de reglamentar un sector concreto, excluir de las negociaciones del reglamento a las empresas afectadas suele ser suicida, haciendo poco verosímil la amenaza. Cfr. HANSEN, L. G., *Environmental Regulations through Voluntary Agreements*, Institute of Local Government Studies, AKF, Copenhagen, en FEEM Note di Lavoro, nº. 23, 1.997, págs. 4-5. Este autor además destaca la posición privilegiada del Gobierno, que tiene en su mano la opción de aprobar un proyecto de ley, de emanar un reglamento o de iniciar las negociaciones destinadas a la firma de un acuerdo.

el uso de los acuerdos es la celeridad en la consecución de sus objetivos, no podría tolerarse que tras el tiempo invertido en la conclusión del acuerdo y una vez echado a andar fuera incumplido en algún momento sin que la Administración pudiera hacer nada para evitarlo<sup>375</sup>.

- d. Los acuerdos alcanzan sus mejores resultados cuando se adoptan en unión de otros instrumentos de política ambiental, como la regulación. La Comisión, sin embargo, alecciona a los Estados a que usen los acuerdos también como anticipatorios (¡y sustitutivos!) de la regulación cuando sea posible, pero siendo consciente de la dificultad que ello supone.

Quizás la parte más provechosa para los Estados de este pronunciamiento de la Comisión sobre los acuerdos voluntarios radique en la parte sustantiva de la Comunicación. Podemos dividir ésta en tres secciones, correspondientes a las orientaciones generales para que las Administraciones celebren acuerdos, al contenido mínimo exigible a los mismos y a su conformidad con el Tratado de la UE.

1). Entre las orientaciones generales, podemos destacar:

- I. La necesidad de que el acuerdo sea informado por todos los sectores interesados, no sólo entre las partes negociadoras.
- II. La adecuación del contrato (sea de Derecho Público o privado) como formato jurídico deseable de soporte de los acuerdos voluntarios, por las razones de vinculatoriedad ya aducidas<sup>376</sup>. De todas formas, se ha estimado que cuando un acuerdo sea de tipo sectorial, no basta con la firma de la asocia-

\*\*\*\*\*  
<sup>375</sup> Al contrario, una de las servidumbres de la vinculatoriedad de los acuerdos es la posible captura de la potestad administrativa ejercida (problema que podría suavizarse aplicando las exorbitancias administrativas de los contratos públicos, tales como la rescisión unilateral o la interpretación de oficio, o previendo revisiones periódicas del contrato). Para BAEKE, S. MATTHIJS, F. y SEYAD, A. (dirigido por DE CLERCQ, M.), *The Nature of Voluntary Approaches: Empirical Evidence and Patterns*, CAVA, abril 1.999, pág. 20, además de ese hándicap, con los acuerdos vinculantes existe la necesidad de que lo firmen todas las empresas del sector concernido, para que no se dé el problema de los *free-riders*, más problemático si cabe en estos casos.

<sup>376</sup> Una de las fallas de la Comunicación y que debilitan su fuerza de manera máxima se produce cuando la Comisión retiene favorable que las Administraciones prometan —como contraprestación a las partes privadas por firmar el acuerdo— que no van a emanar disposiciones administrativas en el sector concernido por el acuerdo en el futuro (epígrafe 19). Y se añade: “siempre que las Constituciones nacionales lo permitan”. Es obvio que se trata de un *desideratum*. No debiera haberse prescrito esta contraprestación como deseable, a sabiendas que hay muchos países en Europa de tradición administrativista que no podrían vincular su potestad reglamentaria mediante un contrato (España, Francia, Italia y Portugal paladinamente). En idéntico sentido, pero más tajantemente, se pronuncia el Comité Económico y Social en su dictamen de 1.997 sobre acuerdos voluntarios, cuando, con ocasión de la oportunidad de formalizar los acuerdos como contratos, determina la imposibilidad de que las Administraciones puedan ofertar, como, contraprestación en los acuerdos, la renuncia a ejercer las potestades de iniciativa legislativa, reglamentaria o sancionadora, algo que se desprende de las Constituciones de algunos países miembros. Dicho lo cual, el uso de esa promesa en aquellos países donde se pueda hacer (en Holanda, por ejemplo) podría suponer restricciones a la competencia dentro del mercado interior.

- ción representativa de los intereses empresariales, sino que cada empresa debe ratificarla después, con vistas a asegurar su sometimiento posterior a la justicia ante posibles recursos<sup>377</sup>.
- III. La cuantificación de objetivos: que han de ser claros, verificables e inequívocos.
  - IV. La división en etapas de los objetivos a alcanzar, mediante la definición de un calendario con metas intermedias. Esto ayudaría a la empresa a evaluar su marcha hacia el destino final, así como a la Administración para contemplar el grado de cumplimiento del acuerdo y su aprovechamiento en el tiempo<sup>378</sup>.
  - V. Aparte de estas etapas, sería necesario establecer sistemas de seguimiento de los datos ambientales de la empresa. La Comisión apuesta por la adhesión al sistema voluntario de gestión y auditoría ambiental (EMAS) como método complementario al acuerdo para que las propias empresas controlen su comportamiento.
  - VI. Se requiere la publicación del acuerdo en los periódicos oficiales, así como la creación de un Registro nacional y comunitario de acuerdos voluntarios. De este modo, cualquier persona interesada podría acceder a la información generada por el acuerdo<sup>379</sup>. En esta línea de control, la Comisión alberga la esperanza de que los resultados ambientales del acuerdo sean comprobados por terceros independientes.
  - VII. Por último, pero no en último lugar, la Comisión orienta a los Estados a que consensuen con las partes firmantes del acuerdo algún tipo de sanción (multas, por ejemplo) que disuadan a las empresas de abandonarlo<sup>380</sup>.

377 Vid. Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema "Acuerdos sobre medio ambiente" (97/C 287/01), aprobado el 28 de mayo de 1.997, punto 4.2. En opinión del Comité, sólo caso por caso podrá decidirse la forma jurídica del acuerdo ambiental, en atención a las circunstancias del caso (que, excepcionalmente, pueden poder hacerse no vinculantes, por ejemplo) y a la legislación nacional.

378 Estos resultados intermedios pueden ser vinculantes (lo que sería deseable) o meramente indicativos.

379 La transparencia es una de las obsesiones de la Comisión, lo que resulta natural cuando estamos manejando una estrategia que excluye, *a priori*, el control y seguimiento del acuerdo por parte de los órganos democráticos que suelen hacer las normas.

380 Una práctica oficiosa que veremos posteriormente en Italia o Francia consiste en vincular o condicionar la concesión de permisos o licencias administrativas a la empresa al cumplimiento del acuerdo, con lo que se reconduce al derecho (se formaliza, podríamos decir) de manera subsiguiente lo que, desde el inicio, podía ser un mero compromiso moral. Con ello la Administración puede seguir atrayendo a las empresas a celebrar acuerdos con la excusa de su no vinculatoriedad inicial, si bien se aprovecha de manera mediata también de las ventajas de la vinculatoriedad que proporcionan estas licencias condicionadas (también cabría condicionar subvenciones *a posteriori*).

2). El contenido exigible en un acuerdo está en armonía con las condiciones y orientaciones ya apuntadas. Todo acuerdo voluntario debería contener, por razones de seguridad jurídica y de eficacia, al menos los siguientes apartados:

- a. Partes integrantes del acuerdo.
- b. Objeto del mismo.
- c. Obligaciones de cada parte.
- d. Definición de los términos más importantes.
- e. La posibilidad de permitir la entrada al acuerdo de nuevas empresas que se quieran adherir.
- f. Duración del acuerdo.
- g. Permiso para futuras modificaciones del acuerdo en atención a los avances tecnológicos y/o a la circunstancia de modificación normativa o de las condiciones de mercado<sup>381</sup>. A ese respecto, la Comisión Europea lanzó en 2.000 tres nuevas convocatorias para el fomento de nuevas tecnologías para la protección del medio ambiente, destinadas a acciones indirectas de investigación y desarrollo tecnológico (IDT), y dirigidas a empresas, Universidades y centros de Investigación<sup>382</sup>.
- h. La capacidad de denuncia unilateral del acuerdo (si es vinculante, claro) en caso de incumplimiento de la contraparte, así como la fijación de la natura-

\*\*\*\*\*

<sup>381</sup> Una de las mayores virtudes de los acuerdos voluntarios y de las subvenciones condicionadas, también en el ámbito comunitario, es que se consigue fomentar el desarrollo tecnológico, al contrario de lo que suele ser habitual en las medidas clásicas de *command and control* de la UE. La normativa comunitaria ha tendido a ir detrás de los cambios tecnológicos, elevando el nivel de los estándares exigidos por los reglamentos y directivas a medida que se podían conseguir mejores resultados. Los instrumentos paccionados fomentan el empleo de nueva tecnología, con lo que se adelantan a las normas, están siempre más actualizados a las necesidades y propiedades reales del medio ambiente. En esta inteligencia, véase HUGHES, D., *Environmental Law*, Third edition, Butterworths, London, 1.996, pág. 143, contraponiendo la política comunitaria a la estadounidense. Una prueba de ello nos la da GARCÍA URETA, A., *Protección del ambiente a la luz del Tratado de la Unión Europea*, en Revista Vasca de Administración Pública, nº. 34, sept.-dic. 1.992, pág. 116, citando los preceptos de las guías adoptadas por la Comisión el 26 de marzo de 1.991 (DOCE 3-1.991, punto 1.2.156) para integrar los requisitos ambientales y los del mercado interior, que cifran la consecución del "nivel elevado protección" en la tecnología accesible en cada momento, con lo que la norma siempre irá detrás de la realidad y, lo que es más, sin poder atajar el futuro próximo. Una de las consecuencias que está acarreado la actual revolución tecnológica está siendo, como apunta agudamente MEDINA CASTILLO, J. E., *Tecnología, medio ambiente y Trabajo (Crisis de "modernidad" y viejos problemas)*, Universidades de Málaga, Málaga, 1.995, pág. 123, la inflación normativa. El derecho ambiental, pese a su juventud, es de una extensión apabullante, expandiéndose con la esperanza de llegar a ordenar mínimamente la compleja realidad social y tecnológica que nos ha tocado vivir. Cada vez surgen formas de contaminación más sutiles y dañinas, contra las que el derecho se muestra a veces impotente.

<sup>382</sup> Publicadas en el DOCE C 303, de 25 de octubre de 2.000.

leza del mismo (si es contrato civil o administrativo<sup>383</sup>) y la jurisdicción competente para ventilar los conflictos que surjan<sup>384</sup>.

Respecto a la conformidad de los acuerdos con el Derecho comunitario, varias son las preocupaciones que asaltan a la Comisión en la firma de acuerdos ambientales, y que trataremos más adelante.

### C. Un reciente avance comunitario sobre los acuerdos voluntarios: el VI Programa de acción en materia de Medio Ambiente (2.001–2.010)

Recogido en la Decisión 1.600/2.002/CE (Diario Oficial L 242, de 10 de septiembre de 2.002), del Parlamento y del Consejo Europeos, de 22 de julio, por la que se establece el Sexto Programa de Acción comunitaria para el medio ambiente.

El Programa recoge seis áreas temáticas específicas, pero también muchas otras acciones a desarrollar como “objetivos flexibles” (*soft objectives*), entre los que están el fomento de la participación pública en materia ambiental, del aumento de información y de la firma de acuerdos voluntarios. El programa intensifica la opción comunitaria por el empleo de los acuerdos voluntarios entre Administraciones y empresas como herramienta privilegiada de gestión ambiental. No solamente recoge de manera expresa, como acción a desarrollar y meta el “fomentar los compromisos y acuerdos voluntarios para alcanzar objetivos ambientales claros”, sino que, lo que es más importante, avanza con relación al V Programa en un triple sentido porque:

<sup>383</sup> Aunque de manera implícita, el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema “Acuerdos sobre medio ambiente” (97/C 287/01), aprobado el 28 de mayo de 1.997, considera estos acuerdos como “medidas administrativas”. Vid. punto 2.1., c). En el punto 2.2 de este mismo documento, el Comité confirma su opinión al reconocerle a los acuerdos voluntarios ambientales una filiación en los acuerdos administrativos utilizados desde mucho tiempo antes en algunos países miembros para convenir entre Administraciones y particulares (entre ellos España, con los convenios de colaboración, por ejemplo, usados en las últimas décadas en materia de fomento, industria o urbanismo). En idéntico sentido, favorable a la superioridad de la protección que otorga el Derecho Administrativo sobre el Derecho Civil, se pronuncia el Parlamento en su resolución de julio de 1.997 sobre acuerdos voluntarios. Para él, la protección de los contratos civiles sólo otorga cobertura procesal de recurrir a las partes, sin que se pueda decir tal cosa respecto de terceros afectados, como sería deseable. Entiende el Parlamento, *mutatis mutandis*:

- que un abuso de la autorregulación y de los pactos de caballeros puede acarrear una crisis de confianza por parte de la ciudadanía, que no encuentra medios de pronunciarse democráticamente sobre ellos; al respecto de la confianza viene al caso el estudio realizado acerca de su influencia en las relaciones contractuales para la protección del medio ambiente por BURCHELL, B. y WILKINSON, F., *Trust, Business Relationships and the contractual Environment*, Working Paper nº. 35, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, agosto 1.996. Estos autores entienden que para que exista confianza dentro del contrato (lo que llaman *contractual adherence*) se necesita cierta flexibilidad fuera del mismo, por parte de la sociedad, esto es, cierta indulgencia y ayuda para que el contrato se cumpla (pág. 20). Naturalmente, apostillamos nosotros, cuando una de las partes en el contrato ambiental es una Administración, la relación se invierte: entendemos que para que exista confianza social en la relación contractual, ésta debe cumplirse, y si no, el bien público puesto en juego debe estar protegido mediante el otorgamiento de vinculatoriedad jurídica a la misma;

- que, en caso de que existan *fire-riders* es conveniente usar normas y no acuerdos.

<sup>384</sup> Una medida de remisión al arbitraje, a la mediación o a cualquier forma de resolución extrajudicial del conflicto, sería siempre estudiable e interesante.

a). En primer lugar, endurece los requisitos legales exigibles a los acuerdos ambientales (con relación a los que se planteaban en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a los Acuerdos sobre medio ambiente, COM (96) 561, de 27 de noviembre) al tener que responder a una serie de criterios estrictos (objetivos claros, transparencia y control), ser eficaces y plantear objetivos ambientales ambiciosos que impidan un fraude de ley.

b). En segundo lugar, porque informa sobre cómo actualmente está estudiando la Comisión los compromisos y acuerdos voluntarios como nuevos métodos de administración y **como alternativa a la reglamentación tradicional**, que podrían mejorar la capacidad de innovar y cambiar de las empresas.

c). Y, en tercer lugar, porque se plantea la posibilidad de crear un nuevo macro-enfoque de la normativa como instrumento de política pública consensuada con las empresas contaminantes, de manera que se pueda crear un marco regulador que estableciese objetivos de política general y se dejase que las medidas de aplicación las definiese la industria de manera consensuada, en apoyo del marco legal (en lo que ha definido como “co-reglamentación”).

## D. ¿Transposición de directivas comunitarias mediante acuerdos voluntarios?

### a). Viabilidad de la hipótesis

El párrafo tercero del actual art. 249 del TCE consolidado (antiguo art. 189), permite a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios para transponer al derecho interno las directivas de la Unión. La flexibilidad que esta fuente del derecho comunitario permite en la utilización de medios ha sido la razón principal de su éxito<sup>385</sup>. Esa misma voluntad, coordinadora de resultados, descentralizadora de los instrumentos a emplear, anima la utilización de convenios o acuerdos voluntarios para la transposición de las directivas por los Estados miembros.

Esta novedosa posibilidad se apuntó, por vez primera, en los epígrafes 31 a 39 de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a los Acuerdos sobre medio ambiente, de 1.996. En ellos la postura de la Comisión es la de permitir, con cautelas, que aquellas directivas que expresamente lo permitan, puedan

<sup>385</sup> Si bien los Estados han venido fallando sistemáticamente en la transposición de las mismas. Esta es una de las razones no ocultas de la progresiva atención que se les presta, desde hace poco, a los acuerdos voluntarios y a las recomendaciones. Cfr. SCHERER, J., en la obra colectiva de HANDLER, T. (editor), *Regulating european environment*, Chancery Law Publishing Ltd.-Baker & McKenzie, Londres, 1.994, pág. 4.

ser aplicadas en cualquier Estado miembro que así lo desee (es siempre una opción) por medio de un acuerdo. Como sabemos, las directivas sólo compelen al resultado, dejando al Estado libertad en la determinación de los medios para cumplir esa obligación.

A veces se han dado situaciones en que se han usado acuerdos voluntarios a escala nacional sin que la directiva lo previera. Han sido casos en que la directiva fijaba exclusivamente la obligación de los Estados miembros de cumplir con determinados valores–resultado, con lo que se les dejaba absoluta libertad para elegir los medios a través de los que cumplirlos. Tal cosa pasó con la Directiva sobre emisiones de SO<sub>2</sub> y NOX de las grandes plantas de combustión (Directiva 88/609), aplicada parcialmente en Francia, Alemania y Holanda por medio de acuerdos negociados con las industrias, por ejemplo las eléctricas<sup>386</sup>.

Pero en general, como límite esencial, la Comisión estima que sólo en los casos en que la directiva no genere derechos u obligaciones para los individuos cabría la transposición mediante acuerdos<sup>387</sup>. La estabilidad e importancia de esta materia hace necesario que tal extremo no quede al albur de la voluntad del ejecutivo del Estado o Administración de turno, quien podría sentir la tentación de modificar el acuerdo, sin necesidad de ningún placet parlamentario. Por supuesto, que será difícilmente transponible mediante un acuerdo una directiva que esté dirigida a un número de destinatarios no determinado. Al contrario, el uso de los acuerdos en esta tesitura es tanto más favorable como reducido el número de partes en liza<sup>388</sup>. Las directivas que serían más aplicables mediante acuerdos serían aquellas que establecen programas de reducción de la contaminación de sustancias determinadas o que persiguen resultados concretos y detallados<sup>389</sup>.

<sup>386</sup> Cfr. GLACHANT, M., *How can the Implementation of EU Environmental Policy be more Effective and Efficient? Lessons from Implementation Studies*, Research report 2.000-B-7, págs. 6 y 26, accesible en Internet en [www.ensmp.fr](http://www.ensmp.fr), visitada el 19.10.2.000.

<sup>387</sup> Esto es, cuando las medidas a trasponer son genéricas. Lo contrario no sería posible dada la dificultad en dar cobertura absoluta con un acuerdo a todos los nacionales de un país. Si a ello añadimos que en estos casos se hace imprescindible la vinculatoriedad del acuerdo (ya que se está aplicando una norma jurídica), parece harto improbable que se pueda llegar a un resultado adecuado. Conviene con ella el Parlamento en su Resolución de julio de 1.997 ya citada.

<sup>388</sup> Vid. Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema "Acuerdos sobre medio ambiente" (97/C 287/01), aprobado el 28 de mayo de 1.997, punto 3.2.

<sup>389</sup> ISAAC, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, Ariel Derecho, 5ª edición actualizada, Barcelona, 2.000, págs. 189 y 284, ha detectado una tendencia de la Comisión a redactar directivas cada vez más precisas y a determinar con el mayor detalle la materia tratada, con lo que se reduce sobremanera e incluso desaparece la elección de medios por parte de los Estados, quienes no tienen otra opción que trasponer puramente la reglamentación comunitaria a su derecho interno. La elección de esos medios, además, está en función de los objetivos que la Comisión o el Consejo esperan ver alcanzados al aprobar la directiva (asunto C-38/77, *Enka BV c/ Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen Arnhem*, sentencia del TJCE de 23 de noviembre de 1.977, Rec. 1.977, pág. 2.203). El hecho de que los plazos imperativos que se da a los Estados para transponerlas sea cada vez menor, favorece también, en principio, la posibilidad de que un acuerdo voluntario pueda hacerlo, dada su inmediatez.

Además, al juez nacional le cabe siempre profundizar en el carácter comunitario del acuerdo celebrado para transponer la directiva examinando sus cláusulas según el principio de la interpretación conforme, para alcanzar el resultado previsto por ella (entre otros, asuntos C-14/83, *Van Colson y Kamann c/ Land Nordrhein-Westfalen*, Sentencia del TJCE de 10 de abril de 1.984, Rec. 1.984, págs. 1.891 y C-31/97, *Beentjes c/ Holanda*, Sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 1.988, Rec. 1.988, págs. 4.635), que puede hacerse valer, incluso, entre dos o más particulares, esto es, en los litigios que enfrentaran a las empresas del acuerdo (asuntos, entre otros, C-80-86, *Kolpinghuis Nijmegen*, Sentencia del TJCE de 8 de octubre de 1.987, Rec. 1.987, págs. 3.969 y C-472/93, *Spano c/ Fiat Geotech and Fiat Hitachi Excavators*, Sentencia del TJCE de 7 de diciembre de 1.995, Rec. 1.995, págs. I-4.321).

Cabría también la combinación del acuerdo con los instrumentos normales de aplicación de una directiva (una ley, por ejemplo). En este extremo, el acuerdo aplicaría con mayor flexibilidad la directiva para determinadas partes, siempre que la ley previamente haya permitido esta posibilidad, solución perfectamente posible siempre que los compromisos obligados por la norma comunitaria estén cumplidos en el acuerdo cuando expire la fecha de transposición de la directiva<sup>390</sup>. Como se puede apreciar, nos movemos en el terreno de las hipótesis.

Dos años más tarde de su Comunicación de 1.996, la Recomendación de la Comisión 98/733/CEE, de 9 de diciembre, relativa a los acuerdos ambientales en aplicación de directivas comunitarias, estaba dirigida a los Estados miembros y es una repetición de las convicciones a las que llegó allí. Sin embargo, desciende a un grado de detalle superior y que contiene las siguientes prescripciones:

La Comisión no sólo tolerará la transposición de directivas mediante acuerdos voluntarios, sino que incluso vería con buenos ojos que se adoptara esta medida, no sólo completando la legislación de transposición sino reemplazándola en determinados casos (lo que obedece a la política de desregulación ya aludida). Eso sí, debería existir una absoluta coherencia entre los valores o umbrales de protección ambiental preestablecidos en las directivas y aquellos otros desarrollados a escala

390 De todas formas, hemos de diferenciar entre directivas que son aplicadas por una norma que exige a un sector determinado de la aplicación de la misma y directivas que son aplicadas por una norma que, posteriormente, es a su vez desarrollada mediante un acuerdo. En este segundo caso no podríamos hablar con propiedad de un acuerdo aplicativo de una directiva, y sí en el primero. Tanto es así, que el Comité Económico y Social en su Dictamen sobre el tema "Acuerdos sobre medio ambiente" (97/C 287/01), aprobado el 28 de mayo de 1.997, ha considerado que esta forma de acuerdos es menos problemática que aquella. Como veremos más adelante, en Italia, FIAT ha aplicado directivas mediante un acuerdo sobre desguace y reciclaje de vehículos, en que se desarrolla la normativa *Ronchi*, que a su vez aplicaba la directiva sobre Residuos.

nacional mediante acuerdos voluntarios. En este sentido, ha destacado CELIA GREAVES que “Los acuerdos voluntarios suscitan problemas de subsidiariedad. Para los estados miembros de la Unión Europea, es necesario poder demostrar que los resultados de tales iniciativas están en línea con las necesidades generales europeas. A la inversa, si los acuerdos voluntarios han de contribuir de forma significativa a la industria sostenible, la legislación europea debe estructurarse de modo que proporcione campo para que se implementen estas aproximaciones más flexibles<sup>391</sup>”.

Una de las razones para ello se encuentra en la eficiencia económica para la Administración que supondría el empleo de estos instrumentos en relación con la legislación, ya que gran parte del desembolso para la mejora del medio ambiente es realizada por las empresas (en lo que se llama un enfoque proactivo).

Revelador nos parece el tercer considerando de la Recomendación, donde la Comisión reconoce que su intención por ampliar el abanico de instrumentos de política ambiental (en aras del principio de participación y responsabilidad compartida con la sociedad de las decisiones ambientales) es más difícil de llevar a cabo de lo que se pensaba.

Respecto al carácter vinculante de los acuerdos, lo será siempre<sup>392</sup>, esto es, siempre que la directiva expresamente permita su transposición en algún extremo mediante acuerdos<sup>393</sup>. Cabe decir también que, en si el acuerdo transpusiera incorrectamente la directiva nacería para el Estado la responsabilidad correspondiente por infracción del Derecho Comunitario, en el marco de la jurisprudencia *Brasserie du Pêcheur* y *Factortame*, y generando, si no se realizara en plazo, la directa aplicabilidad de la directiva mal transpuesta<sup>394</sup>.

#### b). Casos existentes: paradigmáticamente, la Directiva de vehículos para desguace

Hasta ahora sólo se conoce una directiva que expresamente prevea la transposición de algunos de sus postulados mediante acuerdos voluntarios. Se trata de la llamada

<sup>391</sup> Vid. GREAVES, C., *Aproximaciones al desarrollo de la industria sostenible basadas en el consenso*, en The IPTS Report, nº. 27, septiembre 1.998, Institute for Prospective Technological Studies, World Trade Centre, Sevilla, accesible en <http://www.jrc.es/pages/f-report.en.html> (visitada el 7 de diciembre de 2.001).

<sup>392</sup> Y así lo dice expresamente la recomendación: “Whereas binding requirements for agreements implementing the stated provisions of a directive should be laid down in those directives”.

<sup>393</sup> Es por ello por lo que la Comisión recomienda que todos los acuerdos se formalicen como contratos (civiles o administrativos), y que éstos se publiquen en un diario oficial del Estado, para general conocimiento.

<sup>394</sup> Sobre la responsabilidad de los Estados por infracción del Derecho Comunitario véase la excelente monografía de GUICHOT REINA, E., *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho Comunitario*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2.001.

directiva sobre vehículos para desguace, o de vehículos al final de su vida útil, como también se conoce<sup>395</sup>.

En realidad, también la Directiva 85/339/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1.985, relativa a los envases para alimentos líquidos y la Directiva 94/62/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 1.994, relativa a los envases y residuos de envases, que la deroga, los prevén, si bien más genéricamente. Y lo mismo ocurre con la Directiva 2.000/60/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2.000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas<sup>396</sup>, que, aunque no recoja la posibilidad de que las medidas básicas de protección ambiental de las aguas a aplicar por cada Estado sean aplicadas mediante acuerdos negociados, sí los incorpora como medida complementaria a incluir en los Programas de medidas de cada demarcación hidrográfica, para cumplir los objetivos de tutela ambiental del art. 4 (vid. art. 11.4 y Anexo VI, parte B).

En la introducción de la propuesta de directiva sobre vehículos para desguace se permite que aquellos países que (como Alemania, Francia, Austria, Italia...) hubieran ya suscrito acuerdos voluntarios con objetivos similares pudieran mantenerlos vigentes, siempre que adaptasen el resto de la directiva mediante las medidas legales o reglamentarias adecuadas. Su carácter no vinculante y el riesgo de empresas aprovechadas del esfuerzo ajeno así lo impone. En la directiva aprobada tal extremo no se contempla, lo que puede interpretarse como un deseo de la Comisión de que los acuerdos existentes adapten su contenido a aquellas materias en las que pueden darse, según se desprende de su art. 10.3.

En efecto, es el art. 10 el que recoge la posibilidad de que los Estados transpongan parte de la directiva mediante acuerdos. Estos acuerdos entre las autoridades competentes (no parece querer referirse con ello exclusivamente a las nacionales, con lo que cabría pensar en la entrada de las Administraciones regionales y las Corporaciones Locales en ellos) podrán estar dirigidos, incluso, para ir más allá de las metas establecidas en la directiva o para alcanzarlas en menos tiempo. En España, verbigracia, en enero de 1.996 el Ministerio de Transportes y Medio Ambiente impulsó un acuerdo entre los representantes de todos los sectores implicados para

\*\*\*\*\*  
<sup>395</sup> Vid. Directiva 2.000/53/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2.000, relativa a los Vehículos al Final de su Vida útil (DOCE L 269/34, de 21.10.2.000). La propuesta de directiva del Consejo, relativa a los vehículos para desguace, fue presentada por la Comisión (COM(97) 358 final, DOCE de 09.07.1.997), y fue objeto de las modificaciones realizadas por la Comisión (COM(1.999) 176 final, DOCE de 28.04.1.999, y por dictamen COM(2.000) 166 final, DOCE de 16.03.2.000).

<sup>396</sup> DOCE L 327/1, de 22.12.2.000.

cumplir los objetivos de reciclado, posteriormente desarrollado en forma de plan, y que actualmente es el R.D. 1.303/2.002, de 20 de diciembre, sobre Gestión de vehículos al Final de su vida uhl.<sup>397</sup>.

En el apartado tercero de dicho artículo se condiciona el empleo de los acuerdos a que se consigan los objetivos exigidos por la directiva. Además, se establece un *numerus clausus* de preceptos susceptibles de esta posibilidad: los arts. 4.1 (referente a la prevención de residuos); 5.1 (a la recogida de los vehículos usados); 7.1 (a la reutilización y revalorización de los componentes de los vehículos); 8.1 (al establecimiento de códigos de identificación de los componentes); 8.3 (a sistemas de información de desmontaje del vehículo); 9.2 (publicación de manuales sobre diseño, tratamiento ambiental del vehículo, etc.) y 4.5 (sobre desarrollo de métodos de entrega gratuita para el propietario o usuario del vehículo usado).

Lo más importante es, sin duda, que se establecen seis exigencias a cumplir por todos los acuerdos intraestatales celebrados en aplicación de dichos preceptos de la directiva: habrán de ser vinculantes (con fuerza ejecutiva), especificar los objetivos y plazos de vigencia, deberán ser publicados en el Boletín Oficial Nacional o equivalente, habrán de ser transmitidos y notificados a la Comisión, deberá informarse a las autoridades estatales y comunitarias sobre su marcha, quienes la controlarán, y, esencial esto último, deberán ser sustituidos en caso de incumplimiento, por las medidas legales, reglamentarias o administrativas que se dicten, para no crear un vacío normativo en el Estado concreto.

Parece, por la evidencia de su escaso uso, que la Comisión se muestra reacia a permitir la transposición de la totalidad de una directiva mediante este instrumento<sup>398</sup>. En sentido contrario, también los Estados que así procedan deberán dar noticia a la Comisión de los acuerdos celebrados en aplicación de directivas.

Una novedad traída por la Recomendación es que se habilita a la Comisión para que tome medidas adicionales en su debido tiempo (esto es, una vez concluido el

<sup>397</sup> El plan se plantea como objetivo reutilizar y valorizar (incinerar), para antes de 2.005, al menos el 80% del peso de los vehículos usados, y el 85% para antes de 2.006. Para 2.002 se pretende que los españoles depositen, al menos, el 80% de sus vehículos usados en centros autorizados de recepción y descontaminación (C.A.R.D.s), que cada Comunidad Autónoma tendría que homologar. Recoge también la previsión del establecimiento de unos 1.085 de ellos (cantidad, a todas luces, desorbitada), para desguazar una media de 1.000.000 vehículos/año. El fondo del acuerdo supone que los desguazadores no cobren nada a los fabricantes (aunque deben hacerlo) para no tener que repercutir ese coste a los usuarios por la entrega de su coche usado. Fuente.

<sup>398</sup> Y así lo ratificaría más tarde en la Resolución del Consejo de 7 de octubre sobre acuerdos voluntarios en materia de medio ambiente, ya citada. Consúltese su punto 6, donde se alienta a la Comisión a que, cuando sea procedente, indique y justifique específicamente en sus propuestas de directiva, qué disposiciones podrían aplicarse mediante acuerdos.

acuerdo) para satisfacer las obligaciones impuestas por las directivas y que no hayan sido tenidas en cuenta en el acuerdo. Se estaría aquí abogando a favor de una especie de *ius variandi* justificado en el principio de subsidiariedad a favor de la UE, en aras del interés general necesariamente determinado en la directiva, que obliga –como resultado final– a los Estados miembros.

A pesar de esta base jurídica no cogente, la Unión Europea estimó necesario profundizar en el uso de los acuerdos como instrumento de transposición, como reconoce en la Resolución del Consejo ya citada de 7 de octubre, si bien con determinadas cautelas ineludibles, como la seguridad jurídica, la necesidad de garantizar los derechos y obligaciones impuestas por las directivas a los individuos y el uso de la legislación como instrumento habitual de transposición. El Comité Económico y Social, en cambio, estimó en su dictamen de 1.997 sobre acuerdos voluntarios que, a la hora de transponer directivas, su uso como sustitutivos de la legislación no debiera ser una prioridad de la Comunidad.

También el Consejo, en su resolución sobre acuerdos voluntarios de 19–20 de junio de 1.997 (ya citada), expone su opinión favorable a la apertura de este nuevo uso de los acuerdos voluntarios, siempre que se tengan en cuenta las cautelas expresadas acerca de la previsión expresa en las propuestas de directivas, de la seguridad jurídica y de la necesidad de asegurar que los derechos y obligaciones de los ciudadanos no sean perjudicados. De todas formas señala también la importancia de clarificar aún más, en consultas con los Estados miembros, este uso de los acuerdos para transponer directivas.

La jurisprudencia del TJCE ha sido constante al aceptar la libertad de los Estados en la utilización de los medios a emplear para transponer directivas. Al efecto, puede consultarse la sentencia recaída en el asunto C–29/84, *Comisión de las Comunidades Europeas / República Federal de Alemania*, estableciendo que la transposición de directivas no implica necesariamente la adopción de medidas legislativas o reglamentarias, siempre a condición de que el medio utilizado para ello cree una situación jurídica lo suficientemente precisa, clara y transparente para permitir a los beneficiarios y a los nacionales de otros Estados miembros conocer sus derechos y prevalerse de ellos (fundamentos de derecho números 23 y 28). En este caso, la R.F.A. fue demandada por la Comisión por no transponer formalmente las directivas 77/452 y 77/453, ambas del Consejo, relativas al reconocimiento de títulos y diplomas acreditativos de la profesión de enfermero y a la coordinación de las medidas legislativas, reglamentarias y administrativas concernientes a las actividades de enfermero, respectivamente. El Gobierno de la República Federal Alemana lo reconocía, pero entendía que al estar ya asentadas las prácticas administrativas que darían cobertu-

ra a los objetivos de las directivas, la transposición se había realizado ya *de facto*, en aras del principio de libertad de medios que el entonces art. 189 TCE concedía a los Estados. El Tribunal negó la validez de las prácticas administrativas como medio adecuado de transposición, por las carencias detectadas de publicidad y seguridad jurídica insuficientes, límites que al mismo tiempo funcionan como condición habilitante que también debe servirnos para enjuiciar la posibilidad de transponer directivas mediante acuerdos voluntarios<sup>399</sup>.

La naturaleza discrecional y la escasa publicidad de las prácticas administrativas, en esencia variables por la Administración a pesar de la vinculación al precedente, les resta seguridad jurídica como medio legítimo de aplicación de las directivas al derecho interno, por lo que "...no pueden ser consideradas como constitutivas de un cumplimiento válido de las obligaciones del Tratado"<sup>400</sup>. A tenor de la jurisprudencia citada parece que podría calificarse de "prácticas administrativas" la firma de un acuerdo voluntario con los sectores implicados en la directiva, con ciertas cautelas. Así, aquellas prácticas remiten a un conjunto uniforme de actos administrativos que han aplicado en un mismo sentido las leyes, reglamentos o principios del derecho que vinculaban a la Administración en una materia determinada. Cuando hablamos de acuerdos, sin embargo, no estamos aplicando normas o leyes nacionales, ni creando una línea administrativa conformada por un número suficiente de actos determinados de un sentido concreto, sino que se innova, por sí misma, la situación jurídica nacional, mediante un convenio singular que concierne a un grupo de individuos muy concreto<sup>401</sup>.

399 En idénticos términos, el asunto C-252/85, *Comisión c/ Francia*, STJCE de 27 de febrero de 1.988, Rec. 1.988, pág. 2.243, párr. 5º), donde se dice que:

*"la adaptación del derecho interno a las normas comunitarias no exige una transposición formal y textual de sus preceptos en una disposición legal expresa y específica y que es suficiente la existencia de un contexto jurídico general, si éste asegura efectivamente la plena aplicación de la Directiva de modo suficientemente claro y preciso"*.

400 Vid. asunto C-165/85, *Comisión c/ Italia*, STJCE de 15 de septiembre de 1.986, Rec. 1.986, pág. 2.945, párr. 13; También, asunto C-339/87, *Comisión c/ Reino de los Países Bajos*, STJCE 15 de marzo de 1.990, Rec. 1.990, pág. 1-851, en la que, a pesar de las prácticas ministeriales del Gobierno neerlandés, el TJCE retuvo que, "...por su naturaleza, pueden ser modificadas discrecionalmente por la Administración, ... (y) ... no pueden ser consideradas como constitutivas de una válida ejecución de la obligación que incumbe a los Estados miembros destinatarios de una directiva en virtud del art. 189 del Tratado". También, asunto C-429/85, *Comisión c/ Italia*, STJCE 23 de febrero de 1.988, Rec. 1.988, pág. 843) y el asunto C-116/86, *Comisión c/ Italia*, STJCE de 3 de marzo de 1.988, Rec. 1.988, pág. 1323, en la misma línea.

401 La sentencia recaída en el caso C-261/98, *Comisión c/ República portuguesa*, del TJCE, de 13 de julio de 2.000, Rec. 2.000, pág. 0, entendió que Portugal no había transpuesto adecuadamente la Directiva 76/464/CEE del Consejo, de 4 de mayo de 1.976, sobre contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático, al no haber establecido los programas de reducción de la contaminación de las aguas que contengan objetivos de calidad para la reducción de los contaminantes enunciados en la Lista II del Anexo de la misma. De su párr. 21º se desprende, *contrario sensu*, que si los acuerdos voluntarios celebrados entre autoridades y asociaciones industriales no fueran escasos y dispersos, y fijaran claros objetivos de calidad al respecto, podrían haberse enjuiciado su aptitud como medio de cumplimiento de la obligación de adaptación del derecho interno a las directivas comunitarias, ex art. 249, párr. 3º TCE.

Como cláusula de cierre de la hipótesis, el TJCE siempre puede entender que algún precepto de la directiva ha sido insuficientemente transpuesto a través del acuerdo, en atención, eso sí, al grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada (caso C-392/93, *The Queen c/ H. M. Treasury, ex parte British Telecommunications plc.*, sentencia del TJCE de 26 de marzo de 1.996, Rec. 1.996, pág. I-1.631).

## E. El empleo de los acuerdos o convenios voluntarios propiamente comunitarios

### a). Acuerdos celebrados y requisitos

Se trataría ahora de analizar la viabilidad de acuerdos celebrados entre la UE y determinados sectores industriales. En puridad, no podemos hablar de los acuerdos como instrumentos de política comunitaria, como pueden serlo las directivas o los reglamentos. Constituyen, más bien, medidas que crean un marco bilateral entre la Comunidad y determinados sectores industriales con problemas de contaminación. La posibilidad de llegar a entendimientos voluntarios en la esfera comunitaria ha sido expresamente recogida en el capítulo VII de la Comunicación de la Comisión de 1996.

En principio, no cabe la existencia de acuerdos vinculantes de índole comunitaria: a todo lo más que se podrá llegar es a acuerdos voluntarios no vinculantes, de los que se han firmado diez, o a compromisos unilaterales de las empresas. Éstos últimos han sido o fomentados (por ejemplo, la Resolución 88/C/285/01 del Consejo, relativa a la limitación de clorofluorocarbonos y de halones, que fue seguida por sendas recomendaciones de la Comisión sobre la industria de los aerosoles<sup>402</sup>, la industria de la espuma de plástico<sup>403</sup> y la industria de la refrigeración<sup>404</sup>) o reconocidos (verbigracia, la firma de la Carta sobre productos químicos<sup>405</sup>) por la Comisión. Este último tipo de acuerdos también entra, según la definición dada por la Comunicación de la Comisión de 1.996, en la categoría de acuerdos voluntarios.

También ha llegado a compromisos voluntarios la Asociación de productores de policloruro de vinilo (PVC) europeos (E.C.V.M.), en 1.995 y 1.998, para la reduc-

\*\*\*\*\*  
<sup>402</sup> Recomendación 89/349/CEE, de 13 de abril, DOCE L 144/56, de 27.05.1.989. Como tercera recomendación a los fabricantes comunitarios de aerosoles se les exhortaba a la inclusión en sus productos de la etiqueta "contiene CFC 11 (12, 113, 114 ó 115) destructor del ozono", para desincentivar a los consumidores a utilizarlos.

<sup>403</sup> Recomendación 90/437/CEE de 27 de junio, DOCE L 227, de 21.08.1.990, págs. 26-29.

<sup>404</sup> Recomendación 90/438/CEE, de 27 de junio, DOCE L 227 de 21.08.1.990, págs. 30-32.

<sup>405</sup> Suscrita por la Oficina Europea de Uniones de Consumidores (B.E.U.C.) y la Oficina Europea del medio ambiente, a fecha de 27 de octubre de 2.000, y cuyo objeto es la eliminación progresiva de las sustancias químicas persistentes y bioacumulables, el reemplazo de las menos seguras por otras alternativas y un compromiso para finalizar todas las emisiones al medio ambiente de sustancias peligrosas desde ahora y hasta el 2.020.

ción de plásticos CVM y PVC. Además, los fabricantes de PVC, los productores de aditivos para PVC y transformadores de PVC (representados por las asociaciones europeas E.C.V.M., E.C.P.I., E.S.P.A. y Eu.P.C.), firmaron, en marzo de 2.000, un compromiso voluntario sobre gestión integrada del ciclo de vida de ese producto<sup>406</sup>.

Sin embargo, nada obsta a que, en virtud del art. 211 TCE, guión segundo, la Comisión formule recomendaciones o emita dictámenes respecto de las materias comprendidas en el Tratado, si éste expresamente lo prevé o así lo estima necesario la Comisión. Comoquiera que la protección del medio ambiente es una materia comunitaria (art. 174 y ss.), salvando el principio de subsidiariedad, siempre podrá recomendar la suscripción de un acuerdo voluntario no vinculante a escala comunitaria. De todas formas, esa facultad no puede nunca modificar la distribución constitucional de competencias en esta materia realizada por el art. 175 TCE, en el que se deja claro que la potestad legislativa compete al Consejo y al Parlamento, con arreglo al procedimiento del art. 251 (en el que a la Comisión le caben las labores de propuesta), previa consulta del Comité Económico y Social, para la consecución de los objetivos establecidos por el art. 174 TCE<sup>407</sup>.

La primera vez que se planteó la posibilidad de celebrar acuerdos ambientales comunitarios aparece en la Resolución del Consejo de 1.988, donde se recomienda a la Comunidad que se entablaran discusiones para celebrar acuerdos voluntarios de ámbito comunitario (con todas las industrias afectadas) para sustituir o reducir los clorofluorocarbonos y halones en productos tales como los aerosoles. Y, a sabiendas de que en algunos Estados miembros se habían celebrado ya acuerdos voluntarios internos en esta materia, la Comisión llegó también a acuerdos informales con las asociaciones representativas de los sectores de las espumas de plástico<sup>408</sup> y de la industria de la refrigeración<sup>409</sup>.

<sup>406</sup> Para conocer más detalles de este compromiso, puede verse el Libro Verde sobre Cuestiones medioambientales relacionadas con el PVC (COM(2.000) 469 final, de 26.07.2.000), págs. 12 a 14. La UE se plantea la firma de un acuerdo ambiental comunitario al respecto, a pesar de encontrarse con la oposición de las ONGs ambientalistas de la Comunidad, que abogan por la emanación de actos legislativos, temerosas de la incapacidad de la industria del PVC para autocontrolarse y cumplir sus compromisos.

<sup>407</sup> Vid. DRÖLL, P., *Le Droit Communautaire et les Accords environnementaux*, en *Revue Européenne de Droit de L'Environnement*, n.º 2, 1.997, pág. 196.

<sup>408</sup> Tras conversaciones mantenidas con las Federaciones europeas de las industrias de las espumas de plástico (BING, CECED, EPFA, EUROPUR, EUTRAPLAST, EXIBA y PANORAMA INTERNATIONAL), se llegó al acuerdo de disminuir la utilización de clorofluorocarbonos totalmente halogenados, al menos en un 35%, antes de finales de 1.991 y al menos en un 65% antes de finales de 1.993, en relación con el consumo de 1.986, así como al control de los resultados mediante informes, rendimiento de estadísticas y desarrollo de programas de I+D. Este consenso fue trasladado por la Comisión a la Recomendación 90/437 citada.

<sup>409</sup> Con las Asociaciones europeas del sector (AREA, CECED, CECOMAF y RIB), la Comisión negoció la disminución de clorofluorocarbonos totalmente halogenados, al menos en un 25% antes de finales de 1.991 y, al menos, en un 50% antes de finales de 1.993, con relación al consumo de 1.986, así como el compromiso de ir reduciendo gradualmente el contenido de estas sustancias en sus productos.

Como hemos advertido antes, es lógico que no quepa formalizar a escala comunitaria estos acuerdos mediante contratos vinculantes<sup>410</sup>.

En ese sentido, la Comisión considera que acuerdos no coercitivos serían muy adecuados, por ejemplo, en materias complejas o técnicas como la política de reducción de gases de efecto invernadero, de racionalidad en el consumo de electricidad, de fomento de las energías renovables (algo de lo que la comisaria Loyola de Palacio parece querer hacer su política central, para evitar así la dependencia energética –con sus implicaciones económicas evidentes– del petróleo sudamericano, africano y asiático) o de programas de reducción del consumo eléctrico de ordenadores y vídeos en fase de espera<sup>411</sup>. En estos casos, se trataría de obligaciones voluntarias o de consensos previos a integrar en normas jurídicas comunitarias<sup>412</sup>. En ambos

410 Como reza el epígrafe 41, por el momento la Comisión tiene que recurrir a este tipo de acuerdos no vinculantes (reconocidos o fomentados, o mediante canjes de notas, cartas de intenciones, declaraciones firmadas en presencia de algún miembro de la Comisión, etc.), ya que, aunque suele firmar contratos de acuerdo a la legislación de cada Estado miembro, tales no son, en puridad, medidas de aplicación de políticas comunitarias, como lo son, exclusivamente, las directivas, los reglamentos y las decisiones. Según LEFÈVRE, P., *Voluntary Agreements in EU Environmental Policy: Critical Review and Perspectives*, CAVA Working Paper nº. 2.000/2/7, agosto 2.000, pág. 7, se han suscrito 10 de acuerdos voluntarios ambientales comunitarios: seis de ellos antes de la Comunicación de la Comisión de 1.996, y cuatro después. Esos cuatro son los suscritos con la A.C.E.A., la J.A.M.A. y la K.A.M.A., sobre reducción de emisiones de CO<sub>2</sub> de vehículos de pasajeros nuevos, más la adopción del Código A.I.S.E. en materia de detergentes y jabones de uso doméstico, que veremos más adelante. Según el autor (pág. 11), está en ciernes la firma de sendos acuerdos comunitarios con C.E.F.I.C. (European Chemical Industry Council) y F.E.C.C. (European Association of Chemical Distributors), para la aplicación anticipada de algunas de las previsiones de la Convención de Rotterdam de 1.998 sobre el procedimiento consentido informado y anticipado de determinadas sustancias químicas peligrosas y pesticidas en comercio internacional.

411 Al estilo de los ya exitosos programas *Star* de los EE.UU., que veremos más adelante. De todas formas, en esta línea, la ausencia de acuerdos por sectores ha sido suplida por las empresas más inquietas desde el punto de vista ambiental por programas o códigos de conducta propios. Así, la empresa Philips, con su programa "Green T.V.", lanzado a inicios de los noventa, reduce en un 98% la energía en fase de espera y en un 30% en fase operativa. También se ha reducido el uso de energía mediante la autorregulación empresarial en electrodomésticos como los frigoríficos y lavadoras, en un 97% y un 75%, respectivamente, en los últimos 20 años. Datos facilitados por Electrolux, en el "Discussion paper" de la UNICE, de julio de 1.999, ya citado. La UNICE se muestra enteramente favorable al uso de "negotiated agreements", o acuerdos voluntarios suscritos entre una empresa y la Administración, así como también al uso de "voluntary agreements", o códigos de conducta creados por las propias empresas como programas de mejora ambiental, como el de Philips aquí citado. Existen acuerdos, pues, referidos a televisores y vídeos, así como a las lavadoras domésticas. Cfr. COM(1.999) 120, final, en la que se estudia el uso posible de acuerdos voluntarios para reducir el consumo de energía de los equipos electrónicos dirigidos al público en general. Aprobada por la Comisión el 15 de marzo, se inscribe en el programa SAVE de ahorro energético (Decisión 96/737/CEE del Consejo, relativa a un programa plurianual en la Comunidad (SAVE II), DOCE L 335, de 24.12.1.996 y Bol. 12-1.996). A ese objetivo de eficiencia apunta el empleo de los acuerdos negociados entre la Comisión y los fabricantes, como el ya formalizado con los productores de vídeos y televisores, así como el empleo de etiquetas distintivas de la eficiencia energética. Las pérdidas de energía eléctrica aumentan el consumo de CO<sub>2</sub> en la fase de espera. Abordando estas pérdidas mediante acuerdos, la Comisión prevé en esta Comunicación que se podría conseguir un ahorro de 39 TWh de electricidad, lo que representaría una reducción de emisiones de 21 millones de toneladas desde ahora al 2.010.

412 Cfr. Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema "Acuerdos sobre medio ambiente" (97/C 287/01), aprobado el 28 de mayo de 1.997, punto 5.3. Para el Comité, los acuerdos voluntarios deberían plantearse, incluso, a escala extracomunitaria o internacional. Como ejemplo podría ponerse la reducción global de emisiones de gases de efecto invernadero.

En otra dirección, la Propuesta de directiva del Consejo relativa a los vehículos para desguace [COM(97) 358, final, DOCE de 09.07.1.997, 97/0194 (SYN)] está basada en un informe elaborado entre nueve Estados miembros y una

casos, posiblemente por las dificultades técnicas encontradas para encontrar sustitutos rentables para las empresas, la Comisión se limitaría sólo a recomendar una serie de objetivos, sin imponerlos de manera compulsoria a través de contratos, y, tal vez, sin usar siquiera acuerdos voluntarios de escala comunitaria.

Como cautela general, la Comisión y el Consejo (en sus pronunciamientos de 1996 y 1997, respectivamente, sobre acuerdos voluntarios) entendieron que su empleo en el ámbito comunitario era materia demasiado sensible como para pre-juzgarla en su totalidad, y dejaron abierta esa posibilidad cuando caso por caso así lo entendiera la Comisión. Al tratarse de una intención de futuro, se hace preciso que la Comisión siga trabajando al respecto para establecer un marco jurídico mejor al respecto, que aún estamos esperando.

Tanto el Consejo (en su Resolución de 19-20 de junio de 1.997) como el Parlamento (en la Resolución de julio de 1.997) tratan escasamente el tema. Ambos se limitan, *in fine*, a invitar a la Comisión a que establezca una regulación acerca de los acuerdos en el ámbito comunitario. Así, se ha propuesto desde la doctrina, que se otorgue a la Comisión una directrices habilitadoras para la firma de acuerdos a escala comunitaria, solución bastante más racional que la que supondría que el Parlamento y el Consejo le otorgaran un mandato para cada caso concreto<sup>413</sup>.

Abundando en ello, el Parlamento estima, en dicha Resolución, que estos acuerdos carecerán, por lo general, de efectos vinculantes (dada la imposibilidad de conformarlos como contratos, y, por ende, de otorgarles certeza jurídica o de estipular sanciones en caso de incumplimiento y de recurrir al TJCE para forzar su cumplimiento)<sup>414</sup>.

treintena de asociaciones comunitarias (industriales, ONGs y de consumidores), con base en el que algunos de esos Estados negociaron acuerdos-marco con la intención de mejorar los sistemas de recolección y reutilización de los materiales de los vehículos usados, por ejemplo. La propuesta de directiva, sin embargo, ha marginado los sistemas voluntarios estatales, en un claro ejemplo de descoordinación o marginación de la política de acuerdos. Así, en el punto 6 de su Introducción dice expresamente que:

"El gran número de partes interesadas hace impracticable el recurso a acuerdos voluntarios como instrumento general para la aplicación de la presente Propuesta. Por otra parte, sólo un marco común europeo de obligado cumplimiento evitará que surjan iniciativas diversas a escala nacional, lo que podría dar lugar a unos costes totales más elevados para la economía y a distorsiones del comercio y la competencia."

<sup>413</sup> Cfr. JORGENSEN, J., *Voluntary Agreements and other voluntary Measures as elements in EC environmental Policy*, Conference on "Governing our environment", Copenhage, 17-18 diciembre de 1.994, pág. 13.

<sup>414</sup> Aunque, como bien recuerda DRÖLL, P., *Le Droit Communautaire et les Accords environnementaux*, en *Revue Européenne de Droit de L'Environnement*, n.º. 2, 1.997, pág. 198, el hecho de que el art. 189 TCE (actual artículo 249) no recoja entre las normas vinculantes (esto es, reglamentos, directivas y decisiones) a los contratos no quiere decir que esa enumeración sea taxativa. En efecto, a lo largo del TCE existen preceptos en los que se da valor vinculante a los informes (art. 104 C, 3, relativos a los excedentes de déficit) o a los programas (art. 54, 63, 130 R, 3, por ejemplo). Por tanto, un contrato sólo sería invalidado si fuera en contra de las disposiciones generales de los Tratados o de los principios generales de derecho en él insitos.

Finalmente, la Comunicación 2.002/412 de la Comisión ha concretado de manera definitiva los objetivos, procedimientos y requisitos que deben concurrir en los acuerdos voluntarios que se celebren a escala comunitaria. Se trata de un documento esencial que nace con la sana intención de establecer las garantías y límites de carácter público que han de imponerse en su celebración, frente a cualquier tentación de convertir el instrumento en una herramienta privada al servicio de la empresa o sector implicado<sup>415</sup>. A raíz de esta Comunicación, ha quedado clarificada la voluntad de la Comunidad de fomentar este tipo de acuerdos<sup>416</sup>. Entre los muchos logros de esa Comunicación está el haber concretado los procedimientos de “legalización” de estos acuerdos, a través de su “reconocimiento” mediante comunicación o de su inclusión en una Directiva. Pone énfasis, además, en la necesidad de publicar en el Diario y en la página web de la Comunidad todas las opiniones y propuestas de acuerdos que lleguen a la Comisión, y en el carácter no vinculante de estos acuerdos y su carácter “secundum legem”, ya que deben limitarse a concretar las normas comunitarias vigentes o a innovarlas y mejorarlas (en éste último caso, requiriendo un refrendo oficial de la Comisión).

En la línea de la no vinculatoriedad se mueven los acuerdos voluntarios a escala europea por ahora existentes. Citemos, por su importancia:

a. El acuerdo celebrado en julio de 1.998 entre la Comisión Europea y A.C.E.A. (Asociación Europea de Constructores de Automóviles), cuyo objeto era la reducción de las emisiones de CO<sub>2</sub> de los coches de particulares, y que recogía, en gran parte, los objetivos de la estrategia comunitaria para reducir las emisiones de CO<sub>2</sub> de los automóviles de pasajeros y para mejorar la economía de los combustibles<sup>417</sup>. A.C.E.A. se compromete a conseguir una disminución de 140g/Km. para los coches nuevos vendidos en la UE hasta 2.008, lo que implica un 25% menos en comparación con los valores de 1.995. El acuerdo se enmarca dentro de la política de la UE de reducción de los gases de efecto invernadero, derivada del compromiso contraí-

415 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones - Acuerdos medioambientales a nivel comunitario en el marco del Plan de acción “Simplificar y mejorar el marco regulador”. (COM/2002/0412 final).

416 Esa voluntad ha quedado refrendada por el Comité Económico y Social, que, por Dictamen, ha aprobado por 98 votos a favor y dos abstenciones la referida Comunicación (2.003/C 61/23, publicado en DOCE C61/142, de 14 de marzo de 2.003).

417 Expuesta en COM(95) 689. El acuerdo ha sido integrado en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, titulada “Aplicación de la Estrategia comunitaria para reducir las emisiones de CO<sub>2</sub> de los automóviles: un acuerdo ambiental con la industria europea del automóvil”.

418 No predica, por tanto, con el ejemplo. Si recordamos, en la Comunicación de 1.996, la Comisión pedía que, allí donde fuera posible, los acuerdos sirvieran para paralizar la capacidad de las Administraciones de emanar reglamentos en la materia. No obstante, como también recordaban el Consejo y el Parlamento, esto era harto improbable a escala comunitaria.

do en el Convenio marco sobre el Cambio Climático, firmado en Río de Janeiro en junio de 1.992.

El acuerdo (*commitment*), se esfuerza por integrar el contenido que, para los acuerdos voluntarios, exigía la Comunicación de la Comisión de 1.996. Entre ellos, el establecimiento de objetivos intermedios (tales como la consecución de emisiones, por parte de algunas marcas constructoras, de 10g/Km., a fecha de 2.000), el establecimiento de un sistema de reportaje de datos anuales sobre el cumplimiento del acuerdo, por parte de la Comisión y la A.C.E.A. al Consejo y Parlamento europeos, la expresión de que el acuerdo no limitará en ningún sentido la capacidad de la Comisión de iniciar medidas legislativas durante su vigencia<sup>418</sup>, la posibilidad de su revisión y lo razonable de acuerdos con empresas manufactureras de vehículos a motor no representadas dentro de la A.C.E.A.<sup>419</sup>.

b. El acuerdo europeo sobre un Código de Buenas Prácticas Ambientales para Detergentes de Uso Doméstico, también conocido como Código A.I.S.E.<sup>420</sup>. Este Código intenta establecer unos baremos de mejora continua en la producción de detergentes y jabones domésticos, así como estimular a los consumidores a una utilización más adecuada de estos productos mediante la puesta a su disposición de instrucciones de uso ambiental de los productos. Las empresas que suscribieron este acuerdo se comprometían a alcanzar determinados objetivos, a fecha de 1 de enero de 2.002, en relación con los valores de 1.996<sup>421</sup>.

El Código que formalizado a través de la Recomendación de 22 de julio de 1.998, adoptada por la Comisión, relativa a Prácticas respetuosas del medio ambiente aplicables a los detergentes domésticos<sup>422</sup>. Con esta transfiguración en norma se consigue el efecto de extender el Código a ese 10% restante de empresas no representadas en la A.I.S.E.

<sup>419</sup> Es por esto por lo que se están entablando negociaciones con importantes empresas extranjeras que comercializan en Europa sus vehículos, como las japonesas (con las que se ha firmado ya un acuerdo, celebrado con la J.A.M.A., o Asociación japonesa de Fabricantes de Automóviles) o coreanas (a través de la K.A.M.A., o Asociación coreana de Fabricantes de Automóviles). Estos dos acuerdos se suman al ya citado con la A.C.E.A. También existen indicios de acuerdos con la representación europea de la marca norteamericana Chrysler.

<sup>420</sup> *Association Internationale de la Savonnerie, de la Détergence et des Produits d'Entretien*. En esta organización están representados el 90% de los productores de jabón y detergentes comunitarios. Participaron también en las conversaciones previas a la Recomendación 89/542/CEE, de la Comisión, de 13 de septiembre de 1.989 (DOCE L 291/55, de 10.10.1.989), relativa al etiquetado de detergentes y productos de limpieza.

<sup>421</sup> A reducir en un 5% la cantidad de energía necesaria para el uso de estos productos en cada ciclo de lavado; a reducir en un 10% el peso de los detergentes consumidos por persona; a reducir en un 10% el peso de los envases usados en esta industria, y a reducir en un 10% el peso de detergentes poco biodegradables usados por cada persona.

<sup>422</sup> Notificada con el número C(1.998) 2.163, DOCE L 215 de 01.08.1.998, págs. 73 a 75.

No obstante la fulgurante estela de optimismo que imprimen estos acuerdos en el ánimo de las empresas que los han negociado *vis á vis* con la Comisión, existen algunas dudas de sus auténticas ventajas, centradas en la mediocridad de los objetivos consensuados<sup>423</sup>. Algo que sí se tiene claro es que **se descarta el empleo de acuerdos de escala comunitaria cuando el número de partes o empresas privadas con las que convenir es demasiado amplio, y cuando la competencia no es directa sobre la materia, en aras del principio de subsidiariedad**<sup>424</sup>.

A pesar de ello, la actividad negociadora de la UE continúa. Se espera que pronto se firmen más acuerdos a escala comunitaria: entre otros, los derivados del Programa Auto-Oil, negociado entre la Comisión, el Parlamento, y las compañías manufactureras de automóviles y refinadoras de petróleo europeas, encaminado a reducir las emisiones de los coches y a mejorar la calidad de los combustibles, que veremos más adelante.

## b). Conclusiones

a). La celebración de acuerdos voluntarios a escala comunitaria se antoja complicada y rara. Se trata de un caso de administración directa, que pone en contacto a la Comunidad con sus ciudadanos. El principio de subsidiariedad lleva a la lógica de que sólo se firmen acuerdos a escala comunitaria cuando con ello se atiendan mejor los fines ambientales, lo que ocurrirá en ocasiones contadas y para casos muy centralizados<sup>425</sup>;

423 Así, el doctor Christian Hey, director de Política ambiental comunitaria de la Oficina Europea del medio ambiente (*European Environmental Bureau*) en Bruselas, ha expresado sus reservas acerca de ambos acuerdos, tachándolos de "intercambio injusto". Esta organización, que integra a numerosas ONGs de contenido proteccionista, defiende un uso más moderado de los acuerdos (mucho más que el que proponía, por ejemplo, la U.N.I.C.E., por causas lógicas). En su opinión, las metas a alcanzar son poco ambiciosas; las condiciones impuestas al legislador europeo demasiado altas como para que puedan ser compensadas por la industria; desproporcionada la facultad que se le permite a ésta de revocar sus compromisos durante la vigencia del acuerdo (dada su no vinculatoriedad); los mecanismos de monitorización escasos, etc. El argumento central de sus críticas trae causa de la propia esencia de las instituciones comunitarias: la fragmentación y debilidad estructural de la Administración comunitaria la hacen débil como negociador a la hora de firmar un acuerdo. A la vez, considera que la tendencia desreguladora que persigue la UE desde su V Programa de Acción la ha llevado a utilizar los acuerdos como sustitutivos de la regulación (algo, recordamos, fomentado por la Comunicación de 1.996 sobre acuerdos voluntarios) en lugar de como aplicadores de ésta. Aboga, por último, por una directiva sobre acuerdos voluntarios que establezca un marco adecuado y obligatorio para la firma de acuerdos ambientales. Cfr. HEY, C., *Voluntary agreements - a good substitute for EU environmental legislation? 4 arguments*, CAVA Working paper n.º. 2.000/2/21, págs. 4-6.

424 Así lo disponía expresamente los apartados 6 y 51 de la propuesta de directiva del Consejo relativa a los vehículos para desguace (COM(97) 358, final, de 09.07.1.997), presentada por la Comisión, que, en cambio, sí permite, como ya hemos comentado, la aplicación de determinados preceptos de la misma mediante acuerdos voluntarios de escala estatal. Hoy es la Directiva 2.000/53/CE.

425 Cfr. HELBY, P., *Voluntary agreements, implementation and efficiency. European relevance of case study results. Reflections on transferability to voluntary agreement schemes at the European level*, VAIE Program, abril de 2.000, págs. 8 y 15. En una línea general de cautela, el profesor sueco considera que es difícil traspasar los éxitos nacionales de los acuerdos a una escala europea, lo que sólo podrá realizarse si se lleva a cabo un cambio profundo en la burocracia y cultura administrativa comunitaria, que la impulse a negociar sin remordimientos. Por otro lado, pocas empresas se plegarán a los designios comunitarios a no ser que existan fuertes incentivos económicos para ellas.

b). Sin embargo, la lista de acuerdos ya suscritos a este nivel revela que tal cosa es posible, sobre todo en sectores secundarios, en que son pocos los agentes industriales implicados, si están bien representados por los agentes negociadores y si la Comisión ha preparado antes el terreno para llegar a un acuerdo, para lo cual deberá contar con un mandato expreso del Consejo y del Parlamento, de una habilitación genérica prestada por una norma (directiva, reglamento, decisión) al efecto o, cuanto menos, si ella misma ha aprobado una previa recomendación en la materia.

c). En otros sectores de mayor relevancia, la firma de acuerdos a escala comunitaria sigue siendo una incógnita, aunque la UE tiene atribuidas competencias suficientes en sede de medio ambiente para ello. Para estos casos, entendemos que la Comisión precisará una mención expresa en el TCE o de una habilitación genérica.

### c). Perspectivas de futuro

A primeros de 2.000 la Comisión Europea encargó la elaboración de la versión inicial de Propuesta para establecer un marco jurídico sobre acuerdos voluntarios comunitarios<sup>426</sup>, cuya adopción por la Comisión estaba prevista para septiembre de 2.000, pero que aún está por ver la luz. Según LEFÈVRE<sup>427</sup>, se tratará de un esquema público de adhesión voluntaria, a adoptar sobre la base del art. 175.1 del TCE y que fijará el contenido de los acuerdos, y los procedimientos para su notificación, negociación y decisión final de la Comisión para suscribirlos. Con ello se quiere acabar con la inseguridad jurídica y la alegación en la que está sumido este tipo de acuerdos comunitarios.

WÄGENBAUR ha apostado por su viabilidad, entendiendo que los acuerdos ambientales de escala comunitaria pueden ser válidos cuando el número de partes sea reducido y las soluciones a las que llegar estuvieran delimitadas previamente por las partes. Pone el ejemplo del caso *Brent-Spar*, de 1.995, en el que la ONG *Greenpeace* logró evitar que la petrolera *Shell* instalara una plataforma petrolífera en alta mar, sin que norma comunitaria alguna se lo impidiese. La adhesión de la opi-

<sup>426</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité económico y social y al Comité de las Regiones- Programa de Trabajo de la Comisión para 2.000, COM(2.000) 155, final (DOCE de 09.02.2.000). Véase la pág. 8 del Anexo, el programa n.º 2.000/084. Caso de que prospere, el Parlamento lo aprobará, probablemente, por el sistema de codecisión, una vez adoptado oralmente por la Comisión. A ese futuro marco normativo hacen referencia las Comunicaciones 2.000/265, final y 2.000/469, final, de 03.05.2.000 y 26.07.2.000, sobre industria extractiva no energética de la UE y sobre el Libro Verde de las cuestiones medioambientales relacionadas con el PVC, respectivamente, en sus puntos 3.1.3 y 5, también respectivamente.

<sup>427</sup> Cfr. LEFÈVRE, P., *Voluntary Agreements in EU Environmental Policy. Critical Review and Perspectives*, CAVA Working Paper n.º 2.000/2/7, agosto 2.000, pág. 12. La necesidad de regular los acuerdos voluntarios mediante legislación vinculante (directiva, deseablemente) ha sido sentida desde principios de los noventa.

nión pública fue tal que la compañía tuvo que dar marcha atrás a sus planes. Pues bien, para estos casos excepcionales, un acuerdo entre la Comisión y la empresa delimitando las condiciones de instalación hubiera sido más correcto, pues hubiera protegido los intereses de ambas partes<sup>428</sup>.

También de ámbito comunitario será el sistema de intercambio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, que veremos más tarde, y cuya puesta en marcha provocará un impacto de primera magnitud en el trazado de la futura política comunitaria de medio ambiente.

Dada la indefinición de la forma jurídica que podrían adoptar los acuerdos ambientales comunitarios que se puedan suscribir en el futuro, se podría pensar en reconducir los acuerdos voluntarios ambientales de escala comunitaria por medio del recurso a figuras de consenso dentro del Consejo de Ministros de la UE:

– La figura de los convenios europeos, recogida en el art. 34, 2, d) TUE, podría ser una de ellas. En puridad, se trata de un instrumento de cooperación para la consecución de objetivos de la Unión, impulsado por los propios Estados o por la Comisión, y que habrán de ser adoptados por unanimidad por el Consejo, quien, posteriormente, recomendará su adopción a cada Estado de acuerdo con sus normas constitucionales<sup>429</sup>.

– También podrían serlo los acuerdos convenidos por los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, medidas que pueden tomarse para el buen desarrollo de las Comunidades y que, por ser de competencia parcial o total de los Estados (la protección del medio ambiente lo es), no pueden ser abordadas por instrumentos puramente comunitarios<sup>430</sup>. En estos casos, se trataría de acuerdos vinculantes, a no ser que se prevea expresamente lo contrario.

428 Añade WÄGENBAUR, R., *Les nouveaux instruments de la politique communautaire de l'environnement. Alternatives à l'approche réglementaire*, en la obra colectiva *Le Droit communautaire de l'Environnement*, Editorial La Documentation Française, París, 1.998, págs. 124 y 125, que, si bien la Comisión ha sido lo suficientemente ingeniosa para atraerse competencias sobre determinadas materias clave, para la protección del medio ambiente a través de acuerdos comunitarios ha pecado de exceso de modestia.

429 Se nos antoja como un traje adecuado para la firma de acuerdos comunitarios ambientales, ya que tienen en cuenta tanto la faceta de uniformización de objetivos, como la de las especialidades constitucionales y administrativas de cada país. La excepcionalidad de su uso está acorde con el escaso empleo de los acuerdos ambientales a escala comunitaria. Estos convenios, una vez hayan sido adoptados por la mitad de Estados miembros como mínimo, entrarán en vigor para estos últimos. Las medidas de aplicación de los convenios se aprobarán en el seno del Consejo por mayoría de dos tercios de las Partes Contratantes.

430 Acuerdos que tienen naturaleza, como señala ISAAC, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, Ariel Derecho, 5ª edición actualizada, Barcelona, 2.000, pág. 218, de actos convencionales interestatales. Se adoptarían por unanimidad y por el conjunto de los ministros, a propuesta de la Comisión y previa consulta del Parlamento. Cada Estado, al consentir, deberá notificar a la Secretaría General del Consejo que no se necesita procedimiento nacional alguno para aplicarlo, siendo suficiente con la firma del acuerdo para vincular al Estado. Son vinculantes, salvo que se tome la precaución expresa en contrario, como fue el caso del acuerdo, de 5 de marzo de 1.973, de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo relativo a la información de la Comisión y de los Estados miembros para una eventual armonización, en el conjunto de las Comunidades de las medidas de urgencia relativas a la protección del medio ambiente, DOCE C 009, de 15.03.1.973, págs. 1-2, adoptado como mero pacto de caballeros (*gentlemen's agreement*).

– Las tomas de posición de la CE, adoptadas de común acuerdo por los Estados miembros, que se diferencian de los anteriores por tener carácter puramente orientativo, no vinculante, y que se articulan como actos mixtos: emanados del Consejo y de los Estados en él representados, por afectar a competencias tanto de la CE como de éstos. Ésta ha sido la vestidura que tuvo, verbigracia, el primer programa comunitario sobre medio ambiente, de 1.973. ¿Por qué no emplearla para firmar un acuerdo comunitario, cuando no se quiere hacer vinculante y de manera previa a la adopción de una directiva o reglamento sobre la materia, por ejemplo?

Por último, anotar que también en otros ámbitos no ambientales se ha patrocinado el empleo de acuerdos a escala comunitaria<sup>431</sup>.

### 3. SOBRE LA PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA HIPOTÉTICA INCOMPATIBILIDAD DE LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS CON EL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA

Gran parte del éxito de los acuerdos voluntarios como herramienta de política ambiental santificada por los Estados miembros depende de la conformación de un correcto y común marco jurídico en toda la Unión Europea. Más aún, dada la natural indefinición en que se mueven los nuevos instrumentos ambientales, una delimitación negativa de la materia se nos antoja aún más importante.

El investigador intuye cierto desfase o tensión entre el empleo (alegal, las más veces) de esta herramienta a escala estatal y las obligaciones impuestas por el Derecho Comunitario en general, que se van haciendo evidentes al profundizar en el estudio. También entre la exigencia de un mercado libre de obstáculos y restricciones y la filosofía, introducida por el Acta Única Europea, de integrar las consideraciones ambientales en el resto de las políticas de la Comunidad<sup>432</sup>.

<sup>431</sup> Por ejemplo, en política social, el Acuerdo sobre política social celebrado entre los Estados miembros de la Comunidad Europea a excepción del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (DOCE C 224/127, de 31.08.1.992), prevé, en su art. 4, la posibilidad de que los interlocutores sociales puedan dialogar directamente con las autoridades comunitarias, y que tal colaboración pueda conducir, si así lo deciden, al establecimiento normas (decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión), o al establecimiento directo de relaciones convencionales (acuerdos), proceso éste para el que dispondrán de 9 meses como máximo (art. 3.4). Cada Estado miembro podrá desarrollar conforme a su propia normativa el contenido de esos convenios de escala comunitaria, sin que tenga que estar obligado a aplicarlos directamente, tal como dispone la segunda declaración de las once partes contratantes (incluida en el documento comentado).

<sup>432</sup> Cfr. REHBINDER, E., *Environmental Agreements. A New Instrument of Environmental Policy*, European University Institute, Jean Monnet Chair paper RSC n.º 97/45, pág. 11, para quien esta tensión es algo más que eso, una incongruencia. Este destacado autor alemán critica la, para él, tendencia de las autoridades comunitarias a dejar pasar los acuerdos sin aplicarles el filtro *antitrust*. A pesar de que no se muestra favorable a ello, reconoce que lo contrario, siendo escrupulosos, supondría acabar con los acuerdos ambientales.

Varios son los diques que contienen la crecida de la marea voluntarista en los campos de la administración ambiental comunitaria. Aquí vamos a intentar tratarlos todos de manera somera (al no ser éste el objeto de nuestro estudio), pero suficiente para dar noticia de las cuitas que embargan el ánimo de los iuspublicistas europeos –y el propio– en relación con los acuerdos o convenios voluntarios, determinando el alcance de las mismas.

### A. Conformidad o disconformidad de los acuerdos voluntarios intraestatales con la normativa comunitaria sobre ayudas estatales a favor del medio ambiente

Partimos del dato de que muchos acuerdos ambientales celebrados en el ámbito de la UE tienen una estructura sinalagmática (planteando un “do ut des”) en la que la Administración acepta la mejora ambiental consensuada por la empresa a cambio de ciertas ayudas económicas por ella otorgadas<sup>433</sup>.

Debemos, por tanto, examinar la conformidad del régimen de concesión de estas ayudas bajo el prisma de la sección segunda del capítulo primero del Título VI TCE (“Normas comunes sobre Competencia, Fiscalidad y Aproximación de las Legislaciones” –antiguo Título V–), que trata el régimen de las ayudas otorgadas por los Estados en el marco de las normas de la competencia de la Comunidad<sup>434</sup>.

Y así, el artículo 87 (antiguo art. 92) del Tratado declara la incompatibilidad con el mercado común, en la medida en que afecten a intercambios comerciales entre Estados miembros, de 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.

En general, están excluidas del ámbito del art. 87, y se entienden que no afectan al comercio entre los Estados miembros ni falsean o amenazan la competencia, aquellas ayudas de cuantía menor a 100.000 euros (16.638.600 ptas.) acumuladas por la misma empresa durante un lapso de tiempo de tres años<sup>435</sup>.

433 Por supuesto, que otros tantos no siguen este esquema prestacional. Existen, así, acuerdos basados en la amenaza de una normativa administrativa futura o en sanciones, o en la promesa de no reglamentar la materia, o, más aún, sin contraprestaciones administrativas.

434 Por supuesto, que se sobreentiende un concepto lato de “Estado”, como equivalente, en general, a cualesquiera Administraciones competentes (las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales, por ejemplo, en España).

435 Constituyendo las llamadas ayudas *de minimis*. Cfr. art. 2.2 del Reglamento 69/2.001 de la Comisión, de 12 de enero de 2.001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas *de minimis* (DOCE L 10, de 12.01.2.001), salvo que se trate de ayudas para el sector agrario, pesquero, acuícola o del transporte, que tienen un régimen propio. La compatibilidad de las ayudas concedidas a PYMEs con el art. 87.3 TCE se regula en el Reglamento 70/2.001 de la Comisión, de 12 de enero de 2.001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales a las pequeñas y medianas empresas (DOCE L 10, de 13.01.2.001).

Parece claro que se trata de uno de esos límites impuestos por la normativa ambiental *a posteriori* para los acuerdos voluntarios, esto es, no inicialmente pensados para ellos, ya que estas prescripciones comunitarias acerca de las ayudas estatales fueron establecidas con el Tratado de Roma de 1.957, fecha en la que aún ni se intuía el uso de los acuerdos ambientales como instrumento para el otorgamiento de ayudas para la mejora ambiental.

Huelga decir que el precepto rige para cualquier tipo de ayuda concedida por cualquier Administración y por cualquier medio (ayudas directas, condicionadas, mediante acuerdos voluntarios...) dentro de la esfera geográfica de la UE: ya sean subvenciones, ayudas pecuniarias o en especie, préstamos a bajo interés, exenciones de impuestos, relajamiento en la aplicación de una determinada norma (allí donde sea posible), etc.

Es evidente que estas ayudas pueden favorecer a las empresas con las que se celebran los acuerdos de una manera tal que pueden falsear la competencia, sobre todo si las ayudas concedidas no tienen igual en otros países miembros. Pensemos, por ejemplo, en acuerdos destinados a favorecer la adquisición de tecnología para generar fuentes de energía renovables, o para reducir el nivel de emisiones de la industria del acero. Si no se tomaran las cautelas oportunas parece lógico que se produzcan distorsiones en el mercado interior en relación con aquellas empresas que no las perciban.

La letra c) del apartado 3º del art. 87 TCE parece contemplar una excepción apropiada para permitir el empleo de acuerdos voluntarios basados en contraprestaciones económicas de las Administraciones. Allí se dice que podrán considerarse compatibles con el mercado común las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común. También la letra e), cláusula abierta, ya que entiende lo mismo de “las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión”.

Esta cuestión ha sido desarrollada por las Directrices comunitarias sobre Ayudas estatales en favor del medio ambiente<sup>436</sup>. Estas directrices comunitarias de 1.994

436 Texto pertinente a los fines del Espacio Económico Europeo, 94/C 72/03 (esto es, los países de la UE más Islandia y Liechtenstein). El ámbito de aplicación de estas directrices lo constituirán todas aquellas ayudas concedidas en los sectores regulados por el tratado CE, incluidos los sujetos a normas comunitarias específicas en materia de ayudas estatales (como los de transformación del acero, construcción naval, automóvil, transporte, pesca, fibras sintéticas y agricultura, con la excepción, en este último caso, del ámbito cubierto por el Reglamento (CEE) 2.078/1.992 del Consejo, sobre Métodos de Producción agraria compatibles con las exigencias de la protección del medio ambiente y la Conservación del espacio natural (DOCE L 215, de 30.09.1.992, pág. 85)).

expiraron el 31 de diciembre de 1.999, si bien fueron prorrogadas por la Comisión un año más (DO C 14, de 19 de enero de 2.000 y DO C 184, de 1 de julio de 2.000). Desde entonces está vigente la Comunicación de la Comisión sobre Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente (DOCE C 37, de 3 de febrero de 2.001).

Las reflexiones comunitarias sobre la tendencia a la contractualización de las ayudas estatales a favor del medio ambiente han sido recientemente recogidas en España por PRIETO ÁLVAREZ, especialmente en lo tocante a la agricultura. Nosotros, evidentemente, entendemos que el concepto de ayuda puede dar cabida a formas sinalagmáticas de concesión y que el factor ambiental debe insertarse en la misma *causa donandi*, lo que la haría adquirir naturaleza onerosa, en lo que venimos llamando acuerdos voluntarios<sup>437</sup>.

### 1). La normativa sobre ayudas ambientales en las Directrices de 1.994

Por la importancia que tuvieron en su día y por la influencia que las directrices de 1.994 ejercieron sobre los acuerdos voluntarios, glosaremos brevemente su régimen jurídico. Ya en su Introducción se unen las medidas o “acciones voluntarias” con las subvenciones, en el conocimiento de que la concesión de las mismas contradice el principio “quien contamina paga”<sup>438</sup>.

Las ayudas públicas han sido clasificadas por este documento como:

#### I. Ayudas a la inversión<sup>439</sup>,

<sup>437</sup> Para el autor, se hace necesario retribuir aquellas funciones puramente ambientales de los agricultores comunitarios, de manera que se pueda hablar de un nuevo principio “quien preserva, cobra”. Esta nueva función social de los agricultores les convierte en “colaboradores sociales por servicios al medio ambiente y enmarca sus prestaciones al margen de las ayudas estatales, ya que éstas, en su concepto, son donaciones administrativas gratuitas a fondo perdido, que no esperan una contraprestación por los administrados. Cfr. PRIETO ÁLVAREZ, T., *Ayudas agrícolas nacionales en el Derecho Comunitario*, Marcial Pons-Consejería de Agricultura de la Junta de Castilla y León, Madrid-Barcelona, 2.001, págs. 367-370. Convenimos con el autor en la apreciación de la bondad de las tendencias contractualizadoras en general y en la esencia contractual de expresiones convencionales en la normativa comunitaria sobre ayudas agroambientales como cuando habla de “compromisos” de los agricultores por un determinado tiempo, cuya estabilidad parece demandar este tipo de acuerdos voluntarios. Son convenios con agricultores o asociaciones de agricultores a los que PRIETO relaciona constitucionalmente con el principio de solidaridad colectiva del art. 45.2 CE, al igual que hicimos nosotros al principio de nuestra investigación.

<sup>438</sup> Basado, como sabemos, en la teoría de que quien daña el medio ambiente debe pagar su descontaminación por completo. Las empresas, de acuerdo con este principio, no deberían ser beneficiarias de ayudas de ningún tipo, que se suelen justificar en una etapa transitoria hacia ese objetivo, en un *continuum* en que paulatinamente se vayan integrando los costes ambientales en los precios finales de los productos y servicios ofertados por las empresas en el mercado.

<sup>439</sup> Gracias a esas ayudas las empresas invierten en comprar el equipamiento adecuado para alcanzar los resultados ambientales exigidos.

II. Medidas horizontales de apoyo<sup>440</sup>, y

III. Ayudas de Funcionamiento.<sup>441</sup>

A nosotros nos interesan sobre todo las primeras. Bajo ese nombre se denominan los incentivos que las Administraciones públicas conceden a las empresas para que logren adaptar sus sistemas de producción o productos a los estándares técnicos exigidos en obligaciones jurídicas a ellas impuestas (por medio, por ejemplo, de medidas reglamentarias o acuerdos ambientales voluntarios).

Las directrices dan pie a articular estas ayudas a las empresas como las contraprestaciones administrativas en acuerdos destinados a imponer programas de descontaminación paulatina, a mejorar las prestaciones ambientales por encima de los umbrales exigidos por las normas o a establecerlos cuando no existan o antes de que existan dichas normas.

En general, las ayudas públicas para la protección del Medio se justifican al tener efectos de mejora ambiental que compensan los efectos nocivos para la competencia que pudieren crear. Las ayudas a la inversión concedidas mediante acuerdos voluntarios pueden ser compatibles con los límites impuestos en el art. 87 del Tratado cuando cumplan los siguientes requisitos:

– Cuando tengan por finalidad la reducción o eliminación de la contaminación y otros efectos nocivos;

– Cuando tengan por finalidad la adaptación de los métodos de producción o los productos a ese mismo objetivo;

– Cuando financien exclusivamente el coste financiero adicional necesario para alcanzar dichos objetivos. **Esto es, en ningún momento se permitirán ayudas que cubran la integridad de las medidas de mejora ambiental a emprender por la empresa o aquellas mejoras superfluas, por ejemplo<sup>442</sup>.**

<sup>440</sup> Destinadas generalmente a I+D o a sensibilización del público sobre los problemas ambientales y las etiquetas ecológicas, por ejemplo.

<sup>441</sup> Así llamadas porque van encaminadas a reducir los precios de los productos y servicios de calidad ambiental contrastada, de modo que se aumente su consumo en el mercado. Se trata de beneficiar a PYMES, quienes generalmente sólo pueden compensar las inversiones realizadas en mejoras ambientales subiendo el precio de sus productos. Son medidas temporales para momentos en que la sensibilización ecológica de los consumidores no es lo suficientemente elevada como para premiar el consumo de estos productos por sí mismos, a pesar de su mayor precio. Con estas ayudas se subvenciona en parte éste. Imaginemos, por ejemplo, los sistemas integrados de gestión, establecidos por la legislación española de residuos de envases y de residuos, sufragados por las Administraciones públicas sólo hasta el límite de lo que le costarían los sistemas de recogida normales (no selectivos) de residuos. El resto lo financian las empresas mediante la firma de acuerdos voluntarios.

<sup>442</sup> Como persiste la obligación por parte de los Estados de informar a la Comisión de cada ayuda que concedan, justificando que las posibles alteraciones de las reglas de la competencia y el libre mercado que provocaría la ayuda

De todas formas, como ha interpretado el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, las normas sobre ayudas estatales deben considerarse de manera estricta, sin que normas específicas puedan ser ampliadas por normas generales<sup>443</sup>.

En todo caso, serán válidas las ayudas para campañas publicitarias de sensibilización ambiental y de información, dada su escasa repercusión en la competencia, en el favorecimiento de determinadas empresas sobre otras y su carácter genérico: verbigracia, campañas destinadas a fomentar entre la población el reciclaje, la recogida selectiva de residuos o los productos de agricultura ecológica.

Las ayudas para la adaptación de productos o instalaciones a normas obligatorias serán de un máximo del 15% bruto de los costes<sup>444</sup>. Sólo podrán concederse a aquellas instalaciones que vinieran funcionando desde, al menos, dos años antes de la entrada en vigor de las nuevas normas u obligaciones<sup>445</sup>.

Las ayudas para fomentar que las empresas superen los objetivos de protección ambiental establecidos en las normas podrán llegar hasta un 30% bruto de las inversiones realizadas o por realizar (hasta un 45% en las PYMEs). Las directrices hablan de “un nivel de protección del medio ambiente sustancialmente superior al previsto por las normas obligatorias”<sup>446</sup>.

serán compensadas con las ganancias que conlleven para el medio ambiente. Será pues la Comisión quien, caso por caso, las valide o rechace.

El apartado 3 del artículo 88 del Tratado impone la obligación de informar a la Comisión de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación como para presentar observaciones. Caso de que ésta considerara la incompatibilidad de la ayuda con el Tratado, instará al Estado a que la suprima o modifique en el plazo que ella estime conveniente. Si el Estado no lo hiciere, la Comisión u otro Estado miembro podrá recurrir directamente al TJCE., no obstante lo dispuesto en los arts. 226 y 227 en el mismo sentido y plazos. Como cláusula de cierre, a instancia de cualquier Estado miembro, el Consejo podrá decidir por unanimidad que la ayuda (a pesar de caer en las prohibiciones del art. 87) se considere compatible con el mercado común, cuando circunstancias excepcionales así lo justifiquen. Con esta coletilla se podrían salvar casos, por ejemplo, que y caigan en los supuestos del apartado 87.3 del Tratado, y que contingentemente se estimen contrarios al mercado común.

<sup>443</sup> En el asunto T-150/95, *UK Steel Association (antes BISPA) c/ Comisión*, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de septiembre de 1.997, Rec. 1.997, pág. II-1.433. El asunto traía causa de las ayudas de inversión concedidas por Luxemburgo a la compañía acerera Profil ARBED, por un total del 15% de las inversiones no rentables realizadas por ésta para llevar a cabo su plan de mejora ambiental. A pesar de la inicial compatibilidad de las ayudas con el Tratado UE, declarada por la Comisión, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia anuló tal decisión advirtiendo que las prohibiciones establecidas por el art. 4, letra c) del Tratado de la CECA no podían subsanarse con las prescripciones favorables de las directrices sobre ayudas estatales para la protección del medio ambiente (Texto pertinente a los fines del Espacio Económico Europeo, 94/C 72/03).

<sup>444</sup> Si las beneficiarias fueran PYMEs, ese porcentaje podría llegar hasta el 25%. Las instalaciones nuevas podrán acogerse a este tipo de ayudas, pero la cuantía que cubriría sería aquella equivalente a los costes que implicaría la adaptación de instalaciones antiguas a la nueva normativa. De existir normas comunitarias y nacionales para un mismo tipo de contaminación, la norma que prevalecerá para ser aplicada será la más estricta.

<sup>445</sup> Dentro de este caso estimamos que entrarían las subvenciones concedidas por convenios vinculantes, que crean una obligación jurídica de cumplimiento obligatorio en la empresa.

<sup>446</sup> Los acuerdos basados en la excelencia ambiental de las prestaciones empresariales más allá de las obligaciones normativas dieron pie al nacimiento, por la misma época, en EE.UU., del famoso programa XL (“Excellence and Leadership”), que comentaremos más tarde. Para VAN CALSTER, G. y DEKETELAERE, K., *EU Environmental Policy and Voluntary Agreements: Champers or Shambles?*, Wharton Conference on Environmental contracts and regula-

En lo referente a ayudas para la consecución de objetivos ambientales en ausencia de obligaciones jurídicas, las empresas que realicen inversiones para mejorar sustancialmente sus resultados medioambientales o para equipararse a los de las empresas de otros Estados miembros en los que sí existan normas obligatorias podrán beneficiarse del nivel de ayuda autorizado para superar estas normas, de manera proporcional a los resultados conseguidos<sup>447</sup>. Dentro de este tipo de ayudas caerían, desde nuestro punto de vista, las concedidas en ausencia de normas y mediante acuerdos no vinculantes (ya que, desde el momento en que el acuerdo lo fuera, se entendería que por sí mismo generaría obligaciones jurídicas para la empresa firmante).

## 2). Las directrices de 2.001

Las nuevas directrices comunitarias sobre ayudas estatales a favor del medio ambiente entraron en vigor el 4 de febrero de 2.001 y permanecerán vigentes hasta el 31 de diciembre de 2.007. El espíritu que ha animado la reforma de las directrices de 1.994 se cifra en el paso de un régimen de ayudas amplio a otro más cicatero, más restrictivo, que se justifica en aras de una aplicación plena del principio “quien contamina, paga”. Como expresa el punto 16 de las directrices, se busca que los precios de los productos y servicios reflejen con mayor fidelidad los costes ambientales que han aparecido en su generación. Para una progresiva consecución de esta meta, las propias directrices apuestan por los acuerdos voluntarios y los instrumentos económicos, junto con la reglamentación (punto 10). Se entiende que la apuesta por los acuerdos se hace en la inteligencia de que otorgarán menos o nulos incentivos en forma de ayudas.

Junto a ese vector, otros tres se hacen notar respecto de la normativa anterior: la importancia que la UE otorga al sector energético permite ahora una línea de subvenciones propia para las energías renovables y la producción de electricidad a partir de la cogeneración. Por otra parte, la extrema dificultad que están suponiendo las políticas de reducción de gases de efecto invernadero han hecho mella también en las ayudas públicas a favor del medio ambiente, de modo que se integran en estas

.....  
tory innovation, septiembre de 1.999, draft version, pág. 20, esta cláusula del desarrollo de objetivos preestablecidos por normas es la mejor para habilitar el empleo de ayudas estatales para el fomento de acuerdos voluntarios. Se trataría, aquí, en cierta medida, de acuerdos *secundum legem*, en los que no existen graves problemas de legitimidad.

<sup>447</sup> Cuando un acuerdo establece objetivos ambientales prefijados en las normas y, a la vez, otros objetivos no prefijados en ellas, las cuantías a subvencionar se separarán con los límites aplicables en cada caso.

directrices medidas concretas para favorecer inversiones ambientales de las empresas a tal objetivo. Por último, **si un Estado introduce un impuesto destinado a gravar conductas contaminantes y a proteger el medio ambiente, podrá excepcionar por un máximo de 10 años su sustantividad, gratificando a determinadas empresas y sectores industriales por medio de acuerdos voluntariamente negociados**, debido a la ausencia de armonización en el ámbito europeo o a los riesgos temporales de pérdida de competitividad internacional de determinadas empresas (puntos 47 y 51).

Aunque el ámbito de aplicación de las nuevas directrices es muy amplio (punto 7º), integrando al sector naval, automóvil, fibras sintéticas, transporte, pesca y acuicultura, excluye de su regulación las ayudas agroambientales.

Desaparecen las medidas horizontales, y las ayudas a la inversión para PYMEs destinadas a cumplir las nuevas normas obligatorias ambientales de la UE podrán concederse por un plazo máximo de tres años, cubriendo hasta un 15% de los costes subvencionales. Se mantienen, eso sí, las ayudas que permitan a las empresas superar las normas comunitarias vigentes, y se recoge una nueva línea de ayudas para las empresas que inviertan en cuestiones ambientales de manera voluntaria, cuando no existen normas comunitarias que obliguen a ello. Estas ayudas podrán celebrarse a través de lo que la doctrina anglosajona conoce como convenios negociados (*negotiated agreements*), esto es, suscritos por las Administraciones, como un traje a medida, con una determinada empresa o sector empresarial. Los costes a financiar podrán llegar hasta el 30% de la inversión (punto 29), si bien para el ahorro energético ese monto subirá hasta el 40% (puntos 30–32) y para las PYMES hasta un 10% más (punto 32).

Las ayudas de funcionamiento se mantienen, si bien limitadas a favor de la gestión de residuos y del ahorro energético. Su duración, al ser temporales, está limitada a 5 años y podrán llegar hasta el 100% de las inversiones subvencionales, pudiendo ser decrecientes (las más veces) o crecientes en ese tramo temporal.

## **B. Compatibilidad o incompatibilidad de los acuerdos voluntarios con las disposiciones comunitarias relativas a la libre competencia en el mercado interior**

La libre competencia entre las empresas del mercado único europeo hace tiempo que dejó de ser letra escrita para convertirse en un dogma y pilar fundador del Derecho comunitario. El celo con que la Comunidad vela por su respeto es harto significativo. Y es que puede darse el caso de acuerdos tan amplios que impliquen una elevación tal de la calidad ambiental de algún producto que impida o restrinja el comercio con los

demás países miembros, o de empresas que se queden fácticamente fuera de un determinado mercado por no haber entrado en un acuerdo concreto, que es de firma voluntaria. O el caso de acuerdos que agrupen a la casi totalidad de un sector estatal, al que se impone el uso de una determinada tecnología (con lo que, de hecho, se limitaría enormemente la compra de otra cualquiera proveniente de otro Estado).

También la libertad de cooperación entre empresas está determinada por la exigencia de mantener una competencia efectiva, limitada por la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado (antiguos arts. 85 y 86). **Centrar la compatibilidad de los acuerdos ambientales en el cumplimiento de los arts. 81 y 82 TCE es toda una petición de principios sobre la extrema importancia otorgada a la vertiente económica de la protección del medio ambiente**, lo que, de partida, es ciertamente discutible.

En nuestro parecer, se equivocan aquéllos que examinan la validez de los instrumentos de tutela ambiental (tales como la regulación, las tasas ecológicas o los propios acuerdos voluntarios) con argumentos de pura eficiencia económica. Los intereses generales que subyacen a la defensa y conservación del entorno no son *res commercium* (lo que no implica automáticamente que sean *extra commercium*, ya que cabe, de hecho, la colaboración de las empresas en la consecución de una mejor calidad de vida): en principio, no cabe comercializar de manera absoluta con una determinada opción o política administrativa. De lo que se trata, antes al contrario, es de la integración de la sensibilidad ambiental en la política económica, no al revés.

Claro es que un cierto balance coste-beneficios debe ser un criterio válido para aplicar o no un determinado instrumento de política ambiental en un caso determinado, pero no debe ser el único, y menos otorgándosele rango de criterio general. Si así actuáramos estaríamos llegando a un absurdo reduccionismo que convertiría a la Administración en la pacata servidora del mercado. Ningún instrumento es inadecuado, de partida, para actuar en salvaguardia de la naturaleza: habrá malas leyes o malos acuerdos, malas sanciones y malas licencias para contaminar, según cómo estén diseñadas y su efectividad en el cumplimiento de la labor encomendada<sup>448</sup>.

448 Comparte esta opinión BIEKART, J. W., *New Instruments for Environmental Policy in the EU. Negotiated Agreements in EU Environmental Policy*, EUI Working Papers, RSC n.º. 98/19, Robert Schuman Centre, European University Institute, págs. 20-22. A la luz de la importante experiencia en acuerdos de Holanda, este autor induce ciertas reglas máximas que todos ellos debieran cumplir para ser valorables: ser vinculantes; imponer sanciones; estar insertos en un marco legal predeterminado, si no existente en el momento de la firma del acuerdo, si subsiguiente, con lo que se evitaría el gravísimo problema del *free-riding* (esto es, empresas que se aprovechan de los compromisos de otras empresas y que no suscriben el acuerdo, prevaliéndose de sus logros como propios), que lo suele hacer fracasar, a la larga; permitir un acceso del público a la información manejada en el acuerdo y seguimiento del grado de observancia de sus objetivos.

Y es en esta línea economicista donde se mantiene la Comisión en su Comunicación de 1.996, y también la UNICE (Unión de Confederaciones de Empleadores e Industriales de Europa), en su postura sobre los acuerdos voluntarios<sup>449</sup>.

### a). El artículo 81 TCE

El art. 81 TCE constituye un importante valladar para la firma de los acuerdos voluntarios ambientales, en la medida en que declara nulos de pleno derecho aquellos acuerdos entre empresas o aquellas decisiones de asociaciones de empresas (que suelen ser las contrapartes de la Administración en muchos de ellos, en representación de las empresas integrantes de algún sector económico o industrial) o aquellas prácticas concertadas (acuerdos en general y, por tanto, también los ambientales) que afecten al comercio entre Estados miembros y que tengan por efecto la limitación o control de la producción del mercado o del desarrollo técnico o de las inversiones, o la repartición del mercado o de las fuentes de abastecimiento, sobre todo. Suele referirse este artículo a acuerdos suscritos a una escala intracomunitaria<sup>450</sup>.

En relación con la restricciones que un acuerdo ambiental suponga para la libre competencia, la Comisión, sobre la base de la línea abierta por el TJCE<sup>451</sup>, ha tenido ocasión de establecer unos acuerdos de mínimos (*de minimis*, en latín, terminología generalmente aceptada) que, por la escasa entidad de la afectación que suponen para el mercado, no deberán someterse a las reglas sobre libre competencia del Tratado, y, sobre todo, al art. 81 TCE<sup>452</sup>.

<sup>449</sup> En su "Discussion paper" preparado para la Conferencia multilateral por ella organizada el 15 de julio de 1.999, titulado "Hacia un Desarrollo sostenible. Definición y Aplicación de una nueva Política ambiental comunitaria asociativa", se fija de manera exclusiva en los parámetros de efectividad, coste-beneficios e impacto sobre la competitividad de la industria europea a la hora de valorar la ampliación de los instrumentos de política ambiental en la UE (entre ellos, los acuerdos voluntarios, llamados aquí "negotiated agreements"). Para los empresarios comunitarios, los acuerdos voluntarios deberían permitir que la Administración que los firma no emane reglas durante su vigencia, algo, como sabemos, difícil en algunos Ordenamientos estatales. Para los empresarios, más importante que el carácter vinculante de las cláusulas de los acuerdos es el beneficio mutuo que puedan sacar de los acuerdos tanto las empresas como las Administraciones. En su "Position Paper" 12.21/3, de 18 de marzo de 1.997, sobre la Comunicación de la Comisión sobre acuerdos voluntarios, de 1.996, se muestran muy a favor del instrumento, básicamente por su baratura.

<sup>450</sup> Aunque en el asunto C-89/85 (acumulados C-104, C-114, C-116 y 117 y C-125-9, de 1.985), *Ahlström y otros c/ Comisión*, la STJCE de 27 de septiembre de 1.988, Rec. 1.988, pág. 5.193, cualquier acuerdo celebrado entre empresas que tengan su sede social fuera de la Comunidad y que afecte al comercio entre Estados miembros ha de reputarse sometido también a las restricciones sobre competencia del Tratado. En este caso, las compañías productoras de pasta de papel de Canadá, EE.UU., Suecia y Finlandia (párr. 12) se concertaron para subir los precios en Europa.

<sup>451</sup> Se trataba del asunto C-5/69, *Franz Völk c/ S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*, STJCE de 9 de julio de 1.969, Rec. 1.969, pág. 295, en el que la Corte de Justicia entendió que un simple negocio o trato entre empresas con una débil posición en el mercado, no era suficiente para entender vulnerado el art. 85(1) TCE -actual art. 81-, a pesar de que confiriere protección territorial a las firmantes.

<sup>452</sup> En su *Notice on agreements of minor importance which do not fall under Article 85(1) of the Treaty establishing the European Community* (Noticia sobre acuerdos de menor importancia que no caen bajo el ámbito del art. 85(1)

El concepto de “acuerdos” o “prácticas concertadas”, engloba, en sentido amplio, desde cualquier tipo de contrato o pacto vinculante, hasta meros acuerdos de voluntad tácitos, de los que se deriven ciertos efectos visibles en el mercado<sup>453</sup>.

A pesar de estar referido a las empresas privadas, el TJCE ha tenido ocasión de aclarar que tampoco las autoridades públicas pueden adoptar medidas legislativas que permitan que se mantenga una posición de abuso o dominio del mercado<sup>454</sup>.

Por “empresa”, en el sentido de los arts. 81 y 82, el TJCE ha entendido varias veces que se trata de cualquier entidad que ejerza una actividad económica, esto es, con ánimo de lucro, e independientemente de su organización y forma jurídica<sup>455</sup>.

—actual art. 81— del Tratado constitutivo de las Comunidades Europeas), punto 9º, la Comisión Europea excluye de dicho artículo aquellos acuerdos que supongan la obtención, por parte de las empresas concordantes, de, como máximo, un 5% del mercado de los productos o servicios que comercializan (acuerdos horizontales) y de un 10% si de todo el mercado, en general (acuerdos verticales). Sin embargo, aquéllos acuerdos horizontales que versen sobre fijación de precios o limitación de las ventas o de la producción o sobre el reparto del mercado o de los suministros, y aquéllos acuerdos verticales que tengan por objeto la fijación de los precios de reventa o el otorgamiento de protección territorial a las empresas firmantes o a terceras empresas, siempre serán sometidas a los preceptos del art. 81 actual TCE (punto 10º). Los acuerdos voluntarios alemanes de reparto del mercado de aceites usados atentaban contra la libre competencia (al respecto, vid. la sentencia recaída en el caso C-102/97, *Comisión c/ República Federal de Alemania*, del TJCE de 9 de septiembre de 1.999, Rec. 1.999, pág. I-5.051, párr. 24º).

<sup>453</sup> La jurisprudencia del TJCE sobre el concepto de “prácticas concertadas” y “acuerdos” se contiene, esencialmente, en los asuntos C-48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. c/ Comisión*, STJCE de 14 de julio de 1.972, Rec. 1.972, pág. 619 y C-40/73, *Suiker Unie y otros c/ Comisión*, STJCE de 16 de diciembre de 1.975, Rec. 1.975, pág. 1.663). En el primero de ellos, se definen como “una forma de coordinación entre empresas que, sin tener por qué haber alcanzado una fase en que podría decirse que se ha llegado a un acuerdo, sustituye conscientemente una cooperación práctica entre ellas en atención a los riesgos de la competencia” (párr. 64). En este caso, la Comisión sólo había tenido evidencia circunstancial de las reuniones y acuerdos tácitos de los productores químicos, que habían dado como resultado la elevación de los precios durante algunas semanas. Se aboga, pues, por una conformación informalista de lo que sea acuerdo o concierto, resultando la prohibición más de los resultados de los mismos, esto es: si de ellos derivan condiciones de competencia que no corresponden a las condiciones normales del mercado, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos, el tamaño y número de las empresas y el volumen del susodicho mercado (párr. 66). En el segundo, se reafirma dicha opinión, y el Tribunal sostiene que no hay necesidad de probar la existencia de un plan o acuerdo actual entre las partes. Basta tener constancia de la existencia de contactos, estableciéndose una especie de presunción de que si han existido es que ha habido concierto o pacto.

<sup>454</sup> Y así lo dejó sentado desde la sentencia recaída en el asunto *GB-INNO c/ ATAB*, de 16 de noviembre de 1.983, Rec. 1.985, pág. 635, párrs. 31 a 34. La prohibición de no emanar ni mantener normativa que apoye una medida anticompetitiva o de abuso de la posición de una empresa privada en el mercado se complementa aquí con la interdicción de que el Estado adopte o mantenga medidas normativas que, en referencia a empresas públicas o a empresas privadas a las que conceda derechos exclusivos, puedan violar los arts. 85-94 TCE (actuales arts. 81 a 89).

<sup>455</sup> Como se desprende de asuntos como el C-41/90, *Hoefner y Elser c/ Macrotron*, STJCE de 23 de abril de 1.991, Rec. 1.991, pág. I-1.979, pág. 21 o en los asuntos acumulados C-159/91 y 160/91, *Poucet c/ AGF y Camulrac y Pistre c/ Canvaca*, STJCE de 17 de febrero de 1.993, Rec. 1.991, pág. I-637. En estos últimos, el Abogado General Tesaura, a pesar de aclarar que “la inexistencia de finalidad lucrativa no basta para que una entidad se sustraiga a la aplicación de las normas del Tratado en materia de competencia”, recuerda que es necesario que concorra una actividad de tipo económico, esto es, al margen de cualquier fin social o del principio de solidaridad (apts. 12 y 9). No es, por tanto, determinante para poder calificar de “empresa” una organización ni su financiación ni su organización jurídica, ni tampoco que tenga o no ánimo de lucro. Sobre este particular, el asunto C-244/94, *Fédération Française des sociétés d'assurance, Société Paternelle-Vie, Union des assurances de Paris-Vie et Caisse d'assurance et de prévoyance mutuelle des agriculteurs c/ Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, STJCE de 16 de noviembre de 1.995, Rec. 1.995, págs I-4.013), en sus párrafos 20 a 21 deja claro que, a pesar de carecer de ánimo de lucro, una organización social que compita con otras compañías de seguro de vida en el mercado está realizando una actividad económica, y, por tanto, sería “empresa”. *Mutatis mutandis*, cabría igualmente aplicar ese argumento a una ONG.

Algunos de los acuerdos que estudiaremos caso por caso en el derecho comparado han incurrido en alguno de estos vicios, como por ejemplo la limitación del libre mercado mediante acuerdos firmados con empresas tan potentes que acaparan el mercado casi en su totalidad, pero excluyendo de la competencia a las empresas no suscriptoras del acuerdo (vid. el caso Fiat en Italia).

Como válvula de escape (suele ser usual que existan en todas las normas comunitarias, relativas las más veces) de esa nulidad podríamos fijarnos en el apartado 3º del art. 81 TCE. Allí se declara que pueden no ser incompatibles con el mercado común los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que “contribuyan a... fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante”, siempre que no impongan a las empresas interesadas restricciones innecesarias<sup>456</sup> ni ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos que comercializa<sup>457</sup>.

La Comisión se ha pronunciado contundentemente a favor de que la protección del medio ambiente se incluya como una de las excepciones a la competencia legitimadas por el art. 81.3 TCE<sup>458</sup>. Dicha línea hermenéutica ha sido confirmada a través de varias decisiones<sup>459</sup>.

\*\*\*\*\*

<sup>456</sup> La cláusula de la proporcionalidad es de difícil valoración. La Comisión suele valorar como desproporcionadas aquellos requisitos ambientales que acaban fijando precios o dividiendo el mercado. Vid. COMISIÓN EUROPEA, XXVº Informe sobre Competitividad, 1.995, párr. 85.

<sup>457</sup> La exigencia de una mínima libre competencia, o competencia residual puede verse incumplida en casos en que un acuerdo aboque a una reorganización del sector que suponga, *de facto*, una situación monopolística. Puede ser el caso del sistema alemán de Residuos de Envases (D.S.D.), cuya excelencia ha eliminado prácticamente la competencia. SEVENSTER, H. G. y VEDDER, H., *EC Competition Law and the Use of Environmental Agreements*, Paper for the 1.999 Wharton Conference on Environmental Contracts and Regulation, págs. 18-20, glosan también, en el mismo sentido, el caso del sistema holandés de asociación de empresas de almacenamiento de tanques (VOTOB), que se disolvió al entender la Comisión que la tasa que exigía a las empresas participantes (sobre un 5% de los costes) era uniformizadora y no discriminaba entre ellas. Sobre el caso VOTOB, puede verse también COMISIÓN EUROPEA, XXIIº Informe sobre Competitividad, 1.992, párrs. 177-186 y VEDDER, H., *Voluntary Agreements and Competition Law*, CAVA, Milán, 2.000, págs. 9-10.

<sup>458</sup> Vid. COMISIÓN EUROPEA, XXVº Informe sobre la Política de la Competencia para 1.995, 1.996, accesible en Internet en la página Web [http://europa.eu.int/comm/competition/annual\\_reports/](http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/), visitada el 09 de enero de 2.001. En su párr. 85 dice claramente que: “Se considera que la protección del medio ambiente es un elemento que contribuye a la mejora de la producción o de la distribución y a la promoción del progreso económico y técnico”.

<sup>459</sup> Citemos, entre otras, la Decisión 94/986/CEE, *Philips Osram*, DOCE L 378/37, de 1.994 (en la que la Comisión permitió la unión de ambas empresas al prever la instalación en la fábrica de equipamientos de reducción de emisiones), Decisión 76/248/CEE, *United Reprocessors*, DOCE L 51/7, de 1.976 (en la que la Comisión accedió a permitir la unión de empresas, a pesar de agrupar una importante cuota de mercado —de más del 60%— si bien por una duración determinada) o la Decisión 00/575, CECEDE, DOCE L 187/47, de 2.000 (un caso excepcional, pues la Comisión permitió el acuerdo entre dos empresas que copaban una cuota del 90.5 % del mercado de lavadoras). En el XXVIIIº Informe sobre Competitividad de la Comisión Europea, párrs. 133 y 134, se da noticia también del caso VALPAK, relativo a una asociación de reciclado de envases en el Reino Unido (en cuyo caso, no muy convencida del permiso otorgado, la Comisión se reservó el derecho de revisar el acuerdo pasados tres años del plá- cet).

Nosotros pensamos que dentro de ese “beneficio técnico o económico” puede incluirse también la mejora ambiental, objetivo prioritario de la Comunidad, como también lo es la integración de las políticas ambientales en el resto de sectores de acción comunitarios (el comercial y el económico entre ellos)<sup>460</sup>. Una veintena de decisiones de la Comisión confirman esta exégesis<sup>461</sup>.

Claro está, la condición necesaria para amparar esta hermenéutica descansa, como dice la letra del artículo, en que se reserve a los usuarios “una participación equitativa en el beneficio resultante”. Ese beneficio colectivo que subsana la posible afectación del mercado o del comercio interior puede equivaler a la mejora del medio ambiente lograda con la celebración del acuerdo. Así, en aplicación del principio de proporcionalidad, las restricciones de la competencia derivadas del acuerdo son compensadas por los beneficiosos efectos generales derivados del saneamiento ambiental logrado<sup>462</sup>. Para aprovecharse de esta excepción, las partes deberán notificar el acuerdo a la Dirección General de la Competencia de la Comisión, tal como establece el art. 4 del Reglamento 17/1.962/CEE, por el que se aplican los arts. 85 y 86 del Tratado (actuales arts. 81 y 82)<sup>463</sup>.

<sup>460</sup> La Comisión ha ratificado sin ambages su visión economicista del medio ambiente al considerar que, para los acuerdos ambientales entre empresas competidoras, las ventajas económicas derivadas del acuerdo (que redunden en beneficio de los consumidores individuales o en conjunto) compensan las posibles restricciones a la competencia en que hubieran podido incurrir, legitimándolos. Aquí, pues, se hace equivaler la reducción de la presión ambiental con las mejoras económicas. Vid. Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (DOCE C 3, de 06.01.2.001), párr. 193.

<sup>461</sup> Entre ellas, las primeras, por su importancia, la Decisión 68/319/CEE, *ACEC/Berliet*, DOCE L 201/7, de 1.968; Decisión 76/248/CEE, *United Reprocessors*, DOCE L 51/7, de 1.976; Decisión 82/371/CEE, *Navewa Anseau*, DOCE L 167/39, de 1.982; Decisión 83/669/CEE, *Carbon Gas Technologie*, DOCE L 376/17, de 1.983; Decisión 88/541/CEE, *BBC Brown Boveri*, DOCE L 301/68, de 1.988; Decisión 91/38/CEE, *KSB/Goulds/Lowara/ITT*, DOCE L 19/25, de 1.991; Decisión 91/301/CEE, *Anzac*, DOCE L 152/54, de 1.991; Decisión 92/96/CEE, *Assurpol*, DOCE L 37/16, de 1.992; Decisión 93/49/CEE, *Ford Volkswagen N*, DOCE L 20/14, de 1.993; Decisión 94/322/CEE, *Exxon Shell*, DOCE L 144/20, de 1.994; Decisión 94/986/CEE, *Philips Osram*, DOCE L 378/37, de 1.994...

<sup>462</sup> Se trata de un argumento de autoridad, apoyado por la Comisión Europea, que así se ha pronunciado en su Comunicación de 1.996 sobre los acuerdos voluntarios. En efecto, en el punto 28 dice literalmente:

*“En particular, puede considerarse que la protección del medio ambiente es un elemento que contribuye a mejorar la producción o distribución de los productos y a fomentar el progreso económico y técnico”.*

En ese mismo documento se explica que si la legislación nacional delega competencias en una esfera económica a los operadores privados y esto se traduce en una restricción apreciable de la competencia, se produciría una doble infracción del Tratado, ya que los Estados miembros infringirían el art. 3, letra g (donde se expone que para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de la Comunidad implicará un régimen que garantice que la competencia no ser falseada en el mercado interior) y el art. 5 (actual art. 19, que obliga a los Estados miembros a abstenerse de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del Tratado), y las empresas los arts. 85 u 86 (actuales 81 y 82, respectivamente). Uno de esos casos podrían constituirlo las sociedades *Ecoemballages* en Francia, *Duales System Deutschland* en Alemania o *Ecovidrio*, *Ecoembes*, *Ecoacero* o *Sigre* en España, constituidas sobre la base de acuerdos voluntarios y a las que se les ha otorgado el desempeño de funciones públicas como la recogida selectiva de residuos de envases. En los dos primeros casos la Comisión ha tenido oportunidad de pronunciarse (no aún en el caso español), y se polarizó entre una opinión favorable y en contra de la vulneración del art. 86 del Tratado. Finalmente se santificaron ambas organizaciones, considerándolas adecuadas al derecho europeo de la competencia. Vid. BAILEY, P. M., *Environmental Agreements and Compliance with the Treaty: Issues of Free Trade, Competition and State Aid*, CAVA Working Paper nº. 2.000/2/12, págs. 7 y 8.

<sup>4643</sup> DOCE L 13, de 21.02.1.962, pág. 204.

Esta importante prescripción sobre la necesidad de participación pública en los beneficios del acuerdo rechazaría la firma de aquéllos en los que no se haya contado con el beneplácito de los vecinos o interesados a lo largo de las negociaciones del mismo, o de aquéllos otros en que no existan sistemas de información al público, o que no se hayan publicado adecuadamente en algún periódico oficial.

### ***1. Compatibilidad o incompatibilidad de los acuerdos ambientales horizontales con las normas de libre competencia del art. 81 TCE***

Hasta aquí las prescripciones generales y preliminares sobre la viabilidad de las prácticas paccionadas para la protección del medio ambiente en el marco de una política de libre competencia. No obstante, en los últimos tiempos, la Comisión Europea ha comenzado a enjuiciar la compatibilidad de los acuerdos voluntarios ambientales intracomunitarios con el art. 81 TCE distinguiendo entre acuerdos horizontales y acuerdos verticales. Mientras que ese juicio ha sido realizado, para los primeros, por la Comunicación de la Comisión titulada "Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal"<sup>464</sup>, dedicando un capítulo concreto para los acuerdos horizontales sobre medio ambiente, para los segundos ha sido recogida, de manera genérica, por el Reglamento (CE) 2.790/1.999 de la Comisión, de Exención por categorías de restricciones verticales<sup>465</sup> y por las Directrices sobre restricciones verticales<sup>466</sup>.

Una cooperación tiene «carácter horizontal» si es objeto de un acuerdo o práctica concertada entre empresas situadas en el mismo nivel o niveles del mercado. Se trata, por lo general, de acuerdos entre empresas competidoras. La mayor parte de los acuerdos ambientales son de este tipo, ya que, por ejemplo, son usuales aquéllos en que las empresas del mismo ramo o sector (siempre que pertenezcan a la misma cadena de producción o de distribución) conciertan con una Administración la reducción de un determinado tipo de contaminante o la adopción de una tecnología concreta.

Las directrices sobre aplicabilidad del art. 81 TCE a los acuerdos de cooperación horizontal se aplican a todos los acuerdos que mejoren la eficiencia, los ambientales entre ellos (párr. 10<sup>o</sup>). Varias son las conclusiones que se extraen de tan importante documento:

<sup>464</sup> DOCE C 3, de 06.01.2.001.

<sup>465</sup> DOCE L 336, de 29.12.1.999, pág. 21.

<sup>466</sup> DOCE C 291, de 13.10.2.000, pág. 1.

1. Se presume que la mayoría de los acuerdos ambientales horizontales no producen restricciones que afecten a los precios o a la producción (párr. 22). Además, algunos de ellos ni siquiera entrarían en el ámbito del art. 81.1 TCE: como los no vinculantes, los que dejan libertad de acción a las partes en cuanto a los medios a usar, los que fijan las cualidades ecológicas de productos y procesos de producción o los que crean mercados nuevos (por ejemplo, de reciclado), si, en este caso, no existen otras alternativas ni otros competidores<sup>467</sup>.
2. A pesar de ello, la mayoría pueden provocar restricciones a la diversidad de productos, a la innovación o a la exclusión de terceros, no firmantes, del mercado.
3. En cuyo caso, deberá de estarse al caso concreto para ver si esa afectación de la libre competencia sería legítima a las resultas de las excepciones contempladas en el art. 81.3 TCE. A este respecto, las Directrices imponen un doble juicio: si los beneficios ambientales suponen una participación de los consumidores en los beneficios del acuerdo y si éste se produce en un plazo razonable las restricciones a la libre competencia estarían compensadas, y el acuerdo sería válido. Si dichos beneficios no son demostrables, habrá de realizarse un análisis coste-beneficios para determinar si existe un beneficio neto para los consumidores en general (párr. 194), lo que está en la línea de la ponderación entre ventajas y cargas derivadas de la acción o no acción, que la Comunidad tendrá en cuenta, para el medio ambiente, según lo establecido en el art. 174.3, tercer guión TCE.
4. Siempre que los objetivos ambientales encubran la creación de un cartel, el acuerdo afectaría la competencia, desde el punto de vista del art. 81.1 TCE.

### ***2. Compatibilidad o incompatibilidad de los acuerdos ambientales verticales con las normas de libre competencia del art. 81 TCE***

El art. 2.1 del Reglamento (CE) 2.790/1.999 de la Comisión, de exención por categorías de restricciones verticales, define los acuerdos verticales como “los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios”. Por lo tanto, caso de firmarse un acuer-

\*\*\*\*\*  
<sup>467</sup> Párrs. 185-7. No deja de ser curioso cómo el criterio de la existencia de cierto margen de elección entre varias opciones diferentes se usa aquí en sentido contrario, para entender que un acuerdo no cae en el ámbito del art. 81.1 TCE. Mientras que lo normal es que un acuerdo sea válido cuando no limita o acaba con dicha posibilidad de opción, cuando se crea un mercado nuevo, lo esencial para legitimar el acuerdo es que todos los agentes económicos estén incluidos en ese mercado (esto es, no existan *free-riders*) y que no haya otras alternativas.

do voluntario ambiental vertical, será, generalmente, entre empresas no competidoras entre sí<sup>468</sup>.

Para que un acuerdo voluntario ambiental de tipo vertical sea válido, a pesar de entrar en el ámbito del art. 81.1 TCE, no deberá incurrir en ninguna de las restricciones de la competencia que establecen los arts. 4 y 5 del Reglamento de acuerdos verticales. Sobre todo, se prohíbe, en general, si bien con algunas matizaciones: la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta; la restricción del territorio en el que el comprador pueda vender los bienes o servicios contractuales, o de los clientes a los que pueda vendérselos; la restricción de las ventas activas o pasivas a los usuarios finales por parte de los miembros de un sistema de distribución selectiva, que opere al nivel de comercio al por menor; la restricción acordada entre un proveedor de componentes y un comprador que los incorpora en otros bienes, que limite la capacidad del proveedor de vender esos componentes; la inclusión en el acuerdo de cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competencia cuya duración sea indefinida o **exceda de cinco años**; cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador, tras la expiración del acuerdo, fabricar, comprar, vender o revender bienes o servicios; cualquier obligación directa o indirecta que prohíba a los miembros de un sistema de distribución selectiva vender las marcas de determinados proveedores competidores.

Al exigirse que estos acuerdos tengan como objeto la comercialización o distribución de productos, se entiende que sean pocos los acuerdos ambientales de tipo vertical, ya que, para la protección del medio ambiente, se suelen contemplar acuerdos bilaterales entre las empresas y las Administraciones, sin que las empresas se comprometan entre sí. Sólo cuando se trate de recogida de residuos, de transferencias de tecnología entre empresas dedicadas a la investigación y compañías que requieran sus servicios, o de acuerdos entre una asociación con sus empresas integrantes, se darán acuerdos ambientales verticales<sup>469</sup>.

<sup>468</sup> Suele ser el caso de empresas relacionadas entre sí por la cadena productiva: una produce la materia prima que otra emplea para fabricar un producto, y que otra transporta hasta los pequeños comerciantes, por ejemplo. Aplicado al medio ambiente, imagínese, verbigracia, un acuerdo entre un Municipio y varias empresas del pueblo, dedicadas a la cría porcina, que conciertan con otras empresas dedicadas al reciclado de sus purines para la generación de abonos, acuerdo que estaría incluido entre aquellos exentos del art. 81.1 al tener por objeto la compra, venta o reventa de los productos (párr. 24º, guión 3º, de la Comunicación de la Comisión relativa a las Directrices sobre restricciones verticales).

<sup>469</sup> Respecto a este último tipo de acuerdos, siempre presuponiendo que una Administración es parte, también, del mismo, la exención prevista en el apartado 1 del art. 2 del Reglamento sobre acuerdos verticales se aplicará a los acuerdos verticales suscritos entre una asociación de empresas y sus miembros, o entre dicha asociación y sus proveedores, únicamente cuando todos sus miembros sean minoristas y ningún miembro individual de la asociación, junto con sus empresas vinculadas, tenga un volumen de negocios global superior a 50 millones de euros al año. Los acuerdos verticales celebrados por dichas asociaciones estarán amparados por el presente Reglamento, sin perjuicio de la aplicación del artículo 81 a los acuerdos horizontales celebrados entre los miembros de la asociación o a las decisiones adoptadas por la asociación (art. 2.2 del reglamento citado).

## b). El artículo 82 TCE

El art. 82 TCE prohíbe la explotación abusiva por parte de alguna/s empresa/s de su posición dominante en el mercado común si igualmente limita las condiciones de competencia y configura determinadamente los precios de los productos de su sector. Aquí podrían entrar aquellos acuerdos en los que se produce la llamada “captura del Legislador”, entendida genéricamente como la postergación o postración de los intereses generales a los empresariales de la parte privada firmante del acuerdo.

En posible colisión con este artículo pueden encontrarse aquellos acuerdos en los que las empresas firmantes comparten secretos industriales o cualquier otra información sensible, lo que puede llevar a una posición de superioridad respecto de aquellas otras compañías que se queden fuera del convenio. Bien es verdad que éstas, como *free-riders*, deben cargar con los inconvenientes de su decisión de no entrar en el mismo.

Como este artículo no contempla ninguna excepción, a la hora de valorar el punto medio de todos estos complejos equilibrios será una vez más la Comisión quien tendrá que pronunciarse sobre el caso particular, como hizo en los citados ejemplos sobre *Éco-Emballages* en Francia y *Dual System Deutschland* en Alemania <sup>470</sup>.

En suma, cabe decir que el hecho de que se justifique, por parte de la empresa o grupo de empresas que se han acordado a través de un acuerdo ambiental, que se consigue una mejora ambiental concreta no es suficiente para validarlo si resulta una posición de abuso de la posición de supremacía en el mercado <sup>471</sup>.

No obstante los condicionantes establecidos a la firma de acuerdos voluntarios por los arts. 81 y 82 del Tratado, nosotros estamos más en la línea de la opinión expresada por el Parlamento Europeo en su Resolución de julio de 1.997 sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Acuerdos voluntarios. En este documento, cuya propuesta se recoge en el Informe del Comité de Medio Ambiente, Salud pública y Protección de los Consumidores <sup>472</sup>, el Parlamento expresa su disconformidad con la Comisión acerca de la compatibilidad de los acuerdos ambientales con el Tratado de la UE. Para aquél, tal compatibilidad

<sup>470</sup> Cfr. BAILEY, P. M., *Environmental Agreements and Compliance...*, *opus cit.*, pág. 8, quien duda que en estos casos de información compartida se trate de auténticos casos de colusión (esto es, de actuación fraudulenta de las partes de mutuo acuerdo para evitar las reglas imperativas de actuación), ya que suele ser el propio mercado quien permite o impide las alianzas entre empresas.

<sup>471</sup> Así lo dejó sentado el TJCE en el asunto C-139/88, *SPA Monopole c/ GDB*. El acuerdo, en este caso, impedía la entrada de otros sujetos en el mercado, a pesar de que existiesen efectos beneficiosos para el medio ambiente.

<sup>472</sup> Cuya ponente fue la señora Ilona Graenitz, DOC\_ENV\RR\330\330419, PE 222.065/fin, de 26 de junio de 1.997 (A4-0224/97).

no debe cifrarse prioritariamente en el cumplimiento de las reglas del mercado interior o de las reglas de la competencia, sino en el cumplimiento con el art. 174 TCE (antiguo art. 130R), que es el que se refiere directamente al medio ambiente. Retiene que la protección del medio ambiente que este artículo propone a través de la consecución de un alto nivel de protección ambiental, del seguimiento del principio de precaución y del principio “quien contamina paga” es más importante que la observancia de criterios económicos que pueden distorsionar una prioridad tan importante para la UE como la conservación, protección y mejora de la calidad del medio ambiente o la utilización prudente y racional de los recursos naturales (art. 174, 1).

Lo hemos referido varias veces: el principio “quien contamina paga” es el sustrato del que nacen los instrumentos de tutela ambiental de tipo económico o de mercado. Su finalidad es asegurar que los precios finales de los productos o servicios prestados por las empresas reflejen verídicamente los costes ambientales de su proceso de producción. A la luz de esta exigencia, los acuerdos voluntarios cumplen a la perfección con dicho principio, pero puede ocurrir que un acuerdo voluntario determine los precios finales de los productos de empresas en él participantes o establezca unas directrices tan rígidas para las mismas que las condicionen, atentando contra la libre competencia en el mercado interior propugnada por el TCE. Ello, porque la competitividad de las empresas se vería reducida, al igualarse los precios, escamoteando al consumidor final su posibilidad de elección. Acuerdos demasiados rígidos provocarían una esclerosis de la competitividad, por ejemplo, si determinan no sólo los estándares ambientales sino los medios para conseguirlo. **Un acuerdo ideal sería aquél que dejara la suficiente flexibilidad a las empresas para que puedan aplicar la tecnología que precisen o que estimen necesaria, salvando las peculiaridades de su sistema de producción y las inversiones ya realizadas.**

Con ello se permitiría que cada empresa repercutiera los diferentes costes ambientales al consumidor final, quien elegirá entre ellos con criterios de precio, calidad y/o respeto al medio ambiente<sup>473</sup>. De todas formas, la aproba-

\*\*\*\*\*

<sup>473</sup> Apuntan SEVENSTER, H. G. y VEDDER, H., *EC Competition Law and the USE of Environmental Agreements*, Paper for the 1.999 Wharton Conference on Environmental Contracts and Regulation, pág. 8, que este tipo de acuerdos flexibles incentiva, además, la investigación entre las empresas participantes, en su afán de encontrar los mejores y más económicos sistemas de reducción del impacto ambiental de sus actividades, para abaratar sus productos y/o servicios. Los acuerdos en que las empresas comparten entre sí la tecnología y las innovaciones conseguidas se basan más en las ganancias recíprocas que en el altruismo económico. Sobre la teoría del altruismo y sus implicaciones sobre las acciones colectivas de las empresas participantes en acuerdos voluntarios vid. CONVERY, F. J. y JOYCE, J., *Collective Action aspects of Voluntary Approaches*, CAVA, Paris, 1.999, pág. 10.

ción de los citados Reglamentos (CE) 2.658/2.000 y 2.659/2.000 de la Comisión, ha venido a paliar, en parte, las objeciones que se hacen a los acuerdos ambientales de sector desde el punto de vista de la libre competencia<sup>474</sup>.

### c). El artículo 86 TCE

Si es verdad que con base en los arts. 81 y 82 TCE se pueden vislumbrar las posibles irregularidades de los convenios ambientales, tampoco debemos olvidarnos de lo que prescribe el art. 86 (antiguo art. 90), donde se conmina a los Estados a que apliquen a las empresas públicas y a las empresas encargadas de gestionar servicios de interés general las normas de competencia del Tratado.

Esto implica que cuando un convenio sea firmado por un organismo autónomo o por una sociedad estatal, por ejemplo, deberán atenerse a las prescripciones de los arts. 81 a 89 del Tratado, aunque con una excepción: sólo les serán de aplicación esas normas en la medida en que tal cosa no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada<sup>475</sup>. Cabe aquí salvar la legalidad de las citadas sociedades de recogida selectiva de residuos de envases por esta misma excepción. O la legalidad, verbigracia, de un hipotético acuerdo celebrado entre el organismo autónomo Parques Nacionales y las asociaciones de agricultores, para la gestión convencional de sus fundos<sup>476</sup>.

<sup>474</sup> Ambos de 29 de noviembre de 2.000. En concreto, el segundo de ellos, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo (Texto pertinente a efectos del EEE), DOCE L 304/7, de 05.12.2.000, exime a los acuerdos entre empresas que versen sobre I+D (la mayoría de los acuerdos voluntarios ambientales por sectores son de este tipo, en todo o en parte) de la aplicación del apartado 1º del art. 81 TCE, con determinadas limitaciones para la salvaguarda de la competitividad.

<sup>475</sup> Sobre esta cláusula, el TJCE se ha mostrado oscilante entre una postura flexible, permitiendo cierta restricción de la competencia a una empresa pública cuando las normas ambientales así lo exigían (como en el asunto C-393/92, *Ayuntamiento de Almelo y otros c/ NV Energiebedrijf Ijsselmij*, STJCE de 27 de abril de 1.994, Rec. 1.994, pág. I-1.477, en que el Tribunal entiende que una cláusula de compra en exclusiva de electricidad introducida por parte del suministrador regional en los contratos suscritos con los suministradores locales no atenta contra el apartado 2º del art. 90 (actual art. 86) TCE, ya que esta restricción a la competencia, entre otras cosas, era necesaria para garantizar una "eficaz protección del medio ambiente", en palabras del Abogado General Darmon, aptd. 172, 2) de sus Conclusiones) a otra más rígida, en que no se tenía en cuenta esa normativa (asunto C-203/96, *Chemische Afdelstoffen Dusseldorp BV y otros c/ Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke en Milieubeheer (Ministerio neerlandés de Vivienda, de Ordenación del Territorio y medio ambiente)*, STJCE de 25 de junio de 1.998, Rec. 1.998, pág. 4.075. En este último caso, informado por el Abogado General Jacobs, el derecho exclusivo concedido a la empresa pública neerlandesa de transformación y gestión de residuos AVR Cheme de tratar ciertas sustancias peligrosas impedía la exportación de las mismas a Alemania, donde tal cosa se pudiera haber hecho con la misma calidad pero de manera más económica. Y ello, a pesar de que el tratamiento nacional pudiera ser más eficaz que el dado por la empresa Factron en Alemania, dado que la hipotética ganancia derivada del fomento de la investigación que ese derecho otorgaba a la empresa nacional se anulaba por completo al reforzar su posición dominante.

<sup>476</sup> En este caso, en aras de la salvaguarda de su función ambiental, parece lógico que estos convenios no salgan al mercado para ser adjudicados al mejor postor, por ejemplo.

Pero, una vez más, las limitaciones impuestas por el Tratado a la firma de acuerdos voluntarios descansa en ciertas obligaciones procesales que acaban por dejar en las manos de la Comisión la decisión última acerca de la compatibilidad de los acuerdos. En particular:

– las propias empresas y asociaciones de empresas pueden pedir a la Administración que no intervenga en el acuerdo en relación con el art. 81 u 82 del Tratado<sup>477</sup>;

– esos mismos sujetos están legitimados para cumplir con la obligación de notificar a la Comisión la celebración de los acuerdos, que le permitirá enjuiciar la posibilidad de aplicarles o no una de las excepciones del art. 81.3 TCE<sup>478</sup>.

Otros desvelos de la Comunidad se centran en la compatibilidad de los acuerdos con las normas de la Organización Mundial del Comercio (O.M.C.) y del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT)<sup>479</sup>.

\*\*\*\*\*

<sup>477</sup> Así establecido en el art. 2 del Reglamento del Consejo de la CEE 17/1.962, DOCE L 13, de 21.02.1.962, relativo a la aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado (actuales arts. 81 y 82). Con ello las empresas solicitan no un exceptuamiento de las reglas, una "declaración negativa" (con base, por ejemplo, en el art. 81.2) sino algo que se mueve en una fase anterior a esa decisión, como es la enervación de la acción de control de la Comisión. Si sólo una de las empresas integrantes del acuerdo fuera la solicitante, deberá comunicar su decisión a las otras, como exige el art. 1 del Reglamento de la Comisión 3.385/1.994, de 21 de diciembre de 1.994, relativo a la forma, el contenido y demás modalidades de las solicitudes y notificaciones realizadas en aplicación del Reglamento 17/1.962 del Consejo. Estas solicitudes deberán contener una exposición completa de los hechos que indiquen, en particular, la práctica de que se trate y la posición ocupada por la/s empresa/s en el mercado común o en una parte sustancial de éste por los productos o servicios de que se trate (art. 3 de este Reglamento). Además, debe detallar íntegramente el acuerdo, describiendo su naturaleza, contenido y objetivos (sección 4ª del Capítulo I de la parte operativa de este Reglamento).

<sup>478</sup> Artículos 4 y 9 del Reglamento del Consejo 17/1.962, en relación con el art. 1 del Reglamento 3.385/1.994 de la Comisión. Sin embargo, esta obligación de notificar el acuerdo no existe cuando en él sólo participen empresas de un mismo Estado y no afecten a las importaciones/exportaciones entre Estados miembros. Nótese que en esta excepción caen numerosos acuerdos voluntarios para la protección del medio ambiente, que suelen ser intraestatales. Ello puede implicar que sólo de oficio o a instancia de otro Estado miembro podrá la Comisión pronunciarse sobre la compatibilidad del acuerdo con las disposiciones de los arts. 81 y 82 del Tratado (arts. 4.2 y 3 del Reglamento del Consejo 17/1.962).

Así, por ejemplo, la Decisión de la Comisión 2.000/182/CEE, de 14 de septiembre de 1.999, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 del Tratado CE (Asunto IV/36.213/F2 - GEAE/P & W) [notificada con el número C(1.999) 2.901], resuelve a favor de la inaplicación del art. 81 a los tres acuerdos firmados entre las compañías aeronáuticas General Electric Aircraft Engines y Pratt & Whitney, por el que se crea una tercera empresa participada por las dos anteriores, y cuyo objeto era el desarrollo de un nuevo modelo de motor denominado "GP7.000". Este nuevo motor está destinado a equipar los futuros nuevos aviones comerciales de gran tamaño (para el proyecto Airbus A3XX y Boeing B747-400). Una de las razones por la que se exceptiona la aplicación del art. 81.1 del tratado a estos acuerdos es que este nuevo motor será más barato, ahorrará en fuel consumido y será más eficiente desde el punto de vista ambiental. En contra de una posible excepción del art. 81.1, véase, por ejemplo, la Decisión de la Comisión 1.999/243/CEE, de 16 de septiembre de 1.998, relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE (asunto IV/35.134-Trans-Atlantic Conference Agreement). La Comisión consideró que las empresas que conforman el T.A.C.A. infringieron el art. 81.1 del Tratado al pactar los precios para el transporte terrestre de contenedores de mercancías, a pesar de que las partes alegaran que el sistema creado de información internodal y de traslado por ferrocarril o por vías navegables de contenedores supondría un descenso del tráfico por carretera y, por ende, grandes ventajas para el medio ambiente.

<sup>479</sup> Ya que el art. I del GATT, por ejemplo, exige que las mercancías importadas reciban el mismo trato ambiental que las producidas en el país, también en materia de tributación (art. III). El GATT no implica, *per se*, la incompatibilidad del comercio con las medidas ambientales, pero sí que se emplee aquél para como medida ambiental. Su

En general, la utilización de acuerdos voluntarios como política ambiental administrativa en el seno de los Estados miembros de la UE se ha ido ampliando (como reconoce la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 7 de octubre de 1.997, sobre los Acuerdos en materia de medio ambiente<sup>480</sup>). Pero, como no podía ser menos, la igualación deseable de sus requisitos técnicos, características, naturaleza jurídica y formas varían a lo largo de toda la Unión Europea. En ese documento el Consejo no se muestra especialmente duro con esta diversidad; más bien se resigna a este hecho (partiéndose como se hizo en 1.996 de las diferentes posibilidades que cada Constitución permitía en desarrollo de la herramienta), que está motivando el retraso de una auténtica norma jurídica comunitaria general (directiva o reglamento) sobre acuerdos voluntarios.

### C. Compatibilidad o incompatibilidad de los acuerdos voluntarios con las disposiciones del Tratado referentes a la libre circulación de mercancías

#### a). Introducción

El capítulo 2 del Título I del TCE afronta las prohibiciones de las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros. La libre circulación de mercancías entre los diferentes Estados de la Unión está basada en la unidad aduanera de la Comunidad, esto es, en la interdicción de los derechos de aduana de importación y exportación, así como de los aranceles con relación a las relaciones comerciales entre ésta y terceros países: arts. 23.1 (antiguo art. 9) y 25 (antiguo art. 12) TCE.

Más especialmente, los acuerdos voluntarios que tengan por objeto la eficiencia ambiental de productos para su posterior comercio deberán tener bien presente la letra de los arts. 28, 29 y 30 del Tratado.

Los dos primeros condenan las prácticas restrictivas de tipo cuantitativo a la importación y exportación de mercancías, así como otras medidas de efecto equivalente. El artículo 30 excepciona sendas prohibiciones siempre que esas restricciones a la libre circulación de mercancías estén justificadas por:

#### 1. Razones de interés, moralidad o seguridad públicos;

razón de ser última es la liberalización de las trabas comerciales entre los países y la no-discriminación de las mercancías por su origen o destino final. Cfr. BLANCO JIMÉNEZ, F. J., *Integración económica y medio ambiente*, Dyckinson, Madrid, 1.999, pág. 36.

<sup>480</sup> 97/C 321/02.

2. la protección de la salud y vida humanas y de los animales;
3. la preservación de los vegetales;
4. la protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional;
5. la protección de la propiedad industrial y comercial.

Las razones aducidas en segundo y tercer lugar engloban en gran parte la protección del medio ambiente, lo que supone un espaldarazo a todos aquellos acuerdos referidos a productos (sobre todo teniendo en cuenta que muchos de ellos sólo inciden en el mercado intraestatal).

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ya mantuvo que la protección del medio ambiente podía ser apoyo suficiente para dar pie a una excepción, siempre que la restricción fuese proporcional al objetivo ambiental buscado y siempre que la medida no fuera arbitraria o escondiera una torticera intención de restringir el comercio<sup>481</sup>.

481 En un principio, en la Sentencia "Cassis de Dijon", asunto 120/78, de 20 de febrero de 1979, el Tribunal de Justicia mantuvo que la restricción de la libre circulación de mercancías resulta compatible con medidas nacionales necesarias y proporcionadas para la defensa de los intereses relevantes protegidos por el Tratado, como la eficacia de los controles fiscales, la protección de la salud pública, la licitud de las transacciones comerciales y la defensa del consumidor, dejando abierta la lista. De este modo, la Comunicación de la Comisión de 3 de octubre de 1980 sobre la sentencia Cassis incluyó el medio ambiente como valor protegible. Más tarde, en "Association de défense des brûleurs d'huile usagée", asunto 240/83, Rec. 1.985, pág. 531, STJCE de 7 de febrero., precisó, además, 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». También, en el asunto 302/86, *Comisión c/ Dinamarca*, más conocido como *asunto de las botellas danesas*, STJCE de 20 de septiembre de 1988, Rec. 1.988, pág. 4.607. En este último, el sistema danés de reutilización de envases de cervezas y bebidas refrescantes mediante un sistema de depósito fue juzgado proporcionado y adecuado, ya que la protección del medio ambiente que lograba era suficientemente importante como para obligar a que los productores extranjeros e importadores lo adoptaran también. Sin embargo, desde los años setenta se fueron aprobando en Dinamarca normas más restrictivas aún, que otorgaban a la Agencia danesa para la Protección del medio ambiente la potestad de decidir qué solicitudes de homologación de envases concedía o no, y que limitaban a 3.000 Hl. por productor y año el número de botellas no homologadas que podían introducir en el mercado belga. Ambas medidas fueron consideradas discriminatorias y restrictivas del libre tránsito de mercancías entre Estados miembros. En palabras del Abogado general Sir Gordon Slynn: "Deben ponderarse los intereses entre la libre circulación de mercancías y la protección del medio ambiente, aunque para lograr el punto de equilibrio deba reducirse el elevado nivel de protección que se pretende alcanzar. El grado de protección debe ser razonable...".

El primer pronunciamiento del TJCE sobre la importancia del medio ambiente como posible limitación del art. 30 del Tratado (actual art. 28) recayó en el asunto C-240/83, *Procureur de la République c/ Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBHU)*, STJCE 7 de febrero de 1985, Rec. 1.985, pág. 531, especialmente la pág. 549, apartados 12 y 13). Allí se reconocía que: "el principio de la libertad de comercio no se puede valorar de forma absoluta, sino que se halla sujeto a ciertos límites justificados por los objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad, siempre que no se menoscabe la esencia de los derechos de que se trata" (traducción provisional) y que la Directiva de cuya aplicación se trataba en aquel caso "se sitúa en el marco de la protección del medio ambiente, que es uno de los objetivos esenciales de la Comunidad".

No obstante estas importantes excepciones a las reglas de salvaguarda de la libre circulación de mercancías, aplicables a los acuerdos voluntarios ambientales, éstos nunca podrán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros<sup>482</sup>.

De todas formas, las posibles restricciones que pueden provocar los acuerdos ambientales en la libre circulación de mercancías nunca serán fulminantes ni absolutas, sino relativas en el tiempo y en el fondo<sup>483</sup>.

#### **b). Limitaciones a la libre circulación de mercancías por causa de su sometimiento a determinadas prescripciones técnicas**

La norma que reguló esta materia por vez primera fue la Directiva 83/189/CEE del Consejo, por la que se establece un Procedimiento de información en materia de normas y reglamentos técnicos<sup>484</sup>, hoy sustituida por la Directiva 98/34/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1.998, por la que se establece un Procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, que ha codificado la normativa anterior en la materia<sup>485</sup>. Posteriormente, la Directiva 98/48/CEE, de 20 de julio, ha modificado la anterior, extendiendo el objeto de su aplicación: actualmente cubre todos los productos agrícolas e industriales y, a partir del 5 de agosto de 1.999, cubría también las reglas sobre los servicios de la sociedad de la información.

Esta normativa tiene por objeto delimitar las restricciones que, para el mercado interior y para la libre circulación de mercancías, tienen los efectos derivados de la adopción de medidas de carácter técnico por parte de las Administraciones de los Estados miembros de la UE. En definitiva, se prohíbe que las limitaciones impues-

482 Así lo dispone el art. 30 *in fine* y lo subraya la Comunicación de la Comisión sobre acuerdos voluntarios de 1.996, en su punto 27, párr. primero. A nosotros nos parece que una excepción que traiga causa en una de las razones enumeradas aquí (y por tanto justificadas en aras de un general interés) en muy pocas ocasiones incurrirá en una discriminación arbitraria (que, por definición supone una decisión irracional, inmotivada o caprichosa). También sería lógico presuponer cierta ingenuidad en que los acuerdos voluntarios tienen como única finalidad la mejora del medio ambiente, aunque, ciertamente, esto sea distinguible dependiendo de la finalidad que le da la Administración (que está obligada a perseguir tal meta cuando celebra el acuerdo) y la que le dan las empresas (que buscan un interés económico, generalmente).

483 Por ello no sería aplicable a los acuerdos voluntarios en materia ambiental el Reglamento (CE) 2.679/1.998 del Consejo, de 7 de diciembre de 1.998, sobre el funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros, DOCE L 337, de 12.12.1.998, en la medida en que esta normativa está pensada para violaciones graves y repentinas a la libre circulación de mercancías.

484 DOCE L 109, de 26.04.1.983, que ha sido modificada por las directivas 88/182/CEE del Consejo (DOCE L 81, de 26.03.1.988) y 94/10/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo (DOCE L 100, de 10.04.1.994, pág. 30).

485 DOCE L 204 de 21/07/1.998, págs. 37-48.

tas por la normativa técnica supongan medidas equivalentes a las restricciones cuantitativas que interdice el art. 28 del Tratado. Para llegar a tal resultado esta directiva establece determinados requisitos de carácter procesal, de información a las autoridades comunitarias y algunas excepciones a su aplicación<sup>486</sup>.

Completa esta directiva la Decisión 3.052/95/CEE, del Parlamento y del Consejo, de 13 de diciembre de 1.995, por la que se establece un Procedimiento de información mutua sobre las Medidas nacionales de excepción al principio de libre circulación de mercancías en la Comunidad, que tiene vocación de generalidad y para cuya aplicación dispone de la ayuda del Comité permanente instituido por la directiva citada.

Nos interesa el estudio de esta directiva por sus efectos en el uso de acuerdos voluntarios para la protección del medio ambiente. Más concretamente, en dos sentidos: la directiva se refiere a los acuerdos voluntarios “en los que las autoridades públicas son parte contratante y que, por razones de interés público, tienen por objeto el cumplimiento de las especificaciones técnicas o de otros requisitos, o de reglas relativas a los servicios, con exclusión de los pliegos de condiciones de las contrataciones públicas” (art. 1.9.pr.2º, segunda coma). En estos casos, acuerdo voluntario equivale a reglamento técnico de facto, y, por tanto, se les aplican las mismas prescripciones que la directiva establece para ellos, al tiempo que comparten las mismas notas descriptivas. Una de ellas es el carácter vinculante, como no podría ser de otro modo, dada la obligación que la directiva exige a los reglamentos técnicos (tanto a los *de iure* como a los *de facto*) para poder ser llamados así<sup>487</sup>. Por tanto, ten-

\*\*\*\*\*

<sup>486</sup> En sentido lato, en los considerandos que introducen la directiva (en concreto en el cuarto) el Parlamento y el Consejo toleran los obstáculos comerciales derivados de las reglamentaciones técnicas relativas a los productos sólo “si son necesarios para satisfacer exigencias imperativas y persiguen un fin de interés general del cual constituyen la garantía esencial”. Comoquiera que dentro de los fines institucionalizados por el art. 2 del tratado de la UE para la Comunidad se encuentra la consecución de “un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente”, parece que queda claro el equilibrio entre ambos intereses a proteger. Sobre el origen y el objeto de la comunicación de las normas técnicas a la Comisión Europea consideramos esencial la remisión a CARRILLO DONAIRE, J. A., *Nulidad de los reglamentos por incumplimiento de las obligaciones de la directiva 98/34/CEE. (La doctrina del TJCE sobre la “inoponibilidad” frente a terceros de las reglamentaciones técnicas no notificadas. Consecuencias y evolución reciente de la jurisprudencia “CIA Security”)*, en R.A.A.P., Sevilla, nº. 37, enero-febrero-marzo 2.000, págs. 127-136.

<sup>487</sup> La directiva no contempla la posibilidad de acuerdos voluntarios no vinculantes. Acepta la existencia de normas técnicas no obligatorias, pero nada dice sobre si pueden ser establecidas mediante acuerdos voluntarios. En nuestra opinión la respuesta ha de ser negativa ya que, *mutatis mutandis*, tal cosa si es prevista, en cambio, al tratar los “reglamentos técnicos”, de carácter vinculante. Obsérvese el salto cualitativo que ha experimentado la vinculatoriedad en los acuerdos voluntarios: mientras que en la Comunicación de 1.996 sobre acuerdos voluntarios, de la Comisión, tal carácter se entendía como deseable, ahora ya se les presupone a todos como atributo irrenunciable, al menos cuando, como aquí, se refieran a prescripciones técnicas o ambientales de productos. Imaginemos, por ejemplo, las prescripciones técnicas que establecen los “covenants” holandeses sobre la calidad ambiental en la fabricación de un producto.

dríamos dos tipos de acuerdos voluntarios que caerían dentro del ámbito de aplicación de esta directiva:

1. Por un lado, los acuerdos voluntarios que establecen requisitos técnicos, sin contenido ambiental, pero jurídicamente de obligado cumplimiento y equivalentes a reglamentos técnicos *de facto*<sup>488</sup>. En esta categoría entrarían, por ejemplo, las obligaciones derivadas del sistema europeo de ecoetiqueta, de adhesión voluntaria pero vinculantes para la empresa cuando ésta la ha adoptado.
2. Cuando la directiva habla de “otro/s requisito/s” no usa un concepto jurídico indeterminado sino que lo define *in integrum* como una condición no técnica exigida a un producto, en particular por motivos de protección de los consumidores o del medio ambiente y que se refiere a su ciclo de vida con posterioridad a su comercialización, como sus condiciones de uso, reciclado, reutilización o eliminación, cuando dichas condiciones puedan afectar significativamente a la composición o naturaleza del producto o a su comercialización (art. 1.3).

Por tanto, éstos serían acuerdos voluntarios de contenido ambiental *stricto sensu*, que son los que nos vienen interesando. También tendrían carácter vinculante y se equipararían a reglamentos técnicos *de facto*. Aquí, verbigracia, podríamos citar los acuerdos ambientales holandeses, vinculantes generalmente, o aquellos franceses que también lo son tras ser positivados en órdenes prefecturales.

Las obligaciones impuestas por la directiva a los acuerdos voluntarios –vinculantes por naturaleza, no lo olvidemos– que establezcan prescripciones técnicas o ambientales a los productos, son:

- a. Los Estados miembros deberán comunicar a la Comisión todo proyecto de acuerdo, a no ser que se trate de una transposición íntegra de una norma internacional o europea, en cuyo caso bastará con una simple información. En esta Comunicación o Información, deberán razonar los motivos que hacen necesaria la adopción de esta reglamentación<sup>489</sup> e incluir el texto de las normas a que se refiera el acuerdo (art. 8, párr. 1º)<sup>490</sup>.

<sup>488</sup> Por especificaciones técnicas, el art. 1.2) entiende características del producto como la calidad, envasado, marcado, etiquetado, símbolos, etc.

<sup>489</sup> Vemos que se parte de una filosofía desreguladora desde la que se rechaza de entrada toda reglamentación técnica, que, de suyo, es vista como inoportuna y restrictiva del comercio. Sólo una motivación suficiente puede santificar su aprobación.

<sup>490</sup> Este deber de comunicación tiene como principal finalidad el examen, por la Comisión Europea, de la compatibilidad de las medidas ambientales de carácter técnico con el libre tránsito de mercancías, pero, como ha destacado SCHERER, J., *Regional Perspectives on Trade and Environment: The European Union*, en la obra colectiva de GAO, Z. (coordinador), *Environmental Regulation of Oil and Gas*, Kluwer Law International, London, 1.998, págs. 210-211, la propia Comisión aprovecha la ocasión para ponderar la posibilidad de emanar una normativa propia sobre el ámbito del proyecto de norma examinada. Así ocurrió —cita—, con el proyecto de norma alemana sobre prohibición de dioxinas, que fue el germen de la actual directiva comunitaria de marras.

- b. Habrá necesidad de nueva comunicación a la Comisión cuando el acuerdo sea objeto de modificaciones que afecten a su ámbito de aplicación, al calendario que imponen o cuando éstas endurezcan los requisitos u objetivos de que se trate (art. 8, párr. 2º).
- c. Para aquellos proyectos de acuerdos que tengan contenido ambiental, los Estados miembros deberán comunicar también los datos pertinentes a los efectos esperados que traerán para la protección del medio ambiente, en lo que conforma un análisis coste-beneficios que habrá de servir a la Comisión para valorar la conveniencia del acuerdo por encima de sus costes en restricciones comerciales<sup>491</sup>.

Para los acuerdos ambientales se establece muy valientemente (y un poco a contrapelo de la general opinión de los economistas) que no podrá ser examinada la compatibilidad de los mismos por la Comisión o los Estados miembros con el Tratado desde un punto de vista fiscal o financiero (art. 8.1), *in fine*). Comulgamos totalmente con esta cláusula de salvaguardia del medio ambiente por encima de argumentos de filibusterismo económico, lo que les otorga, además, marchamo de medidas oportunas, al margen de su baratura o no, y sólo enjuiciables bajo la égida del art. 28 TCE.

- d. Los Estados deberán aplazar cuatro meses la adopción de un acuerdo voluntario referido a productos (de contenido técnico o ambiental), a partir de la fecha de recepción por parte de la Comisión de la comunicación realizada por otro Estado miembro. La razón de ser de este aplazamiento es dar tiempo a la Comisión y al resto de los Estados miembros a pronunciarse sobre su validez o no. No se aplicará este aplazamiento cuando el acuerdo deba ser inminentemente aprobado por razones de urgencia o de fuerza mayor, lo que realmente ocurrirá en pocas ocasiones dado el carácter de los acuerdos, cuyas prescripciones casan más con un rango temporal mediano o a largo plazo (art. 9, 7)).
- e. Como los acuerdos, a pesar de ser entendidos en esta directiva como vinculantes, no tienen carácter de norma jurídica *stricto sensu*, no se les aplicarán las estrictas reglas de aplazamientos recogidas en los puntos 3, 4, 5 y 6 del art. 9, tal como dispone el art. 10.3.

491 Análisis que deberá llevarse a cabo según los principios generales para la evaluación de riesgos de los productos químicos contemplados en el apartado 4 del artículo 10 del Reglamento (CEE) 793/1.993 del Consejo en el caso de las sustancias existentes o en el apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 67/548/CEE del Consejo en el caso de las nuevas sustancias.

f. Como cláusula de cierre baste decir que estas obligaciones de comunicación, aplazamiento, etc., no se aplicarán a los acuerdos voluntarios:

– Cuando den cumplimiento a actos comunitarios vinculantes que tengan por resultado la adopción de especificaciones técnicas o de reglas relativas a los servicios. Por tanto, siempre se aplicarán a los acuerdos de contenido ambiental propiamente dicho.

– Tampoco se aplicarán cuando cumplan los compromisos derivados de un acuerdo internacional sobre especificaciones técnicas o reglas relativas a los servicios. Valen las mismas conclusiones anteriores.

– Cuando el acuerdo tenga por objeto la prohibición o restricción de entrada en suelo nacional de un producto debido a los riesgos que entrañe. Podría ser el caso, por ejemplo, de productos animales con toxinas o fabricados con amianto (elemento desterrado de la construcción por sus efectos nocivos para la salud y el medio ambiente en general)<sup>492</sup>.

– Cuando apliquen una sentencia del TJCE.

– Cuando se limiten a modificar, con arreglo a una petición de la Comisión, un acuerdo.

Las comunicaciones de los proyectos de acuerdo que los Estados realizan a la Comisión deberán ser remitidas por ésta al resto de los Estados miembros y a un Comité Mixto (esto último será opcional para la Comisión). Ésta dispondrá de tres meses para realizar las observaciones pertinentes sobre la adecuación del acuerdo a las normas sobre restricciones cuantitativas entre los Estados miembros<sup>493</sup>.

La Corte de Justicia ha venido a confirmar la interpretación que la Comisión hacía de la Directiva 83/189/CEE, según la cual cuando una disposición nacional no era comunicada a la Comisión acorde con el procedimiento establecido en esa directiva (actualmente modificado por la Directiva 98/34/CEE, como sabemos), no podía aplicarse a los nacionales de ese Estado<sup>494</sup>.

<sup>492</sup> Así dispuesto en el art. 8.1 de la Directiva 92/59/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1.992, relativa a la seguridad general de los productos (DOCE L 228, de 11.08.1.992, pág. 24).

<sup>493</sup> El número de notificaciones de reglamentaciones nacionales aplicables a los productos en el mercado interior ha crecido como consecuencia de la aplicación de la Directiva 98/34: de 438 en 1.995 a 620 en 1.999. Vid. la página web del T.R.I.S. (Sistema de Informaciones sobre las reglas técnicas, de la Comisión Europea, en [http://europa.eu.int/comm/dg03/tris/about/index\\_es.htm](http://europa.eu.int/comm/dg03/tris/about/index_es.htm), visitada el día 12 de octubre de 2.000.

<sup>494</sup> Ha sido en el asunto C-194/94, *CIA Security International S.A. c/ Signalson S. A. y Securitel SPRL*, STJCE de 30 de abril de 1.996, Rec. 1.996, pág. I-2.201. En este pronunciamiento el Tribunal concluyó que, mientras que no era considerable reglamento aquella norma belga por la que se sometía a autorización ministerial la apertura de una empresa de seguridad, sí lo era, y debía someterse al procedimiento de notificación a la Comisión, el Real Decreto

## II. EL SISTEMA COMUNITARIO DE ETIQUETADO ECOLÓGICO

### 1. INTRODUCCIÓN

Ya hemos descrito y enjuiciado el entorno jurídico de los acuerdos voluntarios como género potencial de los instrumentos paccionados de la política ambiental comunitaria. Veamos ahora sus dos principales especies, ya positivadas en el ámbito comunitario: el etiquetado ecológico y el sistema comunitario de gestión ambiental. Por cuestiones de extensión, respecto de ambos trataremos sólo aquellos aspectos que resaltan sus facetas convencionales, dado que existen ya numerosos estudios doctrinales de enfoque general. Vayamos al primero de ellos.

El recurso a los mecanismos de protección ambiental basados en el mercado, fomentado por la política comunitaria, encuentra su eco más firme en la adopción de un sistema comunitario de etiquetado ecológico. Su razón de ser es la creación de un selecto club de productos ambientalmente compatibles, procedentes de cualquier país comunitario o extracomunitario. En un proceso diacrónico, la calidad ha ido jugando progresivamente un papel esencial como factor de ordenación del trabajo, de mejora intrínseca de las condiciones del producto y de satisfacción de las necesidades del consumidor<sup>495</sup>. Con el etiquetado ecológico el factor calidad da un salto cualitativo sustancial a una cuarta esfera, al estar referido no ya a características organizatorias, intrínsecas o unidireccionales del producto en sí sino intentando satisfacer intereses generales más allá de aquéllos que puedan detentar los propios clientes: la protección del medio ambiente.

de 14 de mayo de 1.991, que establece un procedimiento de homologación de los sistemas y centrales de alarma, a que se refería la Ley belga de 10 de abril de 1.990, sobre las empresas de vigilancia, sobre las empresas de seguridad y sobre los servicios internos de vigilancia. Al no comunicarse, la Compañía CIA Security entiende que no se le puede exigir la homologación de su sistema antirrobo "Andromède", ya que el reglamento incurre en un vicio sustancial. En su Fdto. Jco. 34, el Tribunal inadmite las opiniones del Reino Unido, que advierte que inaplicar las disposiciones no comunicadas crearía un vacío normativo en el ordenamiento jurídico del Estado infractor. Por tanto, los arts. 8 y 9 de la Directiva 83/189 deben interpretarse en el sentido de que los particulares pueden ampararse ante el juez nacional, al que cabe inaplicar un reglamento técnico nacional que no haya sido notificado con arreglo a la Directiva. Las mismas consideraciones podríamos hacer cuando el reglamento técnico *de facto* es un acuerdo voluntario. Valga, de nuevo, el comentario de jurisprudencia de CARRILLO DONAIRE, J. A., *Nulidad de los reglamentos por incumplimiento de las obligaciones de la directiva 98/34/CEE. (La doctrina del TJCE sobre la "inoponibilidad" frente a terceros de las reglamentaciones técnicas no notificadas. Consecuencias y evolución reciente de la jurisprudencia "CIA Security")*, en R.A.A.P., Sevilla, n.º. 37, enero-febrero-marzo 2.000, págs. 146-150, para abundar en el alcance del incumplimiento de la obligación de notificación de las normas técnicas (*de iure* o *de facto*) como vicio sustancial de nulidad radical en el Ordenamiento jurídico español.

<sup>495</sup> Cfr. BARRAGÁN CARMONA, J., *Calidad en la Administración Pública*, Consejería de Gobernación y Justicia-I.A.A.P., 1.998, Sevilla, págs. 9-13, explica la evolución de los sistemas de gestión de calidad en lo que podemos definir como un "proceso de centrifugado" de la calidad, con el significado a que aludimos arriba.

Aparte, pues, de las implicaciones económicas que nos pueden venir a la mente (aumento de las exportaciones de los productos comunitarios etiquetados, acceso a grandes mercados en expansión...<sup>496</sup>), la vocación principal del sistema es puramente ecológica<sup>497</sup>. Además, aunque haya desaparecido la mención expresa que el anterior reglamento realizaba en su art. 4.1 al respecto, por parte de los productos candidatos a la etiqueta, de la normativa sobre seguridad, sanidad y medio ambiente, tal precepto parece inferirse implícitamente de los principios de los arts. 3 y 4 del nuevo reglamento. Con ello se quiere decir que la concesión de la ecoetiqueta supone un plus de garantía ambiental para los productos (un plus de calidad), los cuales antes han debido acatar la regulación ambiental, como umbral mínimo irrenunciable (lo contrario supondría consagrar una contradicción en términos, ya que parece imposible que un producto obtenga la etiqueta si antes no cumple los requisitos ambientales que las legislaciones comunitaria y estatal le imponen)<sup>498</sup>.

El sistema comunitario de etiquetado ecológico fue establecido originariamente por el Reglamento 880/1.992 del Consejo, de 23 de marzo de 1.992. Este sistema ha sido sustituido por la nueva regulación dada en el Reglamento (CE) 1.980/2.000 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de julio de 2.000 (que entró en vigor el 24 de septiembre), que sienta las bases de un sistema comunitario revisado de concesión de etiqueta ecológica. Su origen normativo se remonta a la Resolución de 19 de julio de 1.987, de la Comisión de medio ambiente, Salud Pública y Protección del Consumidor del Parlamento Europeo<sup>499</sup>.

<sup>496</sup> Cfr. MARTÍN MATEO, R., *Nuevos Instrumentos para la Tutela Ambiental*, editorial Trivium, Madrid, 1.994, págs. 46 y 47. Como muy bien entiende el maestro del Derecho Ambiental español, con este tipo de mecanismos de mercado se evocan técnicas de fomento selectivo, que irán decantando un grupo más o menos reducido —pero siempre selecto— de empresas, que viene a encontrar a una determinada demanda de consumidores concienciados con la salvaguardia del entorno, y que, por efecto emulación, irán tirando de otras empresas, atrayéndolas así a nuevas formas de producción limpia. La viabilidad de estos sistemas de producción, más caros, depende en gran medida del aumento de este tipo de consumidores, y de una buena publicidad. Obsérvese que idéntica reflexión sobre el fomento selectivo puede hacerse respecto de los acuerdos ambientales voluntarios: si los objetivos son ambiciosos, las compañías que los firman se van insertando en un grupo de excelencia ambiental, que conformará la máquina que tire del tren de la protección ambiental.

<sup>497</sup> Si bien dos de las tres partes en juego tienen intereses divergentes: así, mientras que la vocación ambiental recae mayormente sobre los consumidores, las empresas buscan un beneficio económico basado en un acercamiento precautorio a la contaminación. Cfr. KISS, A. y SHELTON, D., *Manual of European Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2ª edición, 1.994, pág. 82. Nosotros añadiremos que la tercera parte en juego (la UE) tiene la intención de evitar las trabas al comercio que las medidas de etiquetado nacionales pudieran tener, deteniendo una natural querenencia al mantenimiento del mercado económico interior único.

<sup>498</sup> Lo mismo sería deseable al celebrar otros acuerdos voluntarios ambientales, cuyos objetivos deberían ser más severos —o, al menos, similares— que los recogidos en la normativa que regule la materia de la que traten, para no ir en contra del principio de legalidad.

<sup>499</sup> En la que se aboga por dejar atrás la fase de los debates para aplicar con efectividad una “etiqueta europea” para los “productos limpios”. Cfr. SIERRA LUDWIG, V., *La Etiqueta ecológica comunitaria y sus Implicaciones*, Boletín Económico ICE, nº. 2.388, 1.993, pág. 2.969.

La razón que motivó una modificación *in totum* del régimen jurídico de la ecoetiqueta hay que buscarla en el art. 18 del Reglamento de 1.992, donde se instaba a la Comisión Europea a que examinara el sistema, a más tardar cinco años después de la entrada en vigor del reglamento<sup>500</sup>. Al hilo de la reforma planteada, se ha incorporado al nuevo texto la experiencia acumulada por la Comisión y los organismos nacionales encargados de la concesión de la etiqueta, al tiempo que se han desarrollado preceptos poco claros y rellenado las lagunas detectadas. En general, el sistema vigente pretende ser más eficaz y racional que el anterior, y en particular, se amplía el objeto de productos etiquetables, incluyendo en ellos a los servicios<sup>501</sup>.

## 2. DESCRIPCIÓN DEL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

El sistema de ecoetiquetado podría resumirse de la siguiente manera: cualquier fabricante, importador, prestador de servicios, comerciante o detallista podrá solicitar a un organismo competente la concesión de la etiqueta ecológica para un producto concreto por él fabricado, importado o comercializado (en este caso, si la comercialización del producto –fabricado por otro– se hace bajo el nombre propio<sup>502</sup>). Se exceptúan los medicamentos y productos sanitarios de uso profesional o que deban ser recetados, los productos alimenticios y bebidas, y las sustancias o preparados tóxicos, peligrosos y dañinos para la salud en general. Cada Estado miembro tiene designado uno o varios organismos competentes para conceder la etiqueta. Sólo en el caso de que el producto sea originario de un único Estado miembro, la solicitud deberá dirigirse únicamente al organismo de ese Estado<sup>503</sup>.

\*\*\*\*\*

<sup>500</sup> Por ello, la Comisión presentó una propuesta de Reglamento del Consejo el 19 de marzo de 1.997 (COM(96) 603, final, DOCE C 114, de 12.04.1.997), germen del vigente reglamento.

<sup>501</sup> El régimen jurídico anterior, aparte de más lacónico, incluía como objetivo la provisión de información sobre las repercusiones ecológicas de los productos, cosa que ahora se recoge como un medio para alcanzar el objetivo único, que es la promoción de los productos que puedan reducir los efectos ambientales adversos, en comparación con otros productos de la misma categoría. Esta aparente reducción del *status* de la información a los consumidores queda compensada por la exigencia de exactitud, veracidad y objetividad científica impuesta a ésta en el art. 1 nuevo. Cambia también, en parte, el mecanismo de solicitud de la etiqueta, especificándose ahora el organismo nacional receptor de la misma dependiendo de que el producto a etiquetar sea originario de un único Estado miembro o de varios de ellos (art. 7).

<sup>502</sup> Es el caso de los productos que se venden en grandes superficies bajo su propia denominación (Carrefour, El Corte Inglés, Hacendado...), a pesar de haber sido fabricados por otras marcas conocidas.

<sup>503</sup> En los demás casos, la etiqueta concedida por el organismo de un Estado podrá servir en otros Estados miembros: si el producto es originario de varios Estados (además de aquél cuyo organismo concedió la etiqueta) valdrá también para ellos, y si ha sido fabricado fuera de la Comunidad, la etiqueta concedida en uno de los Estados en que se vaya a comercializar o se haya comercializado ya, valdrá también para el resto de los Estados en que se introduzca o se haya introducido el producto.

Para otorgar o denegar la etiqueta, el organismo nacional deberá comprobar, en primer lugar, que el producto concreto se inserta en una de las categorías de productos que la Comisión se encarga de instituir. Para ello, previamente, la Comisión ha debido verificar, con carácter general, que una determinada categoría de productos es susceptible de contribuir de forma significativa a la realización de mejoras en aspectos ecológicos clave, determinados conforme a una matriz recogida en el Anexo I del Reglamento y a los requisitos metodológicos del Anexo II del mismo. Para aprobar una determinada categoría de productos como marco para la etiqueta, la Comisión ha de verificar que el uso de esos productos traiga consigo beneficios no sólo ambientales sino de seguridad y sanitarios.

Una vez establecida una categoría por decisión de la Comisión (en la que se pueden recoger subcategorías de aquélla<sup>504</sup>), se expresarán en ella los criterios de tipo apriorístico que deberán de observarse para que un producto pueda ser candidato a la etiqueta (y que deberán revelar algunas cualidades esenciales como su viabilidad económica, sus perspectivas de penetración en el mercado<sup>505</sup>, y su excelencia

<sup>504</sup> Algunas de las categorías de productos reconocidas por la Comisión son las siguientes:

- Lavadoras (Decisión 93/430/CEE, DOCE L 198 de 07.08.1.993 y Decisión 96/461/CEE, DOCE L 191, de 01.08.1.996);
- Lavaplatos (Decisión 93/431/CEE, DOCE L 198 de 07.08.1.993 y Decisión 98/483/CEE, DOCE L 216, de 04.08.1.998);
- Enmiendas del suelo (Decisión 94/923/CEE, DOCE L 364, de 31.12.1.994 y Decisión 98/488/CEE, DOCE L 219, de 07.08.1.998);
- Papel: higiénico (Decisión 94/924/CEE, DOCE L 364, de 31.12.1.994, de cocina (Decisión 94/925/CEE, DOCE L 364, de 31.12.1.994, y de copias (Decisión 96/467/CEE, DOCE L 192, de 02.08.1.996, y Decisión 1.999/554/CEE, DOCE L 210, de 10.08.1.999);
- Detergentes: para ropa (Decisión 95/365/CEE, DOCE L 217, de 13.09.1.995, para lavaplatos (Decisión 1.999/427/CEE, DOCE L 167, de 02.07.1.999, y para textiles (Decisión 1.999/476/CEE, DOCE L 187, de 20.07.1.999);
- Bombillas eléctricas: de un solo pitón (Decisión 95/533/CEE, DOCE L 302, de 15.12.1.995), de dos casquillos (Decisión 96/337/CEE, DOCE L 128, de 29.05.1.996, y en general (Decisión 1.999/568/CEE, DOCE L 216, de 14.08.1.999);
- Pinturas y barnices: de interior (Decisión 96/13/CEE, DOCE L 4, de 06.01.1.996 y en general (Decisión 1.999/10/CEE, de 18 de diciembre, DOCE L 5, de 09.01.1.999);
- Ropa de cama y camisetas (Decisión 96/304/CEE, DOCE L 116, de 11.05.1.996);
- Frigoríficos (Decisión 96/703/CEE, DOCE L 323, de 13.12.1.996);
- Productos de papel tisú (Decisión 98/94/CEE, DOCE L 19, de 24.01.1.998);
- Colchones (Decisión 98/634/CEE, DOCE L 302 de 12.11.1.998);
- Productos textiles (Decisión 1.999/178/CEE, DOCE L 57, de 05.03.1.999);
- Medias y calzado (Decisión 1.999/179/CEE, DOCE L 57, de 05.03.1.999);
- Ordenadores: personales (Decisión 1.999/205/CEE, DOCE L 70, de 17.03.1.999 y portátiles (Decisión 1.999/698/CEE, DOCE L 276, de 27.10.1.999);

<sup>505</sup> Con ello se demuestra, también aquí, la importancia concedida a la vertiente económica en la protección del medio ambiente (que es considerado como una cortapisa al comercio más que como una meta en sí misma), algo que ya venía siendo criticado con anterioridad al Tratado de Amsterdam, a lo que éste intentó subvenir elevando la protección del medio ambiente a la categoría de política en lugar de simple acción de la Comunidad. A la luz de ello, no puede dejar de extrañarnos extremos como el citado. Un producto, a pesar de tener poca distribución mercantil, puede ver incrementadas sus ventas (y, por tanto, contribuir a la salvaguarda del medio ambiente) si se le concede la etiqueta por sus virtudes de bajo impacto ecológico, sin necesidad de que se planteen hipótesis de expansión diferentes. Será un organismo específico designado por el C.E.E.U.E. el que tenga que realizar el informe prospectivo de viabilidad económica de una determinada categoría de productos; en caso afirmativo, ese/esos mismo/s organismo/s deberá elaborar los criterios al respecto. Vid. apdos. 26-39 del Reglamento interno del C.E.E.U.E., aprobados por Decisión 2.000/730/CEE, de 10 de noviembre de 2.000, de la Comisión.

ambiental). También se tienen que integrar en la decisión los criterios que debe usar la Comisión para cuantificar el cumplimiento de esos criterios apriorísticos y que el organismo competente debe aplicar para conceder o denegar la etiqueta, así como los plazos de vigencia de la categoría y de los requisitos mencionados, todo ello mediante un procedimiento en que participan la Comisión y el Comité de Etiqueta Ecológica de la Unión Europea (C.E.E.U.E.<sup>506</sup>, compuesto por los organismos competentes de cada Estado y por un Foro de Consulta integrado por las industrias del ramo, PYMEs, comerciantes, empresarios, sindicatos, asociaciones ecologistas y de consumidores, etc.<sup>507</sup>).

Las preferencias ambientales y de mercado de la Comunidad, a establecer en el plazo de un año tras la entrada en vigor del Reglamento, determinarán las categorías cuyos productos podrán ser individualmente dignos de la etiqueta, la financiación y los planes de coordinación con los sistemas de etiquetado ecológico nacionales que puedan existir. La etiqueta sólo se podrá emplear tras la celebración del contrato entre la empresa y el órgano competente para otorgarla, por lo que podría ser concebido como un acuerdo voluntario vinculante (esto es, un contrato), en la medida en que su incumplimiento por parte de la empresa solicitante puede dar lugar a la adopción de medidas administrativas, si así lo determina el Estado (art. 18), o a la retirada de la etiqueta, si así se convino en el contrato (art. 9)<sup>508</sup>.

La etiqueta tiene forma de margarita, con 12 estrellas a modo de pétalos, y expone con claridad, y someramente, la información ambiental del producto y los crite-

\*\*\*\*\*  
<sup>506</sup> La Decisión 2.000/730/CEE, de 10 de noviembre de 2.000 (notificada con el C(2.000) 3.280, y publicada en DOCE L 293/24, de 22.11.2.000) de la Comisión, crea el C.E.E.U.E. y aprueba su reglamento interno. Está integrado por los organismos competentes de cada Estado miembro y por el Foro de Consulta, en el que se da entrada a otros intereses sociales. La presidencia la ocupará inicialmente un/el organismo competente del Estado miembro que ostente en ese momento la presidencia de la UE, para luego pasar a cada uno de los Estados miembros del EEE por igual tiempo y en orden alfabético (apts. 7 y 8 del Anexo). Cada organismo estará representado por tres miembros. En su seno, el C.E.E.U.E. designará el/los organismo/s competentes para encabezar las labores de establecimiento o revisión de los criterios ecológicos de cada categoría de productos, así como de su viabilidad.

<sup>507</sup> Cuyo reglamento interno fue establecido por Decisión 2.000/731/CEE, de 10 de noviembre de 2.000, de la Comisión, notificada con el n.º C(2.000) 3.281, y publicada en DOCE L 293/31, de 22.11.2.000, que deroga el anterior reglamento, fijado mediante Decisión de 18 de noviembre de 1.992 (DOCE C 92 2.314, final, de 18.11.1.992). La vocación de este órgano, integrado en el C.E.E.U.E., es dar entrada a los intereses de las asociaciones europeas de consumidores, ambientales, sindicales, industriales y de comercio (respectivamente, COFACE, OEMA, CES, UNICE y UEAPME, y EUROCOMMERCE (aptdo. 3 del Anexo), moderando los criterios institucionales a la hora de establecer y revisar los criterios ecológicos para cada categoría de productos, de evaluar y comprobar el cumplimiento de los mismos, de elaborar el plan de trabajo sobre etiqueta ecológica y de promocionar su uso (aptdo. 1 del Anexo).

<sup>508</sup> Vid. Decisión 93/517/CEE, de 15 de septiembre de 1.993 (DOCE L 243 de 29.09.1.993), relativa a un contrato tipo sobre las condiciones de utilización de la etiqueta ecológica comunitaria.

<sup>509</sup> Vid. Decisión 2.000/728/CEE, de 10 de noviembre, de la Comisión, por la que se establecen los cánones de solitud y anuales de la etiqueta ecológica, notificada con el número C(2.000) 3279, publicada en L 293/18, de 22 de noviembre de 2.000, que derogó la anterior Decisión 93/326/CEE, de 13 de mayo de 1.993, de la Comisión, por el que se establecían directrices indicativas sobre el establecimiento de los cánones relativos a la etiqueta ecológica comunitaria (DOCE L 129, de 27.05.1.993).

rios por los que se le otorga. Su concesión está condicionada al pago de un canon por parte del solicitante, que cubre los gastos de tramitación<sup>509</sup>. Además, se establecerán cánones anuales concretos para cada categoría de producto, cuya determinación en cada caso se puede negociar y recoger en el contrato suscrito entre el organismo y el solicitante. Los solicitantes pagarán también los gastos de las pruebas y comprobaciones técnicas que deban pasar sus productos candidatos. El Reglamento de 1.992 exigía que la evaluación del producto por el organismo competente y un resumen de los resultados de la misma fuera comunicada a la Comisión, la cual la remitiría, a su vez, al resto de los organismos competentes de los Estados miembros, para que pudieran objetar lo que a su derecho conviniese<sup>510</sup>.

Es importante dejar sentado que el sistema de etiquetado comunitario es compatible con otros sistemas de etiquetado o certificación de calidad comunitarios<sup>511</sup> y con los sistemas nacionales de etiquetado ecológico ya existentes<sup>512</sup>. Con éstos últimos, además, deberá armonizarse (arts. 5 y 11). Esto ha significado, probablemente, la inmolación inconsciente de la etiqueta comunitaria en los Estados miembros donde ya existían etiquetas nacionales propias, que, a la postre, han seguido obteniendo mayor éxito y aceptación que aquella<sup>513</sup>.

### 3. EL NEGOCIO JURÍDICO PACCIONADO: EL CONTRATO TIPO

#### A. Su importancia como nexo entre las fases voluntaria y vinculante del sistema de etiquetado ecológico

Como hemos advertido arriba, la ecoetiqueta comunitaria nos interesa en la medi-

<sup>510</sup> Por medio de un modelo resumen establecido por la Decisión de la Comisión 94/10/CEE, de 21 de diciembre de 1.993, (DOCE L 7 de 11.01.1.994).

<sup>511</sup> Por ejemplo, coexistirá con la etiqueta de consumo energético de los electrodomésticos, establecida por la Directiva 92/75/CEE del Consejo, de 22 de septiembre de 1.992, 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 (DOCE L 297, de 13.10.1.992).

<sup>512</sup> El primero de los cuales, el alemán, más conocido como Ángel Azul, fue aprobado en 1.977 y sirvió de inspiración al sistema comunitario. Austria, Francia, Dinamarca, Islandia, Noruega, Suecia, Holanda, Bélgica, Finlandia o España disponen también de etiquetas ecológicas nacionales. Abundaremos en el estudio de la ecoetiqueta española cuando tratemos los acuerdos voluntarios en España.

<sup>513</sup> Tal es el caso de Francia, Alemania o los países escandinavos. En este nivel de escepticismo se mueve KRÄMER, L., *Derecho Ambiental y Tratado de la Comunidad Europea*, Marcial Pons, Madrid, 1.999 (Traducción de LUCIANO PAREJO, A. y MORENO MOLINA, Á., M.), págs. 243-244. A pesar de la piedad que la UE ha mostrado con los sistemas de etiquetado nacionales, a nadie escapa que un fortalecimiento del sistema comunitario pasa por el progresivo languidecimiento de éstos, ya que jurídicamente siguen muy vivos.

da en que insta un sistema de adhesión voluntaria de las empresas para la protección del medio ambiente, tema que estamos analizando.

Hemos de precisar, sin embargo, que, si bien la decisión de adherirse o no al sistema comunitario de etiquetado ecológico es libre por parte de la empresa (y responde, esencialmente, a sus propias preocupaciones ambientales, económicas, o de otro tipo), no lo es tanto el régimen al que queda sometida una vez otorgada su voluntad. Esto es, debe diferenciarse la fase de conformación del deseo empresarial de solicitar la etiqueta, fase puramente voluntaria e irrelevante a los efectos jurídicos contemplados por el reglamento, y la fase posterior a la exteriorización y comunicación de esa voluntad al organismo, fase, diríamos, juridificada y que supone el encauzamiento de su solicitud y el ulterior sometimiento del usufructuario de la etiqueta al régimen jurídico que impone el reglamento.

Es por ello por lo que –parafraseando a Aristóteles– podríamos decir que se produce, pues, una inicial “adhesión potencial” al sistema, que acaece en el instante en que se solicita la concesión de la etiqueta, y una adhesión “en acto”, que sobreviene cuando se firma el mencionado contrato entre el candidato y el organismo estatal competente para el otorgamiento de la etiqueta.

La etiqueta se concede, por tanto, de forma paccionada: a lo sumo, el organismo puede verificar que la solicitud presentada cumple los requisitos y condiciones impuestos para cada categoría de productos (predeterminados, ya hemos dicho, por la Comisión Europea), pero sólo concede la etiqueta en el momento en que contrata con el particular. En este contrato el organismo competente concede al titular el derecho a utilizar la etiqueta ecológica, cosificándolo *in rem* esto es, en atención al producto específico para la que se solicitó, pero condicionándolo a la observancia de las exigencias generales de la decisión comunitaria que regula los criterios para la categoría de productos al caso y a las particulares recogidas en el contrato.

Es por la naturaleza del derecho concedido por lo que hemos hablado de “usufructuario” de la etiqueta: la etiqueta no se concede en propiedad; sólo se entrega un derecho a usarla, por un tiempo determinado, y siempre que el producto cumpla las condiciones prefijadas en el reglamento y en el contrato. Y es esa naturaleza de derecho real de usufructo condicionado, precisamente, la que apoya su concesión mediante un acuerdo de voluntades y no unilateralmente: las condiciones de uso y empleo de la etiqueta se consensuarán en el contrato, pacto vinculante para ambas partes y que puede concebirse como contrato administrativo atípico (si el organismo competente para su concesión fuera una Administración) o

de simple contrato privado (si fuera un ente privado, como ocurre en España a nivel estatal)<sup>514</sup>.

Ya el art. 10.4 del Reglamento de etiqueta ecológica comunitaria de 1.992 condicionaba la concesión de la etiqueta a la firma de un contrato entre la empresa solicitante y el organismo estatal competente. En efecto, allí se decía que pasado el “nihil obstat” de la Comisión y de los demás organismos estatales de los países miembros, la inicial voluntad de conceder la etiqueta se veía así respaldada. Posteriormente, tal propósito se fijaría en el contrato citado, que vendría a establecer las condiciones de utilización de la etiqueta (art. 12).

Con el nuevo Reglamento no existe una instancia comunitaria en la tramitación de la solicitud del producto candidato, como existía en el anterior de 1.992 (tal cosa se suple con la configuración por la Comisión de los criterios de concesión, de cumplimiento y de verificación, insertos en la decisión que regule la categoría concreta de productos). Con ello se ha reducido el margen de discrecionalidad de que disponía ésta para realizar objeciones, así como la posibilidad de injerencia de los organismos competentes del resto de los países miembros de la Unión, quienes se conducían, a veces, de manera proteccionista.

Con el nuevo régimen jurídico instaurado en 2.000, ni la Comisión podrá pronunciarse directamente en el procedimiento de concesión de la etiqueta, ni los organismos del resto de países miembros deberán ser consultados (a excepción del supuesto planteado en el art. 7.3, c), si fuera necesario)<sup>515</sup>.

<sup>514</sup> Este contrato muestra de manera palmaria lo bien que se compadecen los instrumentos paccionados con la naturaleza de los permisos o licencias al uso que contengan requerimientos de protección ambiental. Más allá de los cánones de vertidos y de emisiones de nuestra legislación, de carácter unilateral, está próxima la era en que muchas de las actividades privadas con incidencia ambiental se concedan de manera sinalagmática y vinculante, que adapte los intereses generales de salvaguardia del entorno más que a características subjetivas (como las posibilidades de inversión de la empresa, lo que podría condicionar perversamente ese objetivo común) a requisitos objetivos pero variables, como pueden ser el tipo de permiso solicitado, a las características geográficas y ecológicas del entorno para el que se concede. Así, la Directiva 96/61/CEE del Consejo de 24 de septiembre de 1.996 relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación, da juego a condicionar los permisos y las licencias y a unificarlos de alguna manera. Cfr. Comentario a esta directiva por FUENTES BODELÓN, F., *Comentarios a la Directiva sobre prevención y control integrados de la contaminación*, en Revista de Derecho Ambiental, n.º. 19, 1.997, págs. 43 y ss.

<sup>515</sup> “Cuando un producto tenga su origen fuera de la Comunidad, la solicitud podrá presentarse a un organismo competente de cualquiera de los Estados miembros en que vayan a ser puestos en el mercado o hayan sido puestos en el mercado”.

## B. Contenido y naturaleza jurídica del contrato tipo

### a). Régimen jurídico aplicable

El anterior art. 12 remitía a un contrato tipo la fijación de las disposiciones comunes a todos los contratos a celebrar en aplicación del Reglamento de 1.992. Ese contrato tipo fue delimitado en el Anexo de una Decisión de la Comisión, de 1.993<sup>516</sup>.

El nuevo art. 9.1 remite a un nuevo contrato tipo, a modelar conforme al procedimiento de Comité (el ya citado C.E.E.U.E.) del art. 17 del Reglamento de 2.000. Las razones para instituir un nuevo contrato tipo se cifran en las preocupaciones que el Parlamento y el Consejo han elucidado en el art. 9 del Reglamento. Así, a los paralelismos con las exigencias del contrato tipo fijado en 1.993 (en que se plasmaban también disposiciones sobre la retirada de la autorización de la etiqueta, de revisión del contrato tras la modificación de los criterios de etiquetado ecológico de la categoría a que pertenecía el producto etiquetado y de interdicción de publicidad falsa o engañosa o de etiquetas que puedan confundirse con la ecológica comunitaria) se añade en ese precepto la exigencia de que el contrato tipo incluya la compatibilidad de su clausulado con otros requisitos nacionales o comunitarios, ambientales o de otro tipo, a aplicar a las distintas fases del ciclo de vida de los productos, o la prohibición de realizar publicidad del producto antes de la concesión de la etiqueta.

El nuevo contrato tipo, que deroga al anterior de 1.993, ha sido aprobado mediante Decisión de la Comisión de 10 de noviembre de 2.000, relativa a un contrato tipo sobre las condiciones de utilización de la etiqueta ecológica comunitaria<sup>517</sup>.

Entendemos que la voluntad de la Comisión en su decisión sobre el contrato tipo es la de permitir cierto margen para las negociaciones entre las partes, sin que tengan que ceñirse exhaustivamente a las cláusulas de dicho contrato modelo: se proclama, pues, un principio de libertad de pactos, aunque condicionado a que las nuevas disposiciones a incluir en el contrato sean compatibles con el reglamento (y sin que sea ya preciso el previo juicio de compatibilidad de la Comisión exigido en el art. 2 de la Decisión de 1.993)<sup>518</sup>.

<sup>516</sup> Decisión de la Comisión de 15 de septiembre de 1.993, relativa a un contrato tipo sobre las condiciones de utilización de la etiqueta ecológica comunitaria (DOCE L 243/13, de 29.09.1.993).

<sup>517</sup> Notificada con el número C(2.000) 3.278 (2.000/729/CEE), y publicada en L 293/20, de fecha de 22.11.2.000. El contrato tipo promulgado en 1.993 seguirá siendo aplicable a los contratos firmados tras la entrada en vigor del nuevo reglamento y hasta la entrada en vigor del nuevo contrato tipo de 2.000. Así parece inferirse de la Disposición Transitoria del Reglamento 1.980/2.000).

<sup>518</sup> Nos parece, por tanto, excesiva, la negación de todo carácter dispositivo a las cláusulas del contrato-tipo realizada por MARTÍN MATEO, R., *Nuevos Instrumentos...*, *opus cit.*, pág. 56, de manera que al particular le quepa sólo

## b). Naturaleza y objeto de los contratos de etiqueta ecológica

Ni qué decir tiene que el vínculo que une al organismo competente con el adjudicatario de la etiqueta es de tipo contractual, y por tanto, vinculante jurídicamente para las partes. Dependiendo de la naturaleza jurídica del organismo competente en cada Estado (también en España, como hemos adelantado) será un contrato puramente mercantil, de Derecho Privado, o un contrato administrativo atípico. En España, por ejemplo, siendo A.E.NOR. la principal entidad competente para el otorgamiento de la ecoetiqueta comunitaria (ex Comunicación de la Comisión Europea del 25 de abril de 1.994<sup>519</sup>), el contrato no podría dejar de ser uno de Derecho Privado (arrendamiento de servicios)<sup>520</sup>.

el firmarlo o no (con la excepción de un posible acortamiento del plazo de validez del contrato). A nosotros, más que un simple contrato de adhesión nos parece posible cierta flexibilidad de las cláusulas, en adaptación al caso concreto, con el importante límite aludido. El hecho de que el nuevo art. 2 de la Decisión sobre el contrato tipo sólo cite la posibilidad de que las nuevas cláusulas sean incluidas por parte del organismo competente no obsta a que las mismas hayan sido previamente pactadas con el titular.

<sup>519</sup> Con esta Comunicación, titulada "El Sistema comunitario de Concesión de Etiqueta ecológica" (95/C 98/04), DOCE C 39, de 16 de febrero de 1.995, la Comisión cumple la exigencia que la letra c) del art. 14 del anterior reglamento le imponía, de dar el nombre y el domicilio de los organismos competentes. En su art. 11, por España, son designados AENOR, y la *Direcció General de Qualitat Ambient*.

<sup>520</sup> En efecto, la Asociación Española de Normalización y Certificación es una asociación privada sin ánimo de lucro, independiente y sin naturaleza administrativa, por lo que sus relaciones con terceros se someten, en principio, al Derecho Privado. Y ello, a pesar de que del clausulado del contrato tipo se desprendan determinadas potestades exorbitantes a favor del organismo competente (atribuidas por la Comisión, sin duda alguna, para hacer defender los intereses generales de protección del medio ambiente que encarna), que bien podrían aparecer en un contrato administrativo al uso. Ahondaremos en la caracterización del contrato de otorgamiento de la etiqueta comunitaria en España cuando tratemos los acuerdos voluntarios en derecho español. La jurisdicción competente para ventilar los posibles conflictos que surgieran será, por tanto, la civil.

Por lo demás, el otro organismo competente en funcionamiento es la Dirección General de Calidad Ambiental del Departamento de medio ambiente de Cataluña, órgano puramente administrativo, inserto en una Administración territorial, y que está sujeto al texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, constituyéndose, entendemos nosotros, los contratos de concesión de etiqueta por él firmados como contratos administrativos atípicos, al estar contemplados en el Orden de 27 de abril de 1.995, del Departamento de medio ambiente, y estar integrados en el giro o tráfico administrativo del mismo, contribuyendo a la satisfacción de un interés general de la colectividad como es la protección del medio ambiente. Aquí sí entraría en concurso la jurisdicción contencioso-administrativa. La Asociación Española de Normalización y Certificación fue creada en 1.980. A fecha de hoy está compuesta por más de 1.000 miembros que integran la práctica totalidad del entramado industrial español. Su designación como entidad apta para desarrollar la normalización y certificación se produjo por Orden de 26 de febrero de 1.986, del Ministerio de Industria y Energía, de acuerdo con el Real Decreto 1.614/1.985, de 1 de agosto. Más en concreto, ha sido autorizado como organismo competente para asumir funciones de certificación en materia medioambiental por la Resolución de 21 de junio de 1.993, de la Dirección General de Política Tecnológica del Ministerio de Industria y Energía. Ese voto ha sido renovado, con carácter general, por el Real decreto 2.200/1.995, de 28 de diciembre, en desarrollo de la Ley 21/1.992, de Industria, de 16 de julio, por el que se la reconoce como Organismo de Normalización y para actuar como Entidad de Certificación (Disposición Adicional I y Disposición Transitoria II, respectivamente). Una de sus funciones más importantes es la producción de normas técnicas, que pueden ser igualmente reconocidas por el Estado, pasando entonces a denominarse normas U.N.E. (Una Norma Española). Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, V., *La Protección del medio ambiente mediante las Técnicas de la Normalización industrial y de la Certificación*, en R.E.D.A. n.º. 105, enero-marzo de 2.000, págs. 73 a 76, donde se describen las diferentes certificaciones que A.E.NOR. concede en España, entre ellas la ecoetiqueta comunitaria.

Ahora nos interesa aclarar que la vinculatoriedad del contrato tipo establecido por la Comisión Europea se traduce en la asunción de un régimen de derechos y obligaciones para las partes: el organismo competente concede al titular el derecho a utilizar la etiqueta para el producto X, y la empresa adjudicataria se compromete a mantener las cualidades ecológicas del producto (tal como se desprende de los requisitos exigidos para el grupo de productos correspondiente y de las condiciones de utilización del producto expresadas en el contrato<sup>521</sup>) durante el período de validez del contrato (art. 1).

Como se ha dicho, el interés público inmanente a la salvaguarda del medio ambiente ha hecho que la Comisión haya desnivelado la igualdad de las partes en el contrato tipo mediante la atribución de un régimen de facultades extraordinarias a los organismos competentes. Esas exorbitancias son las siguientes:

1. A pesar de que el particular debe comunicar al organismo cualquier posible incumplimiento de los requisitos del producto y abstenerse de usar la etiqueta mientras tanto (art. 5.1), la Comisión intitula a aquél para realizar visitas *in loco* por sorpresa (imponiéndole a la empresa la obligación de permitir el acceso a cualquier dependencia de la misma) y para apoderarse de cualquier documento, al objeto de verificar el cumplimiento continuado de las condiciones de uso de la etiqueta por el producto (art. 3.2). No debe sorprendernos la amplitud de esta facultad (que nos recuerda al poder de inspección por la Administración de los contratos administrativos) reconocida en el contrato tipo (a pesar de que algunos organismos estatales carezcan de estatuto administrativo, como en el caso de A.E.NOR.). Con esa extensa facultad se persigue la cobertura del interés general ambiental y el control de la actividad del particular por encima de su opinión: la empresa puede entender que en ese momento concreto su producto seguía cumpliendo los requisitos ecológicos y que no había motivo para informar al organismo o, al contrario, ser consciente de ello y no informar al organismo para ocultar su falta. Contra los excesos que la entidad competente pueda cometer en el ejercicio de esta facultad, las empresas podrán recurrir ante los Tribunales correspondientes en virtud de la legislación nacional de cada Estado, y en atención a la naturaleza (pública o privada) del ente competente y del contrato celebrado.

521 Una de ellas es la prohibición de que el titular realice publicidad falsa, engañosa o confusa o que ponga en tela de juicio la credibilidad de la etiqueta ecológica. Este precepto impide que la compañía saque provecho de la etiqueta concedida a un producto a través de una hipotética generalización de la excelencia del producto a la política toda de la empresa o a través de su ampliación a otros productos ambientalmente ineficientes.

2. La suspensión o retirada de la etiqueta por el organismo no lleva aparejada la devolución de los cánones ya pagados por la empresa, ni aunque haya sucedido actuando ésta de buena fe (art. 7.1, *in fine*)<sup>522</sup>.
3. El organismo competente no será responsable de los daños que sufra el titular por la concesión o utilización de la etiqueta. Es obvio que un uso equivocado de la etiqueta puede irrogar perjuicios a la empresa: se nos ocurre, por ejemplo, que podría sobrevenir un lucro cesante si una mala o errónea realización de las plantillas del logotipo despierta recelos en los consumidores, quienes dejan de comprar el producto por miedo a su falsedad. Respecto de la exclusión de responsabilidad del organismo por daños ocasionados al titular por la concesión de la etiqueta supondrá que sólo la empresa es responsable del impacto negativo que el cumplimiento con el nivel de excelencia ecológica del producto le acarree, verbigracia, en su sanidad económica o en el mantenimiento del empleo. A la empresa siempre le queda romper el contrato (art. 9.3), a pesar de perder los cánones ya pagados<sup>523</sup>.
4. El ente competente para conceder la etiqueta en cada Estado tiene atribuido en el contrato tipo un *ius interpretandi* en el siguiente sentido: puede dar por finalizado el contrato si entiende que la empresa ha infringido alguna de las

<sup>522</sup> En Cataluña, además, el art. 7.4 de la Orden de 27 de abril de 1.995, del Departamento de medio ambiente, avanza al considerar que la utilización de la etiqueta concedida, una vez que ésta ha sido suspendida o retirada, equivale a una infracción administrativa que podrá ser sancionada de acuerdo con la Ley 1/1.990, de 8 de enero, sobre la Disciplina de Mercado y de Defensa de los Consumidores y Usuarios. Recuérdese que en Cataluña el organismo competente es administrativo, como lo son el resto de los establecidos por otras Comunidades Autónomas, y aún no reconocidos *ad extra*, por la UE.

<sup>523</sup> Respecto a la cuantía de los cánones, el régimen del Reglamento de 2.000 viene recogido en su Anexo V, cuyas directrices han sido desarrolladas por la Decisión de la Comisión 2.000/728/CEE, ya citada: respecto del canon de solicitud, oscilará entre los 300 y 1.300 euros, concretable por pacto entre el organismo y el titular, y el canon anual de utilización lo hará entre los 500 y los 25.000 euros, por categoría de producto y solicitante (en este caso, el canon ordinario resultará de aplicar el 0, 15% del volumen de ventas del producto o del precio del servicio etiquetado, *ex art. 2.4*). En ambos cánones, el organismo deberá reducir un mínimo del 25% del montante cuando se trate de PYMES, de fabricantes de productos o de prestadores de servicios de países en desarrollo; reducciones acumulables entre sí y con las ofrecidas en el canon anual de utilización para las tres primeras empresas de cada país en solicitar la ecoetiqueta de una nueva categoría de productos (de un 25%) y para las empresas insertas ya en el sistema EMAS o ISO 14.000 (de un 15%), en ambos casos con el límite del 50% del canon normal (art. 2). El art. 11 del Reglamento de 1.992 remitía a unas directrices comunes, fijadas por la Decisión de la Comisión 93/326/CEE, de 13 de mayo de 1.993, por la que se establecen directrices indicativas sobre el establecimiento de los cánones relativos a la etiqueta ecológica comunitaria (DOCE L 129/23, de 27.05.1.993), en la que se fijaba un canon de tramitación y anual de 500 ecus, este último como un mínimo incrementable en función de las ventas del producto, a razón de un porcentaje del 0, 25 % anual. Para ambos, además, el organismo de cada Estado tenía discrecionalidad para aumentar o disminuir esa cantidad hasta en un 20%, con la obligación de aplicar tal variación a todas las etiquetas concedidas desde ese momento en adelante. Quería decirse con ello que la concreta fijación del canon no era susceptible de negociación en cada contrato, siendo impuesta unilateralmente por el organismo.

<sup>524</sup> La *Alternative Dispute Resolution*, o resolución alternativa de los conflictos, que parece imponerse en la materia ambiental, dada la complejidad y magnitud de los pleitos en este orden y sus buenos resultados. "Será ampliada en el siguiente capítulo".

condiciones de utilización del mismo (art. 9.2), o si entiende que la modificación, realizada por la Comisión, de los criterios del grupo de productos es incompatible con el contrato firmado. Caso afirmativo, además, el ente competente se arroga la potestad de rescindir unilateralmente el contrato sin indemnización alguna. Caso negativo, lo renovará automáticamente (art. 9.4).

El contrato tipo recoge también la prioridad del recurso a acuerdos amistosos preprocesales para solucionar las divergencias de fondo durante la vida del contrato (art. 9.6), solución muy en la línea de la A.D.R. (*Alternative Dispute Resolution*) norteamericana<sup>524</sup>. Si no surtieran efecto, cualquiera de las partes podrá acudir entonces a las instancias judiciales propias del sistema jurisdiccional del Estado miembro correspondiente.

#### 4. VALORACIÓN FINAL DEL SISTEMA DE ETIQUETADO ECOLÓGICO COMUNITARIO: ALGUNAS PROPUESTAS DE MEJORA

A pesar de que el montaje del sistema demuestra ser correcto, pues acceden a la etiqueta productos que, efectivamente, son de una calidad ambiental absoluta, ha sido generalmente criticada la falta de información que las empresas y consumidores tienen del mismo.

Se genera así lo que MAZIIN ha descrito como un círculo vicioso, en que los consumidores no demandan productos con etiqueta porque no la conocen, y por ello los distribuidores no comercializan este tipo de productos, y, por ello, los fabricantes no solicitan para sus productos la etiqueta<sup>525</sup>. Falla la base. ¿Cuántos anuncios de publicidad institucional vemos sobre ecoetiqueta? ¿Cuántos anuncios dedicados a información ambiental comunitaria existen? Y, lo que es peor, si el sistema fuera realmente eficiente, ¿por qué no existe anuncio alguno de ningún producto en el que se resalte que le ha sido concedida la ecoetiqueta?

Nosotros nos mostramos favorables a incentivar temporalmente con medidas positivas y negativas a las empresas para que suscriban los contratos de uso de la ecoetiqueta. Con ello la Comisión interviene en el sistema (y los Estados, así habilitados), adoptando una postura activa de fomento, necesaria para afianzar y dar a conocer el mecanismo a los consumidores:

<sup>525</sup> MAZIIN, B., *Legal and Policy Aspects in Integrated Product Policy Illustrated by the European Eco-labelling Scheme*, Bruselas, 24-25 febrero de 2.000, págs. 6 y 7.

1. Respecto de las contrapartidas positivas, esto es, aquellas medidas que atraen a las empresas a la ecoetiqueta: a la vista del escaso número de productos etiquetados en el mercado y de su precio, parece un lujo que el nuevo reglamento no haya incluido entre sus preceptos ningún mecanismo concreto de estímulo, como rebajar en algunos puntos los impuestos a las empresas que soliciten la marca, o subvenciones que les ayuden a compensar el mayor coste que este tipo de productos acarrear en su producción (y que, inevitablemente, repercuten al consumidor). No hablamos de medidas de fomento definitivas, sino de una fase temporal que podría durar un tiempo prudencial (pongamos unos diez años), tras la cual la conciencia de consumo ambiental estaría más o menos instalada en la sociedad, y la demanda de productos ecológicos asentada. Será entonces cuando pueda dejar de otorgarse ese tipo de beneficios, confiando en el propio mercado para mantener el sistema funcionando, y creciendo<sup>526</sup>. Algún autor ha hablado a este respecto de “acuerdos voluntarios compensatorios”<sup>527</sup>.
2. Respecto de las medidas negativas, esto es, aquellas que fuerzan a las empresas a adherirse al sistema de ecoetiqueta: se podría plantear que la UE, por medio de la Comisión, presionara a determinados sectores industriales especialmente contaminantes con la amenaza de una reglamentación obligatoria (es decir, a través de una directiva o reglamento) si no llegan a un acuerdo de establecimiento de criterios sobre un determinado tipo de producto representativo de un determinado tipo de contaminación. Con ello se reduciría en mucho tiempo que las negociaciones colectivas de estos criterios están llevando, y la consecución de objetivos poco ambiciosos. Este tipo de amenazas ha dado muy buen resultado en Holanda o Francia, y no implica sino un empleo absolutamente legítimo del ejercicio de la potestades administrativas de policía<sup>528</sup>.

526 Ibidem, pág. 1 y 9-11. Relata con especial sutileza este autor una idea que pretende ser uno de los nervios conductores de este libro, y que no es otra que la utilidad de los convenios como instrumento de transición entre una etapa de la concienciación social en que los impulsos económicos siguen imperando, y otra etapa más avanzada en que las opciones estén plenamente basadas en intereses ecológicos. Mientras que en la primera fase ningún tipo de mecanismo de fomento sería adecuado para atraer al público en general, y a los agentes económicos en particular, a la escena ambiental, en la segunda, lo que se ha venido en llamar conciencia ambiental (y que en términos jurídicos comienza a llamarse derecho reflexivo, o regulación social —esto último en palabras de MAZIJN—) ya estaría asentada. Para pasar de una a otra etapa, y, por tanto, con vocación temporal limitada, los convenios son una excelente herramienta por aunar ambas facetas: las razones económicas siguen siendo lo suficientemente atractivas como para hacer que una empresa convenga, pero ganando el interés general con la prestación ambiental que otorga al hacerlo. Es por ello, por lo que este autor habla de la necesidad de legitimar (a medio o largo plazo) la ecoetiqueta comunitaria en ese sentido final de conciencia social, en lo que podría llamarse una ‘ecosoc’ label.

527 Cfr. OTTO, M., *Voluntary Agreements in the field of environmental protection*, SOAS, julio de 1.997, pág. 8.

528 NADAI, A., *Les conditions de développement d’un ecolabel de produit*, en *Annales des Mines*, julio 1.997, pág. 20. Este autor, en nuestra línea de forzar de alguna manera a las empresas en las negociaciones, ha calculado que la adhesión de la empresas en estos casos sería casi del doble de lo que viene siéndolo ahora.

## 5. EL SISTEMA DE ETIQUETADO DE LA EFICIENCIA ENERGÉTICA PARA LOS EQUIPOS OFIMÁTICOS Y DE TECNOLOGÍA DE LA COMUNICACIÓN

Aparte del sistema comunitario de etiquetado ecológico voluntario que hemos comentado, la Comunidad Europea lleva preparando, desde 1.994, un sistema de Etiquetado de Equipos de Tecnología de la Información y la Comunicación (convencionalmente conocidos como productos T.I.C.<sup>529</sup>). Con este novedoso sistema –articulado de manera muy parecida al programa voluntario de etiqueta ecológica– se pretende que las empresas fabricantes y vendedoras de este tipo de artículos de consumo se adhieran de manera voluntaria a la versión europea del Programa *Energy Star*, originario de los EE.UU., donde fue creado en 1.993<sup>530</sup>.

El programa norteamericano *Energy Star* es un sistema voluntario institucional, al que se adhieren las empresas fabricantes de equipos informáticos y ofimáticos, a cambio de determinadas contraprestaciones. Tiene como objetivo que éstas instalen en sus productos un sistema de “stand-by”, esto es, de reducción del consumo de energía, que se activa cuando el ordenador o la impresora, por ejemplo, lleva 15 ó 30 minutos sin ser utilizado por el usuario. Desde ese momento el sistema del aparato permanece en una fase de latencia, de la que sale cuando el usuario vuelve a pulsar cualquier tecla. Son obvias las mejoras ambientales derivadas del ahorro de consumo de energía y de evitación de la contaminación atmosférica que su producción acarrearía.

Ése es el programa que va a importarse ahora a la UE. Esta adquisición tiene su origen en un acuerdo suscrito entre los EE.UU. (EPA) y la UE (la Comisión), que establece las bases sobre las que se habrá de sustentar un futuro reglamento sobre la coordinación del programa *Energy Star*. Dicho acuerdo se ha insertado en una Propuesta de Decisión del Consejo<sup>531</sup>.

529 Tipo ordenadores personales, portátiles, impresoras, monitores, aparatos de fax, escáners, fotocopiadoras, etc.

530 Como veremos más adelante (en la sección dedicada al estudio de los acuerdos voluntarios en los EE.UU.), se trata de un programa voluntario por el que los fabricantes de este tipo de equipos se comprometen a insertar en sus productos un mecanismo de *stand-by* o de espera que se activa automáticamente cuando el ordenador lleva cierto tiempo sin ser utilizado, y que reduce considerablemente el consumo de electricidad. En 1.999 se llegó a un principio de acuerdo entre la UE y los EE.UU., por el que aquella se unía al sistema norteamericano, cuyo nombre y características está registrado como marca de la E.P.A. (Agencia estadounidense de protección del medio ambiente), compartiendo su finalidad, criterios técnicos para productos, logotipo, etc. Es con base en este Acuerdo como la Comunidad pretende aprobar un Reglamento al respecto.

531 Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de un acuerdo entre los Estados Unidos de América y la Comunidad Europea sobre la coordinación de los programas de etiquetado de productos de elevada eficiencia energética (Propuesta de la Comisión COM(1.999) 328, final, DOCE C 247 E, de 28.09.1.999). En su art. V se concretan los sujetos susceptibles de ingresar en el programa: fabricantes, vendedores o minoristas, y su duración se ha establecido en 5 años (art. XII), ampliable mediante mutuo acuerdo. Posiblemente su parte más importante sea el Anexo C, donde las Partes (EPA y Comisión) han detallado las prescripciones técnicas de los productos para poder obtener la etiqueta *Energy Star*.

Desde el principio existió un consenso generalizado en el seno de la UE acerca de la elección de un sistema voluntario de etiquetado como la mejor opción posible para llevar el acuerdo a la práctica, por su eficacia, rentabilidad y posibilidad de puesta al día que permite la fórmula, menos rígida que cualquier normativa que exigiera obligatoriamente unos estándares de eficiencia energética a las empresas sobre este tipo de productos.

Para su definitiva proclamación, el Parlamento Europeo y el Consejo han aprobado una propuesta al respecto<sup>532</sup> posteriormente incluida en el Reglamento 2.422/2.001, de 6 de noviembre, relativo a un Programa comunitario de etiquetado de la eficiencia energética para los equipos ofimáticos. Un estudio encargado a la Universidad de Burdeos revela que la aplicación de una disposición tal supondría la reducción en una 1/5 parte de la electricidad consumida normalmente por estos equipos, lo que traducido a valores ambientales supondría dejar de producir 5.000.000 toneladas de CO<sub>2</sub> para el año 2.015.

El programa comparte con el sistema de etiquetado ecológico la descentralización en organismos competentes nacionales (art. 9, pudiendo existir más de uno por Estado), que habrán de reunirse en el llamado C.E.S.U.E. (Consejo *Energy Star* de la Unión Europea, ex art. 8). La empresa deberá comprometerse a cumplir las exigencias técnicas requeridas para cada tipo de producto desde que se adhiera al programa, y, en caso de no hacerlo, podría ser sancionada por el organismo nacional (art. 12.3). Las decisiones sobre incorporación de nuevos productos a cubrir por el sistema o de revisión de las prescripciones técnicas de cada uno de ellos se tomarán en común entre la E.P.A. y el C.E.S.U.E. Además, se deja claro que el logotipo es también compartido, con lo que se facilitará la libre competencia entre los sectores ofimáticos de ambas potencias económicas en un mercado tan boyante como el informático.

Uno de los pilares de esta nueva etiqueta es que será compatible con cualquier otro programa de eficiencia energética comunitaria o nacional que exista<sup>533</sup> o haya de existir en el futuro. Además, coadyuvará a la consecución de los objetivos planteados para la zona de la UE por el Protocolo de Kyoto, ya que el CO<sub>2</sub> es uno de los gases que más incide en el efecto invernadero.

<sup>532</sup> COM(2.000) 18, final, 2.000/0033 (COD), DOCE de 28.01.2.000, presentada por la Comisión, y que establece las bases de lo habrá de ser el futuro reglamento sobre este Programa Voluntario de Etiquetado de Eficiencia Energética para Equipos de TIC.

<sup>533</sup> Por ejemplo, el adoptado en la Directiva 89/364/CEE del Consejo, de 5 de julio de 1.989, de un programa comunitario de actuación para mejorar la eficacia del uso de la electricidad (DOCE L 157, de 09.06.1.989, pág. 32, o la Directiva 92/75/CEE (DOCE L 297, de 13.10.1.992, pág. 16), relativa a la indicación del consumo de energía y de otros recursos de los aparatos domésticos.

Dados los buenos resultados que está consiguiendo el Programa *Energy Star* en los EE.UU., no existe cortapisa alguna para que se produzcan idénticos beneficios en el marco de la UE, aunque nos queda la duda de si no hubiera sido más deseable insertar el nuevo programa como especialidad dentro del programa comunitario de etiqueta ecológica, con lo que se evitaría la reduplicación de organismos y competencias parecidas en cada Estado y en la propia Comunidad, a lo que habrá de sumarse la erección de nuevos cuerpos de técnicos, funcionarios y sedes físicas que los albergue.

### III. EL SISTEMA COMUNITARIO DE GESTIÓN Y AUDITORÍA MEDIOAMBIENTALES (EMAS)

#### 1. INTRODUCCIÓN

A pesar de la inicial intención de la Comunidad de hacerlo obligatorio, el segundo gran programa comunitario de protección del medio ambiente de carácter voluntario es el que permite que las empresas del sector industrial se adhieran con carácter voluntario a un Sistema Comunitario de Gestión y Auditoría Medioambientales, establecido por el Reglamento (CEE) 1.836/1.993 del Consejo, de 29 de junio de 1.993<sup>534</sup> y cuya regulación actual se encuentra en el Reglamento (CE) nº. 761/2.001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo, por el que se permite que las organizaciones se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS)<sup>535</sup>. En el V Programa comunitario de Política y Actuación en materia de medio ambiente y Desarrollo sostenible, que se publicó en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas tan sólo dos meses antes, se da noticia de su elaboración, como una de las normas ambientales importantes de la década de los noventa<sup>536</sup>.

\*\*\*\*\*  
<sup>534</sup> En DOCE L 168, de 10/07/1.993, págs. 1-18.

<sup>535</sup> La Comisión ha aclarado y explicado la nueva regulación en sendos documentos oficiales. Vid. Decisión de la Comisión de 7 de septiembre de 2.001, que determina unas Directrices para la aplicación del Reglamento (CE) 761/2.001 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se permite que las organizaciones se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) [notificada con el nº C(2.001) 2.504] y la Recomendación de la Comisión de 7 de septiembre de 2.001, por la que se determinan unas Directrices para la aplicación del Reglamento (CE) 761/2.001 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se permite que las organizaciones se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) [notificada con el nº C(2.001) 2.503].

<sup>536</sup> En el Cuadro 15 ("Gestión de los Riesgos"), bajo el epígrafe a) "Actividad Industrial" y el subepígrafe "Controles del medio ambiente en general". En general, el V Programa se ha caracterizado por repartir las responsabilidades de protección ambiental también entre las empresas.

Se trata, junto con la ecoetiqueta comunitaria, de un instrumento voluntario que se inserta dentro de la categoría de programa público voluntario (*public voluntary schemes*), esto es, programas exclusivamente creados por las Administraciones y de adhesión libre por parte de las empresas (quienes no son penalizadas por no unirse), y cuya regulación, una vez dado su consentimiento a la adhesión, es completamente reglada<sup>537</sup>, al igual que ocurre con la de la ecoetiqueta comunitaria.

## 2. DESCRIPCIÓN DEL SISTEMA

El programa EMAS (de aquí en adelante<sup>538</sup>) tiene la misión de establecer las directrices y requisitos a seguir para incorporar un sistema de gestión ambiental de alta calidad a aquellos centros empresariales que hayan accedido libremente a incorporarse a él. De esto se deduce, por tanto, que reproduce el esquema de la ecoetiqueta comunitaria, en la que hemos dividido dos fases. Aquí existiría también una primera fase, de tipo dispositivo, en la que la empresa o sociedad conforma su voluntad de unir o no uno o varios de sus centros de trabajo al programa; y también una segunda, una vez decidida la adhesión, en la que la empresa se compromete de manera vinculante (cabe imponer sanciones, ex art. 13) a aplicar en sus sistemas de producción un modelo ambientalmente sostenible y menos impactante de gestión.

El sistema de gestión y auditoría medioambientales tiene vocación de exhaustividad: pretende incorporar una filosofía tal en cada uno de los estamentos, procesos, miembros de la plantilla, comportamientos, etc., que, en cualquiera de sus actuaciones internas y externas, suponga un mayor respeto por el medio ambiente<sup>539</sup>. Como es usual en los acuerdos voluntarios, se pretende con ello ir más allá de lo que las propias normas comunitarias en materia de medio ambiente exigen a las empre-

<sup>537</sup> Según la clasificación de los instrumentos voluntarios de protección del medio ambiente (*voluntary approaches*) realizada por la OCDE, *Voluntary Approaches for Environmental Policy. An Assessment*, París, 2.000, págs. 9 y 10, están los acuerdos negociados (*negotiated agreements*), los programas públicos voluntarios y los compromisos unilateralmente adquiridos (*unilateral commitments*). Se estima que existen unos 20 programas públicos voluntarios en los diferentes Estados miembros de la UE (pág. 61). En el mismo sentido, CROCI, E. y PESARO, G., *Voluntary Agreements and Negotiations: Evolution at Italian and European Level*, Fundación ENI Enrico Mattei, Venecia, 18-19 noviembre de 1.996, pág. 5.

<sup>538</sup> Acrónimo sajón cuyo uso se ha impuesto en todas las lenguas: *Eco-Management Audit Scheme*.

<sup>539</sup> Las cláusulas ambientales empiezan a ser usuales en los convenios colectivos firmados entre trabajadores y empresarios: a ambas partes interesan puesto que, por un lado, se racionaliza la producción y, por otro, se protege también la salud de la plantilla. Vid. FOUNDATION EUROPÉENNE POUR L'AMELIORATION DES CONDITIONS DE VIE ET DE TRAVAIL, *La Protection de L'Environnement en Europe. Les conséquences de la cooperation entre les partenaires sociaux*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxemburgo, 1.994, pág. 19.

sas e industrias de la UE: se trata de hacer cumplir todos esos requisitos normativos, pero, además, de fomentar que aquéllas consientan a mejorar continuamente esos estándares, en lo que ha sido calificado de **política ambiental proactiva**<sup>540</sup>. La obligación de cumplir con la normativa ambiental comunitaria que se impone a las empresas es, por sí misma, suficiente premio para el Legislador o Administración que regula uno de estos programas públicos de adhesión voluntaria.

Para no faltar a la verdad hemos de advertir que la nueva redacción dada al programa EMAS en 2.001 ha mejorado bastante la farragosidad de la antigua de 1.993, en que eran constantes los reenvíos, exigencia de requisitos y documentos reduplicativos, solapamientos, etc.

El programa sólo entiende adherido un centro empresarial a su sistema cuando éste ha cumplido todos los requisitos que establece en su art. 3: realización de un análisis medioambiental de sus actividades, cumplimiento de auditorías medioambientales, hacer examinar el análisis ambiental, el sistema de gestión, el procedimiento de auditoría y la declaración medioambiental, etc.<sup>541</sup>, y, quizás lo más importante, preparación y presentación de una declaración medioambiental específica para cada centro al organismo competente del Estado miembro<sup>542</sup>. El documento más importante es el que plasma el sistema de gestión medioambiental (cuyo contenido se detalla en el Anexo 1), y que tiene la misión de organizar la producción de la empresa de la manera menos contaminante posible, delimitando las tareas de cada empleado para evitar reduplicaciones que aumentan el gasto y los esfuerzos, controlando los efectos nocivos de su actividad, proponiendo alternativas, evaluando las soluciones planteadas y auditando el sistema.

540 Cfr., por ejemplo, VAN CALSTER, G. y DEKETELAERE, K., *EU Environmental Policy...*, *opus cit.*, pág. 7. Ese *plus* de exigencia, más allá de lo normativo, es característica común de los acuerdos voluntarios para la protección del medio ambiente, tanto en Europa como en los EE.UU., y una de sus principales virtudes. En el EMAS, este dato se explicita tanto en su Prólogo (*“Considerando... que las empresas deben adoptar una política medioambiental que, además de contemplar el cumplimiento de todos los requisitos normativos correspondientes al medio ambiente, deberá contener compromisos destinados a la mejora continua y razonable de su actuación medioambiental,”*), como en su art. 3. a), donde se exige a la empresa que adopte una política medioambiental *“... que, además de contemplar el cumplimiento de todos los requisitos normativos correspondientes al medio ambiente, deberá contener compromisos destinados a la mejora continua y razonable de su actuación medioambiental, con vistas a reducir el impacto medioambiental a niveles que no sobrepasen los correspondientes a una aplicación económicamente viable de la mejor tecnología disponible;”*.

541 El Reglamento de 1.993 recogía más profusamente la regulación de las auditorías, cuya articulación se establecía en su art. 4 y en su Anexo II: el objeto de las auditorías, el segundo gran bloque de actividades a las que se debe someter la empresa (aparte de la propia gestión ambiental), es verificar, inspeccionar las instalaciones y procesos tal y como han sido diseñados por el programa, la política y el sistema de gestión medioambientales, requiriendo documentación si fuera necesario. El sistema se retroalimenta de manera autónoma, ya que los resultados se comunicarán al director de la empresa para que tome las medidas correctoras oportunas. El régimen de las auditorías internas también se encuentra regulado en el Anexo II del actual Reglamento de 2.001.

542 Que en España, por ejemplo, es el propio Ministerio de Medio Ambiente.

La tercera gran pata del programa, además del sistema de gestión medioambiental y de las auditorías, la conforma los verificadores medioambientales, que son las personas u organizaciones (esto último, más comúnmente, dada la complejidad de sus tareas) encargadas de ayudar a la empresa a concretar su política, programa y sistema medioambiental, con capacitación técnica adecuada e independencia respecto de ella<sup>543</sup>. Cada Estado debe designar sus verificadores ambientales, lo cual hará una vez hayan pasado el duro proceso de acreditación a que se les somete en el Anexo V, punto 2º. El verificador actúa con el consentimiento de la empresa, con la que suscribirá un acuerdo escrito que defina el alcance de su tarea, y en el que aquél se compromete a realizarla lo mejor posible, con independencia y profesionalidad, a cambio de la voluntad de ésta de colaborar en todo lo que necesite. En España, verbi-gracia, ese acuerdo bien podría constituir un contrato, de arrendamiento de obras o servicios (del art. 1.544 C.C.) dada la naturaleza privada de las organizaciones verificadoras<sup>544</sup>. Una vez acreditado, un verificador puede actuar en cualquier país miembro, con lo que se crea un auténtico mercado de verificadores, en el que deberán pujar por ser contratados según la calidad y precio de los servicios que presten.

El cuarto elemento integrador del sistema lo forman los organismos competentes, uno por cada Estado miembro (*ex art. 5*), que se encargarán de registrar los centros sometidos al EMAS en el territorio de la UE, una vez recibida la declaración medioambiental validada, que supone el consentimiento de la empresa a ingresar en el sistema. En este caso no existe un contrato-tipo como en el programa de ecoetiqueta, en el que las voluntades se otorgan de manera simultánea, pero ello no es óbice para afirmar la existencia de un ligamen jurídico, produciéndose el acuerdo de voluntades de manera consecutiva: primero, la empresa comunica al organismo competente su declaración medioambiental (correspondientemente validada por el verificador de turno); segundo, el organismo competente, tras comprobar que dicha declaración satisface todas las condiciones establecidas en el Reglamento y que se ha pagado la tarifa administrativa correspondiente, procede a la inscripción de la organización en

<sup>543</sup> Sus funciones son las de examen de las políticas, programas, sistemas de gestión, procedimientos de evaluación y de auditoría y declaraciones en materia de medio ambiente, así como la validación de estas últimas (Anexo V). A fecha de 2 de octubre de 2.001, eran 314 en toda la UE, de los cuales 237 alemanes y 8 españoles. datos obtenidos de <http://europa.eu.int/comm/environment/emas/index.htm> (visitada el 07.12.2.001).

<sup>544</sup> Los ocho verificadores españoles en 2.002 eran AENOR, ICICT, S.A., Bureau Veritas Quality International España, S. A., Centre de Certificació-Laboratori General D'Assaigs i Investigació (L.G.A.I.), Det Norske Veritas España, Lloyd's Register Quality Assurance LTD (Operaciones España), el Servicio de Certificación de la Camera Oficial de Comercio e Industria de Madrid y el Alcance de Acreditacion, Entidad de Certificacion y Aseguramiento S.A. (Barcelona).

un Registro *ad hoc* (art. 6)<sup>545</sup>, adscribiéndole un número determinado y permitiéndole que emplee su declaración de participación en el sistema de cara al público (nunca en productos, para no solaparse con la ecoetiqueta). La lista de los centros registrados habrá de publicarse mensualmente (art. 7.2), lo que ha supuesto un avance de transparencia en relación al carácter anual que dichas revisiones tenían anteriormente (art. 9 del Reglamento de 1.993). Si un centro quiere seguir perteneciendo al sistema, deberá actualizar su declaración medioambiental anualmente, validarla, y someterse a nuevas auditorías, todo lo cual lo presentará al organismo, para que renueve –modificándola si fuera preciso– su ficha registral (art. 6.3).

Así pues, en resumen, una vez evaluado el centro y establecida una política ambiental, éste debe redactar, con ayuda externa, su propio programa y sistema de gestión medioambiental, que, tras ser auditado, será corregido en el futuro de manera periódica y constante.

#### A. Perfeccionamiento de la adhesión

Consideramos que la inserción en el sistema –el perfeccionamiento del concierto de voluntades, en suma– se produce una vez el centro ha presentado su declaración medioambiental validada al organismo competente, cuando éste la registra y la pone a disposición del público. Tal cosa acontecerá cuando el centro se entienda preparado para cumplir todos los requisitos del Reglamento.

Visto lo cual, podemos afirmar que el sistema EMAS se muestra bastante más ambicioso que el de etiqueta ecológica, por su afán de exhaustividad<sup>546</sup>. Por ello mismo ha cosechado menor éxito, si bien esto dependerá mucho del país que analicemos (sobre todo, es evidente el escaso apoyo recibido en los países del arco mediterráneo). Para evitar que tantos condicionantes ecológicos resulten disuasorios, el propio Reglamento se esfuerza en aclarar en varios momentos que este sacrificio sólo será exigible en la medida en que sea económicamente sostenible por la empresa (por ejemplo, en su art. 3.a) o en Anexo I, D),4).

<sup>545</sup> No existe en el Reglamento EMAS una tarifa anual de mantenimiento como la de la ecoetiqueta. En todo caso, cada Estado podrá establecer una de este tipo —por ejemplo, para la actualización de su registro— cuando lo estime oportuno (art. 11). Además, las revisiones y auditorías establecidos para cada empresa deberán sufragarse por cuenta de ésta, como es natural.

<sup>546</sup> Entre otras cosas, aparte su intención de influir sobre toda la marcha interna de la empresa, también en la externa trata de imponer sus condiciones: por un lado, forzando a publicitar sus sistemas de gestión ambiental al gran público, y, por otro, con la intención de expandirse por todos los sectores económicos, ya que un centro o empresa registrado puede exigir a sus proveedores que lo adopte, y así sucesivamente, condicionando el entendimiento mutuo a ese hecho.

### 3. NOVEDADES INTRODUCIDAS EN EL NUEVO REGLAMENTO EMAS

El 22 de noviembre de 2.000, el Consejo y el Parlamento Europeo llegaron a un acuerdo en el Comité de Conciliación para aprobar el nuevo Reglamento EMAS. Se trata de una norma que empezó a elaborarse sobre la base de una propuesta de la Comisión<sup>547</sup>, de 1.998. Tras el dictamen del Parlamento Europeo al respecto, la Comisión adoptó una propuesta modificada<sup>548</sup>. Posteriormente, el 24 de junio, el Consejo llegó a un acuerdo político sobre la propuesta modificada, que se transcribió formalmente en la aprobación de la Posición Común del Parlamento y del Consejo<sup>549</sup>, y que después dio lugar al Reglamento 761/2.001, de 19 de marzo, que hemos glosado.

Destacaremos ahora, de entre aquellos aspectos novedosos introducidos por el nuevo reglamento, los que más importantes resulten desde el punto de vista de nuestra investigación, esto es, los que destaquen el carácter bilateral y voluntario del programa. El nuevo EMAS ha supuesto un avance en relación con la anterior regulación de 1.993, y, de entre ellas, las siguientes son las más importantes:

1. Poder unir al sistema no sólo a centros sino a cualquier organización en su totalidad, esto es, compañía, corporación, firma, empresa, autoridad o institución, o parte o combinación de las mismas, constituida como sociedad o no, pública o privada, que tenga sus propias funciones y administración (art. 3.1 y 2). Además, no sólo del sector industrial sino de cualquiera de ellos.

2. Dejar clara la compatibilidad entre la norma de calidad ambiental EN ISO 14.001 y el EMAS, *ex* Anexo I, A)<sup>550</sup>.

<sup>547</sup> COM(1.998) 622, final, presentada por la Comisión el 30 de octubre de 1.998, y que, tras ser encauzada por el procedimiento de cooperación, se remitió al Consejo y al Parlamento, conforme a lo establecido en el apartado 1 del art. 175 TCE, que remite, a su vez, al art. 251 TCE.

<sup>548</sup> Se trata de la propuesta COM(1.999) 313, final, que la Comisión remitió al Consejo el 23 de junio de 1.999.

<sup>549</sup> Posición Común (CE) nº. 21/2.000, aprobada por el Consejo el 28 de febrero de 2.000, con vistas a la adopción del Reglamento (CE)n.../2.000 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se permite que las organizaciones se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS). A dicha posición llegaron los Estados miembros en el seno del Consejo sobre la base de la propuesta modificada citada COM(1.999) 313, final.

<sup>550</sup> Ya en abril de 1.997, la Comisión adoptó la Decisión 97/265/CEE, K 104, de 22.04.1.997, pág. 37, sobre Reconocimiento del Estándar Internacional ISO 14.001:1.996 y del Estándar Europeo EN ISO 14.001:1.996, estableciendo especificaciones para los Sistemas de Gestión Medioambiental, de acuerdo con el artículo 12 del Reglamento del Consejo 1.836/1.993, de 29 de junio. En esta decisión, la UE ha reconocido la paridad de ambos sistemas, con la intención de que la adopción del ISO 14.001 suponga un primer escalón desde el que adherirse ulteriormente al sistema EMAS, más ambicioso.

3. Aumentar el número de organismos competentes, posibilitando su existencia a escala regional o local (*ex art. 2, u*).

4. Permitir que los Estados puedan fomentar la adhesión al sistema mediante incentivos de distinta índole, que deberán comunicar a la Comisión Europea, y **que podrán plasmar perfectamente mediante acuerdos voluntarios o, en España, mediante convenios de colaboración**: con esto se está asumiendo un cierto fracaso en la forma como se construyó el programa en 1.993 (y por ende también del sistema e ecoauditoría), donde quedaba exclusivamente en la conciencia ambiental de la empresa el unirse o no<sup>551</sup>. En la línea que MAZIYN adelantaba (con la que convenimos) para la ecoetiqueta, la realización de convenios de colaboración entre las empresas y los organismos competentes de cada Estado supondría un aliciente añadido para suscitar un mayor éxito del EMAS (*vid. Considerandos 9 y 10 del Preámbulo de la Posición Común y el art. 11 del mismo*)<sup>552</sup>. Estos convenios deberían contar con un marco legal en España, y podrían versar sobre ayuda técnica, información o fondos de apoyo, rebajando las tarifas de registro o cualquier otra medida prevista<sup>553</sup>. Hay que evitar que la herramienta más incisiva desde el punto de vista ambiental de la UE quede debilitada en exceso por un voluntarismo absoluto.

5. Por lo que toca al momento de perfeccionamiento de la adhesión de la empresa al EMAS, el nuevo art. 3.2,e) clarifica que tal cosa se producirá en el momento del registro, una vez presentada por la empresa su declaración medioambiental validada, pagadas las tarifas correspondientes, presentado el formulario cumplimentado de la organización y comprobadas las condiciones del centro por el organismo competente (*ex art. 6.1*).

<sup>551</sup> Es por ello por lo que HAGER, G., *Legal Theory of Voluntary Agreements in the Field of the Environment*, CAVA Working Paper n.º. 2.000/2/14, febrero de 2.000, pág. 4, enclava el sistema EMAS dentro del llamado derecho reflexivo, al que ya hemos hecho alusión con anterioridad en nuestra investigación. Se trata —apunta no sin gracia— de “regular la autorregulación” (pág. 7), o sea, de crear un marco jurídico adecuado para encauzar la inicial intención de la empresa de mejorar su sistema de gestión ambiental.

<sup>552</sup> En el considerando 15 del Prólogo de la COM(1.999) 313, final se apostaba más explícitamente por el otorgamiento de incentivos a favor de las organizaciones adheridas al sistema. Este punto ha sido modificado por el Consejo haciéndolo más genérico.

<sup>553</sup> El punto cuarto del art. 10.1 del COM(1.999) 313, final, era más progresivo a este respecto que el actual punto 2º del art. 11 del nuevo Reglamento, pues dejaba más expedita esta posibilidad, al exponer que el fomento podría realizarse “garantizando que el sistema no represente una carga excesiva para las organizaciones, y en particular para las PYME.”. Se pretendía, además, hacer más atractiva la adhesión de las PYMES al sistema proporcionándoles una reducción de las cargas administrativas adherentes al nuevo EMAS. Esto se planteó con la aceptación en principio, por la Comisión Europea, de la enmienda 19 (tercera parte) propuesta por el Parlamento, en dicho sentido. *Vid. Dictamen de la Comisión, con arreglo a la letra c) del apartado 2 del artículo 251 del TCE, sobre las enmiendas del Parlamento europeo a la posición común del Consejo sobre la propuesta del nuevo Reglamento (Doc. COM(2.000) 512, final, de 31.07.2.000)*. De todas formas, la construcción dada por la Comisión en su documento COM(1.999) 313, final, podrá servir para avanzar en la interpretación del actual art. 11, más restrictivo.

6. En el nuevo Reglamento se quiere reforzar la coherencia entre todos los sistemas de acreditación de los verificadores medioambientales, así como de los criterios que empleen los organismos competentes para registrar o no o suspender temporalmente el registro de las empresas. Para ello se instaura un mecanismo de reuniones de todos ellos en el ámbito comunitario (arts. 4.8 y 5.5)<sup>554</sup>.

7. La influencia del sistema de ecoetiqueta se deja sentir en dos novedosos aspectos ahora incluidos: en la introducción de un distintivo del nuevo EMAS (art. 8 y Anexo IV), a usar por las empresas o centros registrados en sus informaciones al público, lo que supone un aliciente más para atraer a más participantes; y en la posibilidad de que el organismo competente pueda apreciar de oficio cuándo las condiciones del reglamento dejan de ser cumplidas por el centro/s o entidad registrado/s, por lo que se procede a su suspensión o retirada del Registro (art. 6.4). Habrá dos versiones de logotipo, dependiendo de que se quiera publicitar el sistema en su conjunto (versión 1ª) o una determinada información ambiental (versión 2ª).

## 4. VALORACIÓN FINAL

### A. Algunas causas clarificadoras de las pocas adhesiones existentes hasta la fecha al sistema EMAS

Un análisis de los ámbitos geográficos de los centros registrados demuestra que Alemania cuenta con 2/3 partes del total de adhesiones al sistema en todo el territorio UE<sup>555</sup>. Este dato resulta más curioso teniendo en cuenta que fue el país más beligerante a la introducción del EMAS. Su desarrollo se explica por dos razones:

– la simplificación administrativa y el alivio de la legislación que ha derivado de la transposición del reglamento en Alemania;

<sup>554</sup> Además, se reduce de 36 a 24 meses la periodicidad de las revisiones realizadas por los organismos de acreditación a los verificadores medioambientales para comprobar que siguen manteniendo o no la misma cualificación (Anexo V, punto 5.3.1). En cada Estado miembro existe un único ente de acreditación. En España, es E.N.A.C. (Entidad Nacional de Acreditación).

<sup>555</sup> A fecha de 2.000/11/16, eran 2.106 centros, de un total de 3.012 de toda la UE, los situados en Alemania. Esto hace que sólo 906 estén desperdigados por el resto de Estados miembros. España, con 73 centros registrados, se sitúa en 6ª posición del *ranking* europeo, a punto de desbancar a UK. Datos de la página oficial de EMAS de la UE, en <http://europa.eu.int/comm/environment/emas/index.htm> (visitada el 08 de diciembre de 2.000). A fecha de junio de 2.003 eran 3.718 las adhesiones registradas.

– el alto nivel de exigencia previo de las normas alemanas de medio ambiente, que sirvió de colchón a la introducción del EMAS<sup>556</sup>.

Como se desprende de ambas, se trata de causas exclusivamente internas del país las que han provocado el éxito del sistema. Por el contrario, allí donde el programa no ha contado con suficiente apoyo interno, ha demostrado sus carencias innatas, al menos conforme ha sido regulado hasta 2.001. Algunas de ellas pueden ser las siguientes:

a). La feroz competencia mantenida por el sistema creado por la norma EN-ISO 14.001, de la *International Standards Organization*, adoptada en septiembre de 1.996. Se trata de un sistema similar de gestión ambiental, preferido por casi todos los países europeos, muy por encima del EMAS. Algunas de las causas apuntadas se deben a su menor coste de aplicación, a la posibilidad del empleo de un logotipo (de la entidad acreditadora), a su mayor ámbito de aplicación (que incluye cualquier sector económico, no sólo el industrial, y a empresas enteras, no sólo a centros de las mismas)<sup>557</sup>, y a su validez mundial. Es por ello por lo que el empleo del logotipo y la extensión de su ámbito de aplicación han sido incluidos en la reforma del Reglamento EMAS<sup>558</sup>.

b). La escasa difusión dada al sistema. Ni la UE ni los Estados miembros lo han promocionado adecuadamente, punto éste en el que la Posición Común también avanza.

c). El alto compromiso que supone para un centro cumplir con toda la normativa ambiental nacional, regional y comunitaria, previamente a ser registrado en el EMAS. También, la exigencia obligatoria de auditorías y de controles externos supone una carga que no se suele ver compensada con un aumento de las ventas de

\*\*\*\*\*  
<sup>556</sup> Vid. WÄTZOLD, F. y BÜLTMANN, A., *The Implementation of EMAS in Europe: A case of competition between standards for environmental management systems*, UFZ-Bericht 16/2.000, Umweltforschungszentrum, Leipzig, 2.000, págs. 30-32. Este Centro se ha encargado de elaborar, para Alemania, el examen de la eficacia del sistema EMAS, dentro del programa IMPOL, desarrollado con el apoyo del CAVA de París, la Universidad de Twente (Holanda) y la de Sussex (Reino Unido).

<sup>557</sup> En la página web citada se da el dato de que eran 7.140 las empresas certificadas con ISO 14.001 en el ámbito comunitario, en febrero de 2.000.

<sup>558</sup> La valoración del sistema EMAS, sin embargo, entre las empresas que han optado por él, ha sido muy alta. Por ejemplo, Du Pont, al unirse a EMAS, ha declarado haber mejorado sensiblemente su imagen frente a los consumidores. También Loudwater, una pequeña industria impresora inglesa con 45 empleados, ahorró 20.000 libras el primer año sólo mejorando la gestión de sus residuos y su eficiencia energética. Vid. Intervención de MARIANNE KLINGBIEL en el coloquio "Presentation of Public Authorities in the Promotion and Development of Environmental Management Tools", en JAMES, P., *Business, Eco-Efficiency and Sustainable Development-The Role of Environmental management Tools, Final Report*, Lisboa, 1-3 marzo, 2.000, pág. 46. Para esta alta funcionaria, jefa de Unidad de Mercado Interno y Acuerdos Voluntarios de la DG XII, el sistema EMAS tiene tres ventajas principales sobre el ISO 14.000. A saber, la obligación de realizar auditorías, la exigencia de mejora continua, y las comunicaciones requeridas frente al público.

sus productos, ya que, hasta la reforma, no existe logotipo identificativo alguno, y, de existir, no sería imprimible en sus etiquetas, sino sólo en la información que se dé al público a través de panfletos o paganditas.

d). Como han resaltado WÄTZOLD y BÜLTMANN, lo grave es que las encuestas realizadas a las empresas con base en el entonces nuevo proyecto de Reglamento EMAS introducido por la Posición Común (que se supone ha reformado sus puntos débiles para atraerse la atención de mayores participantes), no revelan un aumento de la simpatía por el sistema<sup>559</sup>.

## B. Conclusiones

El programa EMAS se caracteriza por ser una herramienta que busca de buena voluntad mejorar la eco-eficiencia de las empresas comunitarias: esto es, aumentar sus prestaciones ambientales sin disminuir su productividad<sup>560</sup>. Además, al no imponer estándares sino formas de organización (el sistema EMAS se integra en los llamados instrumentos de mercado).

De todas formas, el hecho de que el actual grado de aplicación del sistema ISO 14.001 sea bastante mayor que el del EMAS en el ámbito de la UE no quiere decir nada. Técnicamente, el sistema comunitario es muy superior al internacional, incluyendo, además, ventajas sin parangón para la sociedad: la necesidad de elaborar una declaración medioambiental verificada y registrada que debe ponerse en conocimiento de cualquier interesado y la exigencia de una mejora continua de las prestaciones ambientales de las empresas. El dato anterior, pues, se debe más a la poca

<sup>559</sup> Cfr. WÄTZOLD, F. y BÜLTMANN, A., *The Implementation of EMAS...*, *opus cit.*, pág. 53. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, el nuevo reglamento mejora en mucho al anterior, y sólo el escaso conocimiento del mismo y el grado de acomodo o inercia de las empresas comunitarias en su opción por el sistema EN ISO 14.001 explican tan tibia opinión.

<sup>560</sup> La definición de ecoeficiencia suele ser predicable directamente de los instrumentos de tutela ambiental basados en el juego del mercado, como los acuerdos voluntarios o la comercialización de derechos de emisión. La UE asume la definición que de ella da el Consejo Mundial de Negocios sobre Desarrollo Sostenible (*World Business Council on Sustainable Development, WBCSD*), que considera que la "La eco-eficiencia implica el reparto de productos a precios competitivos y de servicios que satisfagan las necesidades humanas y que aporten calidad de vida, al tiempo que reduzcan los impactos ecológicos y la intensidad de la explotación de los recursos durante su ciclo de vida, a un nivel que sea, cuanto menos, el de la capacidad de sostenimiento de la Tierra". Vid. *A First Set of Eco-efficiency indicators for Industry. Pilot Study (EcoEfficiency Indicators Project)*, ANITE SYSTEMS, Eurostat y DG Empresa, Luxemburgo, Final Report (13 diciembre de 1.999), pág. 8. La ecoeficiencia no es ninguna panacea: encontrar un desarrollo paralelo de las facetas productiva y ambiental puede tener efectos poco deseables, como ha destacado la OCDE, y es la de fomentar el uso de una mayor cantidad de recursos. Por ejemplo, las medidas de cambio de coches de gasolina con plomo por gasolina verde pueden incentivar el aumento del parque móvil hasta en un 4%. Vid. OCDE, *EcoEfficiency*, Paris, 1.998, pág. 61.

ambición y baratura del sistema ISO que a su mayor calidad: **por ello, salvada la honestidad intrínseca del sistema, sólo queda mejorar su aspecto “logístico”**. Esto es, habría que dar a conocer más y mejor el EMAS, fomentar la adhesión abaratando costes y proporcionando ayudas y aconsejar (podría estudiarse si fomentar) a los Bancos, compañías de seguros o grandes empresas que exijan la adhesión al sistema a sus proveedores y contratistas. De lo contrario, se corre el riesgo de mantener una organización para la elite ambiental, lo que no beneficia al medio ambiente desde ningún punto de vista.

Finalmente, nos parece que la uniformidad que impone el sistema EMAS ha sido contraproducente para el despliegue de sus evidentes virtudes. Al imponer un traje único, no negociable, en principio, para todos los centros industriales que deseen incorporarse, desincentiva a las compañías más modestas, menos preparadas o incapaces por sí mismas de dar el paso de calidad exigido. En ello redundo, además, que de la letra del Reglamento no se puede derivar la posibilidad de que los organismos competentes puedan otorgar ventajas o firmar convenios con ellos al respecto (algo que sí ocurre en el sistema de ecoetiqueta comunitaria, a través del mecanismo de los contratos-tipo).

Por ello, nos parece más adecuado al espíritu voluntario que anima el Programa, que existiera dicha flexibilidad, permitiendo, como ahora se hace en el nuevo Reglamento, que los Estados miembros puedan crear marcos jurídicos que legitimen las ventajas y medidas de fomento que se puedan conceder para incitar a las empresas a adherirse al sistema. Los convenios son una herramienta útil a este respecto.

## IV. ACUERDOS VOLUNTARIOS EN LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA SECTORIAL

### 1. EN MATERIA DE CONSERVACIÓN DE LA BIODIVERSIDAD: FAUNA Y FLORA SILVESTRES

La protección de la fauna y de la flora silvestres en la UE ha sido promovida, sobre todo, por las Directivas 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1.979, relativa a la conservación de las aves silvestres<sup>561</sup>, y 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo

<sup>561</sup> DOCE L 103, de 25.04.1.979, pág. 1. Existe una versión consolidada, que aúna las posteriores modificaciones de la misma.

de 1.992, relativa a la conservación de los Hábitats naturales y de la Fauna y Flora silvestres<sup>562</sup>. Mientras la primera permitía que cada Estado miembro designara zonas de especial protección de aves (ZEPAs), en virtud de sus arts. 3.2, a) y 4.1 *in fine*), integrándolos en una red europea *ad hoc* (art. 4.3), la segunda permite la designación de hábitats o zonas de especial conservación o protección (ZEPs o ZECs), que, sumadas, han dado lugar a la Red Natura 2.000, en la que también se integran las ZEPAs, *ex art.* 3.1 de esta directiva<sup>563</sup>.

Lo que nos interesa es que, como reza el art. 6.1 de la directiva Hábitats, cada Estado deberá fijar las medidas de conservación necesarias para dichas zonas, incluidas las de tipo contractual, que respondan a las exigencias ecológicas de los tipos de hábitats naturales del Anexo I y para la protección de las especies listadas en el Anexo II. La práctica ha demostrado que en varios países (Francia, paladinamente) se ha aplicado este artículo regulando determinados tipos de contrato entre los propietarios de las áreas designadas, asociaciones ecologistas, Municipios, Estado u otras Administraciones para mantener y fomentar la conservación y gestión de dichos hábitats. Con ellos se ha querido aunar las exigencias de protección ecológica de la fauna y flora con las necesidades de explotación agropecuaria o cinegética de las zonas designadas<sup>564</sup>.

Así, veremos posteriormente cómo en Francia se determinan ZECs (Zonas de Especial Conservación), espacios así declarados mediante acuerdos concertados con los prefectos, los consejos municipales, las asociaciones ecologistas y los particulares; o también cómo a través de contratos de ribera (apoyados en el párrafo segundo del art. 10, 2 de la directiva) se permite la sostenibilidad de ambos usos. También en España, a escala autonómica, sobre todo, se han desarrollado contratos entre par-

<sup>562</sup> DOCE L 206 de 22/07/1.992, págs. 7-50.

<sup>563</sup> A fecha de 1 de agosto de 2.000, eran 2.607 los lugares designados ZEPA, con una extensión de 182.089 kms2, y 10.683 lugares propuestos bajo la directiva Hábitat, con 368.747 kms2, lo que hace un 10% del total de la superficie de la UE. Vid. Boletín Natura 2.000, Boletín de Naturaleza de la DG ENV de la Comisión Europea, nº. 12, septiembre 2.000, págs. 6 y 7, que recoge el barómetro Natura. Hoy existen un total de 3.042 ZEPAS, por un total de 236.000 Ha.

<sup>564</sup> En España, por ejemplo, el Real Decreto 1.997/1.995, de 7 de diciembre, por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, permite que las CC.AA., respecto de las zonas de especial conservación (ZECs) fijen esas medidas de protección contractuales, reglamentarias o administrativas, "que respondan a las exigencias ecológicas de los tipos de hábitats naturales del anexo I y de las especies del anexo II presentes en los lugares".

Se pretende que cada ZEC esté sometida a un plan de gestión adoptado por el Estado, en el que éste decida las medidas normativas, administrativas o consensuales que estime necesarias, con lo que se consagra un principio de libertad de medios y de unidad de fines que ASPAS ASPAS, J. M., *La conservación de la naturaleza en el derecho comunitario derivado. La directiva de Hábitats*, en la obra colectiva de LÓPEZ RAMON, F. (director), *Régimen jurídico de los espacios naturales protegidos*, editorial Kronos, Zaragoza, 1.995, pág. 71, enlaza con la técnica normativa de las directivas.

ticulares y Administraciones en el marco de la directiva Hábitats. Las medidas voluntarias, sin embargo, no pueden completar, por sí mismas, el régimen jurídico de protección a establecer en cada ZEP<sup>565</sup>.

## 2. EN EL SECTOR DE LA AGRICULTURA

La importancia ambiental de las labores agrícolas queda suficientemente aquilataada al conocer que más de las 3/4 partes del territorio de la UE están ocupados por superficie agrícola o forestal<sup>566</sup>.

Desde que el Acta Única Europea de 1.986 introdujera en los Tratados la necesidad de integrar los criterios ambientales en el resto de las políticas comunitarias, la agricultura ha estado en el punto de mira de la Unión Europea. En efecto, dado que en la segunda mitad del siglo XX se ha favorecido la intensificación de las explotaciones y el abuso de fertilizantes, abonos y otros productos químicos, se ha constatado un importante deterioro de los tradicionales paisajes agrícolas, setos, riberas, pastizales y recursos naturales en general vinculados a las actividades agropecuarias humanas.

Es por ello por lo que se aprobó el Reglamento (CEE) 2.078/1.992 del Consejo, de 30 de julio de 1.992, sobre Métodos de producción agraria compatibles con las exigencias de la protección del medio ambiente y la conservación del espacio rural<sup>567</sup>. Merced a ella se introdujeron en la política agraria las primeras medidas de protección del medio ambiente, que se pueden cifrar en la concesión de ayudas comunitarias (sufragadas por el FEOGA) a agricultores, granjeros y ganaderos, en planes plurianuales a aprobar por cada Estado (art. 3), con la intención, entre otras, de evitar la despoblación rural, de mantener una gestión sostenible de las explotaciones, de recuperar zonas abandonadas, de permitir el barbecho prolongado de tie-

\*\*\*\*\*  
<sup>565</sup> Como sostiene el Abogado general Fennelly (punto 26 de sus conclusiones) y el propio TJCE en la STJCE (Sala Quinta) de 25 de noviembre de 1.999, condenando a la República francesa por no haber adoptado las medidas de protección suficiente para la región del *Marais Poutevin*, gran parte de cuyo territorio está clasificado como ZEP.

<sup>566</sup> Dato extraído del Boletín INFORMACIÓN DE MEDIO AMBIENTE, del Ministerio de medio Ambiente, informe de mayo-2.000, pág. 10.

<sup>567</sup> DOCE L 215, de 30.07.1.992, págs. 85-90. Actualmente esta norma ya no se encuentra en vigor, pues ha sido derogada por el Reglamento (CE) n° 1.257/1.999 del Consejo de 17 de mayo de 1.999 sobre la ayuda al desarrollo rural a cargo del Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola (FEOGA) y por el que se modifican y derogan determinados Reglamentos (DOCE L 160, de 26.06.1.999, págs. 80-101).

rras exhaustas, de gestionar el acceso al público y a fines recreativos de las tierras, etc. y de lograr otros intereses de carácter ambiental (art. 1 y 2)<sup>568</sup>.

Las cuantías de las ayudas (art. 4) se fijaban por el Reglamento (art. 4), si bien se delegaba en los Estados para que establecieran el régimen de concesión, la duración de las mismas y la modulación de los compromisos a asumir por los agricultores para hacerse acreedores a ellas (art. 5). Todo esto ha permitido que varios Estados hayan utilizado acuerdos voluntarios para aplicar estas llamadas “medidas agroambientales”, posteriormente sancionadas y ampliadas por la reforma de la Política Agraria Común (P.A.C.) llevada a cabo en 1.999<sup>569</sup>.

El actual Reglamento 1.257/1.999 del Consejo, de 17 de mayo de 1.999 sobre la Ayuda al Desarrollo Rural a cargo del Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola (FEOGA) y por el que se modifican y derogan determinados Reglamentos, ha derogado el Reglamento 2.078/1.992, si bien ha mantenido las ayudas agroambientales previstas en éste para objetivos concretos (arts. 22–28), y añadiendo otras como el cese anticipado de la actividad agraria (art. 10), las ayudas a zonas desfavorecidas o con limitaciones medioambientales específicas (art. 13), las ayudas para mantener la estabilidad ecológica de los bosques, para las que se prevén acuerdos contractuales entre Regiones y beneficiarios (art. 32.2), etc.

El régimen de las ayudas comunitarias en esta norma deja aún más margen de actuación a los Estados –en comparación con el anterior Reglamento 2.078/1.992– para su concesión mediante acuerdos voluntarios y otras fórmulas convencionales. Incluso las propias ayudas estatales (esto es, no comunitarias, o lo que es lo mismo, no sufragadas por la Sección de Garantía del FEOGA) se podrán articular mediante esta técnica, eso sí, ajustándose a los arts. 87–89 TCE (art. 51.1).

El Reglamento (CE) 1.750/1.999 de la Comisión, de 23 de julio de 1.999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) 1.257/1.999 del Consejo, sobre la Ayuda al desarrollo rural a cargo del Fondo Europeo de

<sup>568</sup> En esta materia agrícola, el principio de subsidiariedad aún no ha sido desarrollado, estando centralizadas las ayudas e instrumentos por la UE. El carácter voluntario de estas ayudas se compagina muy bien con la natural independencia de los agricultores, a quienes las Administraciones tienen que “comprar” el sostenimiento de la tutela ambiental de sus explotaciones mediante dichas ayudas. Vid. Directions towards sustainable agriculture, Communication from the Commission, COM(1.999) 22, final, to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee of the Regions, 27.01.1.999, pág. 20.

<sup>569</sup> Con estas medidas se trata de fomentar la provisión de bienes de interés público (ambientales) por parte de los agricultores particulares. Cfr. HASLER, B. y NIELSEN, P., *Voluntary Agreements in Environmental Management in Agriculture*, CAVA Working Paper nº. 99/10/11, Bruselas, octubre 1.999, págs. 3-5. A pesar de mostrarse a favor del empleo de acuerdos voluntarios en su país, Dinamarca, estos autores se quejan de la falta de reflejo de los auténticos costes ambientales en los precios finales de los productos agrícolas.

Orientación y de Garantía Agrícola (FEOGA), ha establecido el régimen jurídico comunitario, a desarrollar por los Estados, de dichas medidas paccionadas, y que podemos describir someramente como sigue:

a). Las medidas agroambientales (arts. 12–20) deberán concederse mediante la suscripción, por el beneficiario, de los correspondientes compromisos ambientales, en los que se obligue, en el ejercicio de sus actividades agropecuarias, a cumplir con determinados requisitos de tutela ambiental.

b). No se determina en el reglamento la concreta articulación jurídica que los Estados deberán aplicar para conceder esas ayudas, si bien pudieran ser desde ayudas condicionadas (se habla siempre de compromisos como condición para la concesión de la ayuda, v. gr., art. 29.1) o, incluso, contratos (Anexo, punto 9.3. VI. A, cuarto guión), pasando, obviamente, por acuerdos voluntarios, ya que la exigencia de compromisos ambientales a los agricultores, el establecimiento de ayudas mínimas y máximas, la exigencia de afectación de las mismas a medio o largo plazo y la exigencia de flexibilidad que demanda parecen señalar la idoneidad de los instrumentos paccionados para llevar a cabo las prescripciones reglamentarias.

c). Al firmarlos, las Administraciones dispondrán de potestades exorbitantes, en defensa del interés ambiental que detentan<sup>570</sup>: por ejemplo, podrán dar por terminado el compromiso de manera unilateral, si la Administración entiende que el beneficiario no puede seguir cumpliendo las obligaciones ambientales contraídas (art. 29.3) podrá conceder incentivos extraordinarios que aumenten la ayuda en sí (art. 18) o limitar el compromiso del agricultor (art. 17.2, a).

d). Las ayudas agroambientales serán incompatibles con cualquiera otras ayudas comunitarias (art. 31.2 *in fine*).

e). Sobre los mismos terrenos podrán suscribirse varios compromisos diferentes, siempre que nos sean excluyentes, lo que determinará, en pura lógica, la suma de las ayudas concedidas por cada uno de ellos, salvo –entendemos– en la parte en que fueran redundantes (art. 16). Asimismo, un compromiso podrá transformarse en otro diferente, previa autorización administrativa, si ello consiente una mejor protección del medio ambiente (art. 20.1).

\*\*\*\*\*  
<sup>570</sup> A pesar de que el Reglamento 1.750/1.999, que estamos comentando, habla en todo momento de Estados, se trata de una referencia genérica a las Administraciones que, dentro de cada uno de ellos, detente competencias sobre agricultura, o sea, CC.AA. y Corporaciones Locales, quienes, directamente habilitados por el Reglamento o a través de las normas que se aprueben a escala intranacional para su desarrollo, podrán suscribir estas medidas paccionadas.

f). Los criterios con que cuenta el Estado para determinar la cuantía de las ayudas a conceder en cada compromiso están recogidos en el art. 17.1 del Reglamento que nos ocupa, a saber: en atención al lucro cesante que suponga la aplicación de las medidas ambientales sobre las ganancias ordinarias de la explotación, a los costes adicionales de dichas medidas, a las buenas prácticas concretas desarrolladas en la zona (esto es, a los costes normales de explotación), y en el art. 24.1 del Reglamento 1.257/1.999.

g). Al tratarse del otorgamiento de derechos en atención a las cualidades ambientales de los terrenos o ganado, esto es, ayudas *in tuitu rei*, *in rem* o reales, los compromisos son adjetivos a la cosa, como una carga, y, por tanto, cabrá la transmisión patrimonial de la misma, subrogándose el adquirente en la posición y obligaciones del anterior propietario (art. 29.1). Por esa misma característica, cabrá cualquier modificación de la cosa si la Administración lo autoriza, como una ampliación de la superficie de explotación (art. 29.2).

La Agenda 2.000 delimita la función respectiva de la Comisión, los Estados miembros y otros órganos en la aplicación de las políticas agrícola y de desarrollo rural. Esto es, se atribuye a los Estados miembros un papel más amplio a la hora de adaptar las políticas a las exigencias de su agricultura y sus zonas rurales, fundamentalmente a través del Reglamento (CE) 1.259/1.999, por el que se establecen las disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa en el marco de la política agrícola común, y del Reglamento (CE) 1.257/1.999, sobre la ayuda al desarrollo rural. Estos dos Reglamentos imponen requisitos más estrictos de seguimiento e información<sup>571</sup>.

Así, verbigracia, el Reglamento (CE) 1.259/1.999 del Consejo, de 17 de mayo de 1.999, por el que se establecen las Disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa en el marco de la política agrícola común<sup>572</sup>, permite el empleo de compromisos agroambientales de carácter facultativo por parte de los Estados (o sea, acuerdos voluntarios), para la concesión de ayudas directas a los agricultores (art. 3), que podrán modular en atención a sus circunstancias personales, a la productividad de sus tierras, a la mano de obra que emplea, etc. (art. 4).

Actualmente existen varias propuestas, en el marco de la Agenda 2.000, para ampliar la base contractual y voluntaria de las medidas agroambientales, como la

<sup>571</sup> Comunicación de La Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo COM(2.000) 20, final, DOCE de 26.01.2.000, sobre Indicadores para la integración de las consideraciones medioambientales en la Política Agrícola Común.

<sup>572</sup> DOCE L 160, de 26.06.1.999, págs. 113-118.

llamada Proposición para un Reglamento del Consejo sobre el apoyo a un desarrollo rural del Fondo de Garantía y Guía de la agricultura europea (EAGGF), 98/0102 (CNS), más conocida como R.D.R., que preveía una suma anual de 2, 8 billones de ecus para financiar estas medidas<sup>573</sup>.

Lo que late en el fondo de los acuerdos voluntarios para el fomento de la biodiversidad (paisaje más agricultura) es la confianza de los poderes públicos en el mantenimiento de terrenos con cualidades ecológicas (bosques, por ejemplo), que pueden ser gestionados por sus propietarios, con el consiguiente ahorro que supone, además, para las arcas públicas<sup>574</sup>.

### 3. EN LOS RESIDUOS DE ENVASES

La Directiva 94/62/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 1.994, relativa a los envases y residuos de envases<sup>575</sup>, ha definido “acuerdo voluntario” como “el acuerdo formal celebrado entre las autoridades públicas competentes del Estado miembro y los sectores económicos correspondientes, que debe estar abierto a todas las partes que deseen cumplir las condiciones del acuerdo con vistas a alcanzar los objetivos de la presente Directiva”.

A pesar de que no se vuelve a hablar de ellos en la directiva, no debe tomarse como una restricción de su empleo sino, al contrario, como un principio general de la directiva, ya que se deja la puerta abierta para que los Estados adopten medidas administrativas de tipo paccionado (aparte de otras medidas legales o reglamentarias, *ex art.* 22) para desarrollar sistemas de reutilización, reducción, reciclado y/o valoración de los residuos de los envases, a los que se podrán adherir, mediante la suscripción del convenio correspondiente, de manera voluntaria, las empresas y fabricantes que lo deseen.

Esto ha sucedido en la mayor parte de Estados de la UE (Francia, Italia, Alemania, España...<sup>576</sup>). Para cumplir con el principio “quien contamina, paga” (art. 15), cada

\*\*\*\*\*

<sup>573</sup> Vid. Reglamentos 1.257/99, 1.258/98 y 1.763/2.001.

<sup>574</sup> En Dinamarca, aparte de la directiva Hábitats, existe una gran tradición de fomento y ayudas a estos propietarios, a través de “acuerdos permanentes de gestión” (*permanent management agreements*). Vid. OECD, *Handbook of incentive Measures for Biodiversity. Design and Implementation*, París, 1.999, destacando también, el original programa voluntario de certificación de bosques de 1.996.

<sup>575</sup> DOCE L 365, de 31.12.1.994, págs. 10-23.

<sup>576</sup> Vid. HAFKAMP, W. A., HOZEE, M. y RINGELING, A. A., *The effectiveness of instruments for environmental policies in the field of industry: regulating packaging and transport of hazardous waste*, EC Environmental Research Programme, DG XII, Rotterdam, págs. 7-11, destaca la reducción de costes como una de las consecuencias de la aplicación de estos sistemas voluntarios, como el DSD alemán, el Eco-Emballages francés o el NEPP holandés.

empresa adherida deberá pagar un canon a la entidad pública que se encargue, por sí sola o en unión de varias empresas privadas, de gestionar el sistema.

La Directiva 85/339/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1.985, relativa a los Envases para alimentos líquidos<sup>577</sup>, es una de las escasísimas que ha previsto la transposición de algunos de sus objetivos, por parte de los Estados, a través de acuerdos voluntarios. Estos acuerdos tendrán como objetivo, según el art. 4, el fomento de la educación de los consumidores para el empleo de envases reciclados, la facilitación del relleno o reciclado de envases, favorecer la recogida selectiva de los envases no rellenables, fomentar el desarrollo técnico, etc., medidas que debían ser comunicadas a la Comisión, según prescribía el art. 7.1 de la Directiva<sup>578</sup>.

Para varios tipos de residuos diferentes está previsto también el desarrollo de sistemas de recogida voluntaria, como el caso de los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos<sup>579</sup>, pilas y acumuladores<sup>580</sup> o vehículos para el desguace<sup>581</sup>.

#### 4. EN LA PROTECCIÓN CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO, EN ESPECIAL, CONTRA LOS GASES DE EFECTO INVERNADERO

La estrategia comunitaria de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero (esto es, de los seis gases citados en el Protocolo de Kyoto, es decir, el dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>), el metano (CH<sub>4</sub>), el óxido nitroso (N<sub>2</sub>O), el hidrofluorocarbono (HFC), el hidrocarburo perfluorado (PFC), y el hexafluoruro de azufre (SF<sub>6</sub>)) está dirigida tanto al exterior como al interior de la UE.

Al exterior, porque es una de las partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático. Al interior, porque los compromisos allí asumidos

<sup>577</sup> DOCE L 176 de 06.07.1.985, págs. 18-21.

<sup>578</sup> La propuesta directiva COM(1.996) 191, final (DOCE C 382, de 18.12.1.996) armoniza el mercado de los envases, realizado de forma voluntaria por los agentes económicos que desean indicar la naturaleza reutilizable o reciclable del envase.

<sup>579</sup> Cfr. art. 4.3 de la Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (COM(2.000) 347, final).

<sup>580</sup> Cfr. art. 7.1 de la Directiva 91/157/CEE, DOCE L 7, de 26.03.1.991, pág. 38) del Consejo de 18 de marzo de 1.991 relativa las pilas y los acumuladores que contengan determinadas materias peligrosas, que permite a los Estados adoptar instrumentos económicos para la recogida selectiva o el reciclado de estos residuos, siempre que se sustente sobre criterios ecológicos, no obstruyan la libre competencia y se cuente con la opinión de las partes interesadas.

<sup>581</sup> Cfr. art. 5.1 de la Directiva 2.000/53/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2.000, relativa a los vehículos al final de su vida útil - Declaraciones de la Comisión (DOCE L 269, de 21.10.2.000, págs. 4-43).

deben ser después aplicados en cada Estado miembro. Así, tras habersele asignado en Kyoto a la UE la obligación de reducir sus emisiones de este tipo de gases en un 8% para el período 2.008–2.012, en relación con los valores de 1.990, el Consejo llegó a un Acuerdo en junio de 1.998 por el que se repartía entre los Estados miembros, de manera asimétrica, esa carga general, atendiendo a las expectativas de crecimiento y al historial contaminador de cada país<sup>582</sup>.

A pesar de ello, la VI Conferencia Marco, celebrada a finales de noviembre de 2.000 en La Haya, no ha servido para que las partes ratifiquen el protocolo de Kyoto, dadas las desavenencias surgidas entre EE.UU. y la UE<sup>583</sup>.

Ante las pesimistas previsiones sobre cumplimiento de las tasas de reducción establecidas en Kyoto, la UE se ha empeñado en tres frentes:

### A. La comercialización de derechos de emisión

Ante los buenos resultados que la homóloga experiencia norteamericana ha arrojado en el control de las emisiones de GEI, el protocolo de Kyoto incluyó entre los mecanismos de flexibilidad, a desarrollar para cumplir las metas de reducción de emisiones, **la comercialización de derechos de emisión. Esto es, la cesión onerosa de las cuotas de contaminación no utilizadas por una empresa o entidad a otra/s del mismo o distinto Estado que las necesiten para seguir produciendo.**

Es por ello por lo que la Comisión presentó el Libro Verde sobre el comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión Europea

<sup>582</sup> En 1.992 se celebró en Río de Janeiro, en el marco de las Naciones Unidas, la Cumbre Mundial sobre la Tierra, que concluyó con la firma del Convenio Marco sobre Cambio Climático, que es el foro natural de debate mundial del problema del calentamiento global del planeta. Este documento ha sido ratificado por más de 190 países. La Cumbre de Kyoto, en 1.997, establecía unos mecanismos para hacer jurídicamente vinculante para la Comunidad Internacional las acciones dirigidas a reducir la emisión de gases a la atmósfera. Allí se acordó la reducción en un 5, 2% de las emisiones para el conjunto de los países desarrollados, repartidos de este modo: el 8% para la UE, el 7% para EE.UU. y el 6% para Japón. Para España y Portugal, por ejemplo, se permite un aumento de las emisiones en un 15% y un 27%, respectivamente, mientras que para Alemania y Reino Unido, una reducción del 21% y el 12, 5 %, respectivamente.

<sup>583</sup> La Cumbre de La Haya hace la sexta (tras Río, Ginebra, Kyoto, Buenos Aires y Bonn). En la Cumbre de Bonn, en 1.999, se lanzó la idea de que el protocolo de Kyoto entrase en vigor en 2.002, coincidiendo con el décimo aniversario de la cumbre de Río. En La Haya participaron 184 países, pero no supuso avance alguno para la ratificación del protocolo de Kyoto, cuya entrada en vigor es aún una incógnita. Las tensiones con EE.UU. se centraron en los mecanismos de flexibilidad que éste prevé, sobre todo, en lo tocante a los sumideros (plantación de bosques que reduzcan el porcentaje de CO<sub>2</sub> en la atmósfera). La UE ratificó el Protocolo de Kyoto el 30 de mayo de 2.002.

[COM(2.000) 87 final, 08.03.2.000], que pretende implantar el sistema en el ámbito comunitario a partir de 2.005<sup>584</sup>. Sus postulados han sido recogidos en la Directiva 2003/83/CE, de 13 de octubre, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad.

El Parlamento, además, aprobó el 26 de octubre de 2.000 dos resoluciones: una sobre gases de efecto invernadero, y otra sobre la estrategia de la Comisión para la Conferencia de La Haya sobre Cambio Climático. En ellas el Parlamento decidió cimentar las bases de un futuro mercado de emisiones comunitario, con el que poder atajar los objetivos a cumplir por la UE tras los compromisos asumidos en el protocolo de Kyoto, según el cual ésta debía reducir sus emisiones en un 8% respecto de los niveles de 1.990, para el periodo 2.008–2.012. A la espera de un desarrollo del sistema, podemos avanzar que una política de este tipo nos parece de suma utilidad, al responsabilizar a las empresas de sus resultados atmosféricos, a las que se incentiva a mejorar al poner en el mercado (en sentido literal) sus estándares de emisión.

Ni qué decir tiene que el éxito de este modelo depende de que la Administración establezca un tope de emisiones insuperable y que vaya reduciéndolo progresivamente para alcanzar los objetivos planteados. Los eurodiputados se mostraban, además, a favor de recoger estas ideas en un compromiso o acuerdo vinculante, algo complicado en el ámbito comunitario según se desprende de lo que llevamos dicho<sup>585</sup>. El Comité de las Regiones, además, en una línea de recelo, ha dado un toque de atención para que los datos que den las empresas sobre su verdadero volumen de emisiones –como requisito previo a su comercialización– sea comprobado por la Administración<sup>586</sup>.

<sup>584</sup> Comentado por DETTE, B., *The Green Paper on Greenhouse Gas Emissions Trading within the European Union*, en E.L.N.I. n.º. 2/1.999, págs. 11 y ss.

<sup>585</sup> Vid. Dictamen del Comité Económico y Social sobre el “Libro Verde sobre el comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión Europea”, DOCE C 367/22, de 20.12.2.000). Como criterios razonables de ordenación de la asignación de los límites de emisión para cada empresa, el Comité Económico y Social ha planteado la posibilidad de que la determinación de umbrales se realice a escala comunitaria, partiendo de la base de los criterios objetivos y técnicos de BAT fijados en la Directiva 96/61/CEE, sobre prevención y control integrados de la contaminación, siempre que las plantas estén, además, incluidas en la Directiva de Grandes Instalaciones de Combustión. Si se diera el caso de que en 2.005 aún no se hubiesen publicado las normas de eficiencia BAT de cada sector, podrían ser sustituidas por un acuerdo voluntario a escala comunitaria, lo que apoya su uso, si bien en circunstancias excepcionales como ésta. Lo deseable es que la asignación de derechos comunitaria se insertara en una estrategia mundial al respecto.

<sup>586</sup> Cf. Dictamen del Comité de las Regiones sobre: — el «Libro Verde sobre el comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión Europea», y — la «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre políticas y medidas de la UE para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero: Hacia un Programa Europeo sobre el Cambio Climático (PECC)», DOCE C 22, de 24.01.2.001, epígrafe 2.2. No estaría mal tampoco que, como propone en el epígrafe 2.4, se incluyera en el sistema de comercialización comunitario la gestión de los residuos, con lo que, consideramos, se acabarían las tensiones originadas al respecto entre los diferentes Estados sobre la obstaculización del libre tránsito de mercancías en el seno de la UE.

No obstante, la fijación de los permisos de emisión, podría concretarse para cada empresa o industria de manera individual por parte de la Administración, como resultado de las negociaciones planteadas, a través de acuerdos voluntarios<sup>587</sup>.

Por supuesto, cualquier posible pacto entre las empresas para repartirse las cuotas de contaminación sería reputado como atentatorio del ámbito de libre competencia que establece el art. 81.1 TCE, según dispone el párr. 190, *in fine*, de las Directrices sobre aplicabilidad del art. 81 del TCE a los acuerdos de cooperación horizontal.

## B. La puesta en acción de instrumentos económicos

Como los acuerdos voluntarios, por ejemplo. El empleo, sobre todo, de acuerdos ambientales entre las empresas y las Administraciones, así como cualquier otra forma de autolimitación voluntaria de las emisiones debe aumentar, en opinión de la Comisión. Su uso para conseguir mejor eficiencia energética de los recursos empleados, es una vía aún por explotar por los Estados miembros<sup>588</sup>.

Los Fondos Estructurales y el Fondo de Cohesión podrían financiar ayudas para firmar acuerdos al respecto, cofinanciados entre los Estados y la UE, en atención a las prioridades establecidas por la Comisión, en este caso, en materia ambiental<sup>589</sup>.

587 Esta idea, planteada en Europa por HOLTSMARK, B. J., y ALFSEN, K. H., *Coordination of flexible Instruments in climate Policy. Center for International Climate and Environmental Research (CICERO), Report 1.998:4*, 1.998, pág. 9, no es descabellada, entendemos, siempre que exista un previo marco normativo que restrinja la libertad de ambas partes en las negociaciones y objetivos, para evitar el presiones por parte de grandes grupos empresariales y cierta igualdad material. Para quienes han tratado más el tema de los acuerdos voluntarios como instrumento de reducción de las emisiones de GEI, esto es, TORVANGER, A. y SKODVIN, T., *Implementing the Kyoto Protocol. The role of environmental Agreements, CICERO 1.999:4 Report*, Oslo, 1.999, pág. 6, los acuerdos son una buena herramienta para pasar de la fase tradicional de command and control a la fase de comercialización de derechos de emisión interna y exterior (tras asumir el protocolo de Kyoto).

588 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones, de 14 de mayo de 1.997, sobre la dimensión energética del cambio climático [COM(1.997) 196 finales], pág. 8, donde se fomenta su empleo para reducir las emisiones de CO<sub>2</sub>, allí donde sea conveniente, y para evitar fugas en las redes de distribución de gas natural (pág. 15): sobre aquel extremo, veremos cómo en Italia la empresa FIAT ha firmado algunos acuerdos al respecto; sobre éste otro, por ejemplo, el sector neerlandés del gas suscribió un acuerdo voluntario con el Gobierno por el que se comprometía a reducir las emisiones de metano en un 10%.

589 Cfr. Documento de trabajo de la Comisión, transmitido al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones titulado "Los Fondos Estructurales y de Cohesión - orientaciones para los programas durante el periodo 2.000-2.006", adoptado por la Comisión el 3 de febrero, Boletín UE 1/2-1.999, pág. 10. La cogeneración de electricidad y calor podría ser un sector tipo en que pueden cuajar estas medidas convencionales. La común y ya comentada preocupación porque los acuerdos ambientales sean ambiciosos, se extiende también a los acuerdos en sede de energía. Cfr. Documento de trabajo de la Comisión: De Cardiff a Helsinki y más allá. Informe al Consejo Europeo sobre la integración del medio ambiente y del desarrollo sostenible en las políticas comunitarias, SEC (1.999) 1.941, final, 21.11.1.999, pág. 21.

Su aplicación será mayor cuando sean pocas las partes a convenir o, siendo muchas, si existe una organización lo suficientemente fuerte y representativa como para comprometerlas a fondo. Además, dada la escasa rentabilidad de las medidas alternativas a las fuentes energéticas fósiles (que determinan, en gran parte, las emisiones de GEI) serán muy necesarios altos incentivos para que las industrias se avengan a pactar<sup>590</sup>.

### C. El desarrollo del Programa Europeo sobre Cambio Climático de la Comisión Europea (P.E.C.C.)

Instrumento de consenso que tiene como primera finalidad ampliar y desarrollar las medidas más eficaces para conseguir el objetivo fijado para la Comunidad de reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero en un 8%. Observando la azarosa andadura de las negociaciones mantenidas entre las distintas sensibilidades de los Estados y las Comunidades Europeas, la planificación y establecimiento de medidas y objetivos comunes se hacía muy necesario en este caso<sup>591</sup>.

Su estructura orgánica y las propuestas planteadas se recogen en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo COM(2.000) 88<sup>592</sup>. A pesar de ser un instrumento en elaboración, parece que uno de sus puntales lo configurarán los acuerdos voluntarios<sup>593</sup>, especialmente, en materia de energía, transportes e industria, como apunta el Anexo 3<sup>594</sup>. Estamos, en todo caso, ante un instrumento en elaboración que tendrá que demostrar muchas cosas para atajar la negativa tendencia de aumento constante de las emisiones en el ámbito comunitario<sup>595</sup>.

<sup>590</sup> Vid. ECOTEC (Research and Consulting Ltd.), *Voluntary Initiatives to address climate Change. A Draft Final Report for comment*, Bruselas y Birmingham, octubre 1.998, pág. V. Muchos son los ejemplos de VEAs sobre cambio climático en el seno de los Estados miembros de la UE, como los firmados en Dinamarca en 1.992 o en Alemania en 1.995 y 1.996.

<sup>591</sup> Los reglamentos 594/1.991, 3.952/1.992 y 3.093/1.994, relativos a las sustancias que agotan la capa de ozono, fueron objeto de fuertes tensiones entre los países del Norte y los del arco mediterráneo. ROWLANDS, I. H., *EU Policy for Ozone Layer Protection*, RSC n.º. 98/2, Robert Schuman Centre, European University Institute, 1.998, págs. 18-21 relata las cesiones que debieron hacer aquéllos en materia de contención del bromuro de metilo para poder imponer una postura más tuitiva respecto de los HCFCs (hidroclorofluorocarburos). Necesidades de mantenimiento de las cuotas de mercado alcanzadas han impedido ser más ambiciosos, hasta ahora, en esta materia.

<sup>592</sup> Titulada "Políticas y medidas de la UE para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero: Hacia un Programa Europeo sobre el Cambio Climático (PECC). La comunicación de la Comisión COM 2.001/580, de 23 de octubre, versa sobre la ejecución de la primera fase del Programa Europeo sobre cambio climático.

<sup>593</sup> Cfr. *Ibidem*, Anexo 2, in fine, junto con la fiscalidad, los reglamentos técnicos y los instrumentos de flexibilidad.

<sup>594</sup> El empleo de medidas paccionadas se ha demostrado positivo, estimándose que los acuerdos de la Comisión con los consorcios de fabricantes de automóviles ACEA, JAMA y KAMA supondrá una reducción del volumen de emisiones en este campo de un 2%. Cfr. Informe, presentado por la Comisión, de conformidad con lo dispuesto en la Decisión 1.999/296/CEE del Consejo, relativa a un mecanismo de seguimiento de las emisiones de gases de efectos invernadero en la Comunidad [COM(2.000) 749, final, 22.11.2.000], pág. 34.

<sup>595</sup> Vid. DG XVII, *The European Union's oil supply*, 4 octubre 2.000, pág. 8, donde se adelanta el dato, revelador, de que si no se toman medidas voluntarias al respecto, el consumo de energía del sector transportes en la UE crecerá un 35% en 2.010. También, DG ENERGY AND TRANSPORT, *Annual Energy Review*, Bruselas, 1.999, pág. 42.

## 5. EN EL SECTOR ENERGÉTICO

La racionalización del vector energético redundará en un doble sentido en una mayor protección del medio ambiente:

1. El desarrollo de la mejor tecnología disponible (B.A.T.) en las empresas implica el empleo de menor cantidad de los recursos energéticos escasos o convencionales, como el carbón, el petróleo o el gas, con lo que el impacto producido por su extracción también disminuye, y, a la larga, abarata el precio final del producto. Este beneficio es inmediato y claramente visible, y, por su evidencia, no nos interesa en este momento, menos aún por lo que hace a nuestro tema de estudio.

2. La reducción del volumen de combustibles fósiles o gaseosos, junto al cada vez mayor empleo de energías renovables, supone una reducción de las emisiones atmosféricas y de los vertidos de residuos por vía terrestre o acuosa, con lo que se coadyuva de manera importantísima a paliar los efectos del cambio climático o de la destrucción de la capa de ozono, por ejemplo. Es ésta la nueva causa que abanderará en estos momentos la Dirección General XVII, de Energía y Transporte, que preside la española Loyola de Palacio.

Precisamente en este segundo aspecto es donde la estrategia de la UE se está sirviendo de los acuerdos negociados como instrumento esencial de tutela.

### A. Reducción de los combustibles fósiles

La propia UE, consciente del impacto negativo que comportarían medidas ablativas o prohibiciones de su empleo, ha optado por una estrategia paccionada, por la que las propias empresas, a través de estímulos estatales, vayan reduciendo paulatinamente su dependencia de estas fuentes de energía. Así se propone por la propia Comisión<sup>596</sup>.

\*\*\*\*\*  
En su capítulo II, dedicado a la UE, se explicita que, desde 1.994, el consumo de energía ha aumentado, para la industria, a razón de 1.6 %puntos anuales, mientras que la producción del sector secundario lo ha venido haciendo en un 2%. Las emisiones de CO<sub>2</sub>, por ejemplo, crecieron en un 1.5% en 1.998 en relación con 1.997 (pág. 4, Capt. X). Estos preocupantes datos crearon un enorme desasosiego en la embajada comunitaria en La Haya, que defendió una postura maximalista a favor de un mayor compromiso.

<sup>596</sup> Cfr. DG ENERGY AND TRANSPORT, *Work Programme for 2.000*, pág. 11, por ejemplo, para el petróleo y otros combustibles fósiles.

Exponente importantísimo de esta política y del auge de los acuerdos voluntarios en este terreno podemos incluir las negociaciones desarrolladas en el seno del Programa Auto–Oil, encaminadas a la mejora de la calidad de los combustibles consumidos por los vehículos motorizados.

El Libro Verde de las Energías Renovables propone la firma de acuerdos voluntarios para conseguir que los combustibles de sustitución se usen en un porcentaje del 20% en 2.020. Doc. COM (2000) 769.

#### *a). El Programa Auto–Oil*

Tras el acuerdo de conciliación entre el Parlamento y el Consejo sobre las directivas Auto–Oil I, los objetivos fueron refundados, por lo que nos encontramos ahora en una segunda fase del programa, en que la Comisión espera llevar a buen puerto las conversaciones mantenidas con estas empresas, y así poder proponer una directiva consensuada en la materia<sup>597</sup>.

En aplicación del Auto–Oil II ya se ha adoptado una propuesta de directiva que fija los valores límite para las emisiones de motocicletas y ciclomotores, altamente contaminantes, y que son los vehículos que, proporcionalmente, más superan los niveles de emisiones establecidos, quizá por sus carencias técnicas y por la falta de mantenimiento a que los someten (sometemos, ¡ay!) los usuarios<sup>598</sup>.

Recientemente ha sido publicada la Comunicación de la Comisión sobre los resultados del programa Auto–Oil II<sup>599</sup>. El ejecutivo comunitario llega a la conclusión

<sup>597</sup> A pesar de la Directiva 94/12/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de marzo de 1.994, relativa a las medidas que deben adoptarse contra la contaminación atmosférica causada por las emisiones de los vehículos de motor y por la que se modifica la Directiva 70/220/CEE, la Comunidad inició las negociaciones tendentes a aumentar los estándares de reducción de emisiones, estableciendo el Programa Auto–Oil I, que desarrollará las tendencias apuntadas en el art. 4 de esta directiva para el sector del transporte por carretera. Como resultado de este Programa, la Comisión adoptó una Comunicación sobre una futura estrategia para el control de las emisiones del sector del transporte por carretera (de junio de 1.996, COM(96) 248), y sendas propuestas de directivas sobre la calidad del diesel y la gasolina (COM(96) 0163) y sobre las emisiones de los automóviles de pasajeros (COM(96) 0164). El Programa Auto–Oil II es un paquete de medidas para reducir la emisión de gases como el monóxido de carbono, benceno, ozono y óxido de nitrógeno en un 70%. Fue establecido en la primavera de 1.997, designado para proveer a la Comunidad del apoyo técnico necesario para convertirse en la base del trabajo de la Comisión sobre futuros estándares límite de las emisiones de los vehículos, niveles de calidad de los combustibles y medidas paralelas. Los objetivos de esta segunda fase del Programa se recogen en los arts. 9 y 3 de las propuestas de directivas citadas, respectivamente, que establecían pronósticos de emisión para el año 2.010. Obligará a que los vehículos lleven ordenadores de a bordo que les permitan realizar "diagnósticos" para comprobar sus emisiones. Tal cosa se exigía ya en 2.000 para los vehículos de gasolina y lo hará en el 2.005 para los diesel. Asimismo, los nuevos vehículos, desde 2.000, deberán pasar tests de durabilidad cada 5 años u 80.000 Km. (100.000 en 2.005).

<sup>598</sup> Propuesta COM(2.000) 314, final, que pretende modificar la Directiva 97/24/CEE, sobre emisiones de los vehículos de dos o tres ruedas, posteriormente reformada pero que aún no ha entrado en vigor.

<sup>599</sup> Cfr. Comunicación de la Comisión. Examen del Programa Auto–Oil II, COM(2.000) 626, final (DOCE de 05.10.2.000).

de que a pesar de los evidentes progresos, sólo desde más o menos el 2.010 las emisiones de ozono y partículas del transporte terrestre empezarán a disminuir, con la intención de que, a fecha de 2.020, se haya reducido en un 20% los valores totales de emisión de 1.995.

Se estima, sin embargo, que las emisiones de CO<sub>2</sub> continuarán aumentando hasta 2.005, y que los frentes aún abiertos son los de reducción de partículas, los superamientos localizados de emisiones de NO<sub>2</sub> y restricción de las emisiones de ozono. Para el seguimiento de las emisiones de CO<sub>2</sub> de los turismos nuevos y de los acuerdos que las compañías firmen al respecto, el Parlamento Europeo y el Consejo han establecido un plan al respecto<sup>600</sup>.

### *b). Otras medidas*

Según la Directiva 98/30/CEE<sup>601</sup>, para el establecimiento del acceso al mercado interior del gas, la UE permite dos sistemas: uno, regulado por cada Estado miembro, y otro negociado, a través de la celebración de contratos de suministro entre las empresas de gas natural y los clientes cualificados, en el marco de acuerdos comerciales voluntarios (art. 15). La resolución de conflictos se realiza extrajudicialmente, por medio de acuerdos (art. 23.3). Lo mismo ocurre con la Directiva 96/92/CEE<sup>602</sup> para el mercado interior de electricidad, para cuyo acceso cada Estado puede optar entre un sistema negociado (art. 17) o un sistema de comprador único.

La Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, COM(2.000) 247 final, de 26 de abril, aprobaba el Plan de acción para mejorar la eficacia energética en la Comunidad Europea. La mayoría de las acciones propuestas en este plan va destinadas a lograr una mayor eficiencia energética en la UE, estableciendo medidas que

\*\*\*\*\*  
<sup>600</sup> Decisión 1753/2.000/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 2.000, por la que se establece un plan de seguimiento de la media de las emisiones específicas de CO<sub>2</sub> de turismos nuevos (DOCE L 202/1, de 10.02.2.000). Parte de las negociaciones del programa Auto-Oil se han plasmado, también, en la Directiva 98/70/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 1.998 relativa a la calidad de la gasolina y el gasóleo y por la que se modifica la Directiva 93/12/CEE del Consejo, DOCE L 350, de 28.12.1.998, pág. 58-68, modificada por la también Directiva 2.000/71/CEE de la Comisión, de 7 de noviembre de 2.000, por la que se adaptan al progreso técnico los métodos de medición establecidos en los anexos I, II, III y IV de la Directiva 98/70/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo según se prevé en el artículo 10 de la misma (Texto pertinente a efectos del EEE), DOCE L 287, de 14.11.2.000, pág. 46.

<sup>601</sup> Directiva 98/30/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1.998 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, DOCE L 204, de 21.07.1.998, pág. 1-12.

<sup>602</sup> Directiva 96/92/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de diciembre de 1.996 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, DOCE L 027, de 30.01.1.997, págs. 20-29.

pertenecen, en su mayoría, a la categoría de medidas voluntarias, coordinadas en el ámbito comunitario. En otros casos, se proponen medidas legislativas cuando se considera necesario<sup>603</sup>.

Entre las varias medidas que propone el plan a escala comunitaria se encuentra la descentralización de la política energética en regiones y ciudades.

A este respecto, las directrices han dado la prioridad a los equipos de eficacia energética en las PYME, los hogares y los edificios públicos, así como a la inversión industrial en tecnologías innovadoras y eficaces desde el punto de vista energético, tales como la cogeneración. Todo ello, expone el programa, "puede ir asociado con, por ejemplo, acuerdos voluntarios, auditorías energéticas, etiquetado e iniciativas de mejores prácticas en los Estados miembros."

También se propugna la celebración de acuerdos voluntarios sectoriales para la reducción de un 1/3 de emisiones de CO<sub>2</sub> de los automóviles nuevos en 2.000–2.005 en relación con los valores de 1.995.

Se animará igualmente a las empresas de servicios públicos a celebrar acuerdos voluntarios para que incluyan en sus objetivos empresariales la eficacia energética junto con contratos de empresa y estrategias similares vinculadas a la eficacia energética, siempre y cuando se respeten los criterios normales de rentabilidad.

Varios Estados miembros y numerosos fabricantes han indicado una preferencia por el uso de acuerdos negociados para mejorar la eficacia energética de equipos domésticos y comerciales (o sea, de equipos no instalados en los edificios por el constructor), en forma de compromisos voluntarios celebrados por los fabricantes de equipos y entre ellos, y entre ellos y las Administraciones, en sustitución de una legislación normativa. La Comisión formaliza dichos acuerdos mediante una Recomendación, que suelen tener el mismo objetivo que los requisitos mínimos obligatorios de eficiencia establecidos en la normativa comunitaria<sup>604</sup>.

Como reconoce el plan de acción, hasta el momento, la Comisión ha negociado dos acuerdos con los fabricantes de electrodomésticos: la reducción de las pérdidas de energía en modo de espera de televisores y grabadoras de vídeo y un acuerdo

<sup>603</sup> Como prueba bastante basta ojear el Anexo II del documento, en que se cifran las medidas Voluntarias adoptadas en los Estados miembros sobre eficiencia energética: acuerdos sectoriales: 26 realizadas, 1 prevista; certificación: 11 realizadas; 1 prevista; programas: 42 realizadas, 2 previstas.

<sup>604</sup> Desde la adopción de la Directiva sobre los frigoríficos (96/57/CE) relativa a los requisitos de rendimiento energético, los acuerdos negociados se han ido convirtiendo en una alternativa aceptada y práctica a este tipo de legislación.

sobre las lavadoras. En los sectores comercial e industrial no existe ningún sistema de etiquetado, por lo que es necesario establecer niveles mínimos obligatorios de eficiencia en caso de que no se celebren acuerdos negociados aceptables. En la actualidad, un gran número de aparatos será sometido a acuerdos o compromisos negociados, entre ellos, los calentadores de agua, los aparatos de aire acondicionado, los lavavajillas, las secadoras, los motores eléctricos, las bombas, los ventiladores industriales y los equipos comerciales de refrigeración, a la espera de una solución satisfactoria en relación con la participación del Parlamento Europeo en futuras negociaciones. Se presentará también una directiva marco que planteará los objetivos de los acuerdos negociados y que, de ser necesario, facilitará la adopción de requisitos mínimos de eficiencia de carácter obligatorio basados en criterios económicos pre-establecidos.

## B. El papel de la UE en el despliegue de las energías renovables

Respecto de las F.E.R. (fuentes de energía renovables), la Unión se encamina a elaborar un marco normativo, a coordinar acciones y a cofinanciar ayudas, por lo que el peso de la política de marras recae principalmente en los Estados<sup>605</sup>. La Comisión aconseja que se empleen acuerdos voluntarios a escala intraestatal, regional o municipal para lograr una mayor penetración de estas fuentes de energía, y concreta en la industria, en el sector petrolífero, agricultor, silvicultor y en el urbanismo y la ordenación del territorio los sectores interesados en este tipo de medidas<sup>606</sup>.

Particularmente importantes son las corporaciones locales, dado que la estacionalidad de las energías renovables (que dependen en gran medida del sol, del viento o del flujo de agua) y los altos riesgos económicos que, por ahora, supone su explotación, hacen de la esfera local y rural la más apropiada para que las empresas y los

605 Por fuentes de energía renovables se entienden las centrales de energía eólica, solar, geotérmica, hidroeléctrica del oleaje y maremotriz y la biomasa, donde biomasa se define como los productos de la agricultura y la silvicultura, los residuos vegetales de la agricultura, de la silvicultura y de la industria de producción de alimentos, los residuos de maderas no tratadas y los residuos del corcho (art. 2 directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad, Directiva 2.001/77

606 Cfr. ENERGÍA PARA EL FUTURO: FUENTES DE ENERGÍA RENOVABLES, *Libro Blanco para una Estrategia y un Plan de Acción Comunitarios. Comunicación de la Comisión*, COM(97) 599, final, pág. 31. La Comisión exhorta a las autoridades encargadas de elaborar los contratos públicos a que participen también en el desarrollo de las FER (fuentes de energía renovables). El objetivo es aumentar en un 12%, como mínimo, el uso de FER para 2.010. La propia Dirección General de Industria y Transportes se propuso como objetivo prioritario en el año 2.000, la promoción de los acuerdos voluntarios para desarrollar el uso de FER. Cfr. DG ENERGY AND TRANSPORT, *Work Programme for 2.000*, pág. 14.

usuarios se consorcien con la Administración, repartiendo así el riesgo<sup>607</sup>. Sería importante que las Administraciones otorgaran incentivos fiscales o subvenciones, al tiempo que se emanan regulaciones comunitarias para armonizar el tratamiento fiscal de los biocombustibles o para obligar a las compañías petrolíferas a distribuirlos<sup>608</sup>.

La Comisión Europea considera óptima la elección de los acuerdos –junto con la regulación tradicional– para conseguir objetivos a medio plazo, dada su intrínseca flexibilidad y a su capacidad de adaptación a cada caso concreto<sup>609</sup>, mientras que confían en la investigación, el desarrollo y la reforma fiscal ambiental como instrumentos a largo plazo<sup>610</sup>.

#### a). Modelo de acuerdo marco para el fomento de FER

En la Campaña de Despegue de la Estrategia comunitaria de fomento de las FER, prevista en el Libro Blanco, se recogen varias medidas paccionadas para hacer facilitar la expansión de estas fuentes de energía.

La filosofía es la de unir a los actores privados y a los públicos para que cofinancien los proyectos (con preeminencia cuantitativa de aquéllos), y para que muevan, con ayudas y otras medidas, a las empresas de todos los ámbitos y tamaños, a un mayor empleo de FER. Aparte los instrumentos de apoyo directo (tipo subvención), dos son las medidas consensuales previstas en la Campaña de Despegue:

<sup>607</sup> Vid. Dictamen del Comité Económico y Social sobre “Energías renovables: contribución de las zonas rurales a una activa protección del clima y al desarrollo sostenible”, DOCE C 367/44, de 20.12.2.000, pág. 4.

<sup>608</sup> Cfr. *Green Paper, Towards a European strategy for the Security of Energy Supply*, COM(2.000) 769, DOCE de 29.11.2.000, pág. 50. Este documento, puramente orientativo y sin fuerza de obligar, recoge una ratio del 20% de combustibles verdes para 2.020, si bien es consciente de lo utópico de la propuesta.

<sup>609</sup> Cfr. DG XVII, *Documento de los Servicios de la Comisión, Campaña de Despegue. Energía Para El Futuro: Las Fuentes De Energía Renovables (Estrategia y Plan De Acción Comunitarios)*, pág. 35, pues, dada la diversidad de FER y su diferente competitividad, se necesitan instrumentos de fomento flexibles y variados, de entre los cuales, los acuerdos voluntarios son el paradigma, ya que pueden integrar perfectamente subvenciones, desgravaciones fiscales (como se propone en el Dictamen del Comité de las Regiones sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad, DOCE C 22, de 24.01.2.001, epígrafe 14) y ayudas tecnológicas.

<sup>610</sup> Vid. DIRECTORATE GENERAL FOR ENERGY (DG XVII), *Energy in Europe. European Energy to 2.020. A scenario Approach, Special issue*, primavera de 1.996, pág. 16. Con estas herramientas se trata de internalizar los costes ambientales, junto a la responsabilidad civil de las empresas y la normalización administrativa. A sus ventajas (inmediatez de resultados y eficacia) se contraponen la escasa ambición de los acuerdos o los problemas que provocan en la libre competencia de las industrias que firman un pacto sector: se ha demostrado que mientras que las grandes empresas se muestran a favor de los VEAs, las PYMEs hacen lo propio con la regulación (pág. 85), por razones que desarrollaremos más adelante, al tratar los acuerdos en el derecho comparado intracomunitario. A pesar de lo que considera la Dirección General, el empleo de medidas voluntarias junto a otras obligaciones derivadas de la regulación o la tasación energética nunca supondrá una doble imposición para las industrias (pág. 87), ya que ir más allá de lo que los compromisos legales establecen queda siempre al arbitrio de la empresa, quien se moverá por conciencia ambiental o por buscar mayor respaldo social.

1. El *Renewable Energy Partnership* (o Consorcio para las Energías Renovables), que integra, a escala comunitaria, a la Comisión Europea, a la industria y a los poderes públicos estatales, delimitando tareas de cada uno y trazando las líneas generales de actuación, y

2. Los acuerdos-marco para proyectos de FER, mediante los que las partes en juego (especialmente empresas y autoridades públicas intraestatales) plasman, para el caso concreto, esas directrices, funcionando como compromisos de actuación voluntaria, y, por ello, clasificables como acuerdos voluntarios. Estos acuerdos, que habrán de tener por esfera natural de aplicación los Municipios<sup>611</sup>, no parecen haber sido articulados de manera vinculante por la Campaña de Despegue (al menos eso se desprende de su articulación), si bien parece quedar al albur de cada Estado o Administración Pública competente determinar si se conforman como meros compromisos voluntarios o como contratos administrativos.

En el Anexo II de la Campaña de Despegue se muestra la estructura modelo de estos acuerdos marco, que coincide bastante con la que la Comunicación de 1.996 diera para los acuerdos voluntarios en general. Las partes integrantes del acuerdo deberán nominarse, describir la situación y los obstáculos previos, determinar los objetivos del acuerdo y las medidas a tomar para alcanzarlos, declarar las fuentes de financiación de las mismas, la estructura orgánica del acuerdo, el órgano encargado del seguimiento de sus logros y, por último, precisar los compromisos de cada parte, ya sean como medidas concretas a realizar o como puros compromisos financieros<sup>612</sup>.

611 Cfr. *Ibidem*, pág. 8.

612 Cfr. *Ibidem*, pág. 29. Como contraprestación pública, el documento autoriza a que se estudie cómo las autoridades pueden reducir o simplificar los procedimientos administrativos, como las licencias de obras, y eliminar obstáculos. Lo normal es que se ofrezca financiación o ayudas para I+D (pág. 8). Obsérvese cómo estos acuerdos marco incluyen a varias partes en juego, por lo que no son exclusivamente bilaterales (tipo convenio) sino que se acercan más a los *Vereinbarungen* alemanes, que veremos más adelante en el tema referente a los convenios de colaboración. La financiación comunitaria correrá, principalmente, por parte de los programas ALTENER y SAVE.

\* Agradecemos a Annelies de Ruitter (European Commission DG Enterprise, unit E.1) haber puesto a nuestra disposición el documento interpretativo sobre las posibilidades de inclusión de las consideraciones ambientales en la contratación pública, de junio de 2.000, y de uso confidencial interno del Comité consultivo para los Contratos Públicos de la UE.

## V. DIRECTRICES PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE A TRAVÉS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA \*

Aunque independiente de la política ambiental de la Unión estrictamente entendida, la contratación pública, como base y género de las prácticas paccionadas de la Administración, tampoco ha escapado del poderoso influjo que ejerce el actual art. 6 TCE, que impone la inclusión de la protección del medio ambiente en la definición y realización del resto de acciones y políticas comunitarias. Por ello, la revisión del V Programa Europeo sobre medio ambiente, llevada a cabo en 1.998, planteaba la necesidad de reformar las normas comunitarias de contratación pública de modo que incluyeran medidas de protección del medio ambiente<sup>613</sup>.

Sin embargo, tanto el Libro Verde de la Comisión Europea sobre la Contratación pública<sup>614</sup>, como la posterior Comunicación de la Comisión sobre Contratación pública<sup>615</sup> han entendido que no se precisa tanto una reforma del *corpus* normativo comunitario sobre contratos públicos sino más bien una reinterpretación de sus principios a la luz de las exigencias de tutela ambiental<sup>616</sup>.

Básicamente, existen seis momentos en que las consideraciones ambientales pueden ser tenidas en cuenta por las Administraciones, en la adjudicación de los contratos administrativos, en el bien entendido de que se trata de contratos típicos de obras, suministros o servicios incluidos en el ámbito de aplicación de las directivas comunitarias sobre contratación<sup>617</sup>:

613 Decisión 2.179/98/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de septiembre de 1.998 relativa a la revisión del Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible «Hacia un desarrollo sostenible», DOCE L 275, de 10.10.1.998, pág. 1-13. Su art. 3.2, f) establecía como objetivo prioritario de la Comunidad, a través de instrumentos horizontales: f). “*revisar las normas comunitarias de contratación pública para incorporar más adecuadamente las consideraciones medioambientales en la aplicación de dichas normas, al tiempo que se asegura una competencia leal*”.

614 Libro Verde sobre Contratación pública en la Unión Europea: reflexiones sobre el futuro, COM(96) 583, final, de 27.11.1.996. Un poco antes, el 20 de febrero de 1.996, el Consejo de la OCDE adoptó una Recomendación sobre la mejora de las actuaciones de la Administración en materia de medio ambiente, C (596) 39, final.

615 Comunicación de la Comisión sobre la Contratación pública en la Unión Europea, COM(98) 143, DOCE de 11.03.1.998.

616 *Ibidem*, respectivamente, pág. 45 y pág. 28.

617 Directivas 93/36/CEE, 93/37/CEE, y 92/50/CEE, sobre contratos públicos de suministros, obras y servicios, respectivamente (denominadas Directivas “clásicas”), tal y como han sido modificadas por la Directiva 97/52/CEE; Directiva 93/38/CEE sobre procedimientos de contratación de las entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones (Directiva “sectores especiales”), tal y como ha sido modificada por la Directiva 98/4/CEE; Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE sobre procedimientos de recurso (Directivas “recursos”).

1. A la hora de establecer, en las cláusulas generales de contratación, qué tipo de producto o servicio necesitan las Administraciones. Aquí, cabría exigir productos de calidad ambiental.

2. En relación con las prescripciones técnicas sobre las características de las obras, suministros o servicios que los órganos de contratación deben indicar en los documentos generales de los contratos, podrían requerirse condiciones ambientales.

3. En relación con los potenciales contratistas, se puede excluir del procedimiento de selección a aquéllos que hayan sido sancionados o sentenciados (con efecto de cosa juzgada) por incumplimiento de las normativas penal o administrativa sancionadora ambientales. Si el contrato necesita una especial cualificación para con el medio ambiente, el TJCE ha admitido que el criterio discriminador sería la experiencia específica<sup>618</sup>;

4. En relación con los criterios de selección de los candidatos, exclusivamente dirigidos a probar su capacidad técnica, económica o financiera, se pueden incluir criterios ambientales si redundan directamente en cualquiera de ellos;

5. Lo mismo cabría decir, en la fase de adjudicación del contrato, si se diera consideración a requisitos ambientales del producto o servicio que puedan ser medidos como ventajas económicas para la Administración contratante (caso de subasta), o en una mayor calidad coste-beneficios (caso de concurso). Confirmando esta opinión, el nuevo art. 53.1, b) de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras establece ahora que los criterios utilizados para determinar la oferta más ventajosa económicamente por el adjudicador pueden recoger aspectos medioambientales siempre que estén directamente vinculados al objeto del contrato<sup>619</sup>;

6. Adjudicado el contrato, durante la fase de ejecución del mismo, la Administración, si así lo previó en los pliegos, podrá imponer que se lleve a cabo respetando determinadas condiciones de tutela ambiental, siempre que no tengan carácter discriminatorio ni afecten al buen funcionamiento del mercado interior.

<sup>618</sup> Cfr. asunto C-31/87, Gebroeders Beentjes Bv. c/ Netherlands State, STJCE de 20 de septiembre de 1.988, Rec. 1.988, pág. 4.635, párr. 37. Es un requisito legítimo para verificar la cualidad del contratista, y no está sometido a reglas de especifica o especial publicidad.

<sup>619</sup> COM(2.000) 275, final/2, DOCE (2.001/C 29 E/02), de 30.01.2.001. Lo mismo se plantea ahora para con los contratos públicos celebrados en el ámbito de los sectores excluidos, ex art. 54.1, a) Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía y de los transportes, presentada por la Comisión (COM(2.000) 276, final/2, DOCE (2.001/C 29 E/03) de 30.01.2.001).

De estas prescripciones se desprende que la principal finalidad de las normas de contratación sigue siendo la económica<sup>620</sup>, y que sólo en la medida en que la salvaguardia del Ambiente redunde en ella podrá ser tenida en cuenta, y cuando así no sea, se exigirá que las consideraciones ambientales no atenten contra los principios generales de la contratación recogidos en el Tratado, esto es, no discriminación de los candidatos comunitarios o de aquellos países de cualificación equivalente a efectos de contratación (EE.UU., Canadá, Japón o firmantes del EEE), transparencia y libre competencia, y respeto del mercado interior (arts. 28–30 y 43–55).

En la página 28 de la Comunicación sobre Contratación pública ya citada, la Comisión planteaba la necesidad de clarificar y desarrollar estas posibilidades a través de un documento interpretativo, al que hemos tenido acceso, y que, básicamente añade lo siguiente:

– No cabe exigir un determinado modo de producción ambiental del producto, a no ser que tenga directas implicaciones en las prestaciones del mismo: así, no cabría exigir que la electricidad a comprar sea producida a través de centrales hidroeléctricas, porque la calidad del producto final –esto es, la electricidad– es la misma.

– La Comisión considera que no es posible reclamar mayores prestaciones ambientales a los candidatos que las establecidas en las normas europeas. A nosotros nos parece que tal cosa no sólo sí sería posible, sino que además sería deseable para fomentar una política empresarial de perfeccionamiento continuo y de estimulación de la propia investigación. Hay que premiar la excelencia, no desincentivarla.

– Mientras que sí sería válido establecer como filtro de selección de la calidad de un producto la tenencia de ecoetiquetas públicas (la comunitaria, por excelencia), no lo sería tanto –a ojos de la Comisión– la exigencia de un sistema de gestión ambiental (EMAS). Añadimos nosotros que también lo será siempre que redunde en la calidad final del producto, ya que, como sabemos, el nuevo EMAS no sólo impone requisitos de calidad ambiental sino de ordenación industrial, racionalidad económica, recogida de residuos, etc., que pueden influir en la calidad del producto o en la cualificación del contratista. De todas formas, se trata de una cuestión aún por dilucidar.

Por supuesto, no sería admisible que el órgano contratante requiriese de los candidatos sistemas privados de etiquetado y/o gestión ecológicos, por ser discriminatorios. De todas formas, la etiqueta haría prueba de la consecución de determinados

<sup>620</sup> Cfr. Comunicación de la Comisión sobre contratación pública, *cit.*, pág. 27.

estándares ambientales, que pueden cumplirse sin necesidad de detentarla jurídicamente.

– Para aquellos contratos excluidos del ámbito de aplicación de las directivas (por su escasa cuantía económica, por ejemplo), el margen de priorización de los candidatos que más y mejor cumplan con exigencias ambientales es mayor, ya que no están sometidas a las reglas económicas de las directivas clásicas. Eso sí, deberán siempre respetar los principios generales de los Tratados, ya citados, el de no discriminación de manera paradigmática.

## **Capítulo 5º:**

# **EL DERECHO COMPARADO DE LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE**

En España, el empleo de acuerdos voluntarios para la protección del medio ambiente se encuentra aún en ciernes. En realidad se trata de un fenómeno eminentemente importado de países de nuestro entorno cultural y geográfico (como Holanda, Francia, Italia o Alemania) que ha sido apuntalado por el Derecho comunitario. Sin embargo, también en otros países lejanos y más distantes en lo jurídico como EE.UU., Japón, Australia o Canadá se vienen desarrollando mecanismos de pactación voluntaria entre Administraciones y empresas contaminantes, de manera más temprana y profunda que en España. Se entiende entonces la importancia que tiene el estudio del Derecho Comparado, no sólo para analizar las causas del endémico retraso que demuestra nuestro país en cuestiones de Derecho Ambiental, sino para extraer, con las cautelas necesarias, de las experiencias ajenas con los acuerdos voluntarios, los posibles remedios que puedan servir para evitar los males propios.

### **Sección 1ª:**

---

## **LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**

### **I. INTRODUCCIÓN**

A nadie escapa que el capitalismo es un dogma en los EE.UU. Su fuerza es tal que desde siempre ha saltado las barreras de la economía y ha teñido definitivamente todas las facetas de la vida política, social e incluso jurídicas del país.

En esta línea, el Derecho Ambiental norteamericano no podía ser una excepción. Más tardíamente de lo que pudiera pensarse desde fuera, desde inicios de los años 90, los acuerdos voluntarios han irrumpido con fuerza en el campo de batalla de la

administración ambiental de aquel país, conformando un proceso de valorización *ad sidera* con respecto a la regulación, tradicional instrumento de la política ambiental también en los EE.UU. Y siendo esencialmente cierto que el afianzamiento de este fenómeno podría explicarse por la hipotética mayor eficiencia y baratura que los análisis económicos confieren a los acuerdos voluntarios con relación a la normativa, no lo es menos que existen importantes razones de índole política que revelan por qué tal proceso se está produciendo justamente en este momento histórico. Y ello a pesar de la postración de la protección del medio ambiente a raíz de la elección del presidente George. W. Bush y de los atentados del 11 de septiembre.

Concretamente, en un análisis especialmente fino, MAXWELL y LYON exponen los acontecimientos que, al sucederse a lo largo de los años ochenta, han hecho que la regulación deje de ser políticamente interesante tanto para la E.P.A.<sup>621</sup>. (la Agencia Federal del Medio Ambiente, creada en 1.970, dividida en 10 regiones<sup>622</sup>, brazo ejecutivo del Parlamento en estos asuntos) como para las industrias.

De hecho han sido éstas últimas quienes, desde comienzos de la década de los noventa, han fomentado el uso de los instrumentos paccionados ambientales<sup>623</sup>. Son, entre otras, el aumento desmedido de la regulación (que la ha hecho inaplicable), la complejidad tecnológica de los procedimientos industriales (que dificulta sobremanera el trabajo de la EPA como instancia suprema de control y monitorización de las emisiones de las empresas), el progresivo recorte de los presupuestos de la Agencia en las últimas dos décadas (que ha agudizado la anterior constatación), y la proliferación de las acciones públicas como arma procesal de los ciudadanos para perseguir las decisiones y errores administrativos (que ha motivado un mayor uso de los acuerdos, en su gran mayoría jurídicamente no vinculantes y, por tanto, no perseguibles frente a la Administración)<sup>624</sup>.

\*\*\*\*\*

<sup>621</sup> De aquí en adelante EPA o "la Agencia".

<sup>622</sup> Cuyas sedes son: Boston (I), New York (II), Philadelphia (III), Atlanta (IV), Chicago (V), Dallas (VI), Kansas City (VII), Denver (VIII), San Francisco (IX) y Seattle (X).

<sup>623</sup> Según MAZUREK, J., *Voluntary Agreements in the United States: An Initial Survey*, CAVA Working Paper n.º 98/11/1, enero 1.999, pág. 4, que ha realizado una estupenda síntesis de las iniciativas voluntarias para la protección del medio ambiente, existen 42 Programas de base voluntaria desarrollados a escala federal por la EPA (véase la útil tabla enumerativa y clasificatoria de todos ellos en pág. 8), incluyendo aquí también el programa *Responsible Care*, de Derecho Privado, auspiciado por la *Chemical Manufacturers Agency* (C.M.A.). Se han aplicado estos programas en materias tan dispares como la agricultura (pesticidas, metano...), la protección forestal, sectores industrial, minero o energético, transportes, servicios, construcción y recogida y tratamiento de residuos, que agrupan a 6.882 corporaciones, empresas, gobiernos locales y ONGs, de las cuales 2.000 son empresas que participan en programas unilaterales (códigos de conducta, v. gr.) y cuya finalidad, en su pesimista opinión, más que acabar con la polución, es directamente mejorar el concepto que la opinión pública tiene de la actividad industrial.

<sup>624</sup> El equilibrio de fuerzas o *status quo* existente entre la EPA, los grupos ecologistas, las industrias y el Legislador (el Congreso y el Senado), que hasta finales de los ochenta favorecía el continuismo de las medidas de "command and control", se vio alterado por estos acontecimientos. Hasta entonces la EPA trabajaba a destajo, ya que las leyes siempre necesitaban desarrollo posterior mediante su concurso, a la vez que el Congreso ganaba votantes con leyes

Por otro lado, es un hecho irrefutable que las más audaces teorías de protección ambiental, basadas generalmente en incentivos económicos y en el juego del mercado, son norteamericanas<sup>625</sup>, gracias, en parte, a la gran cantidad de dinero que los organismos públicos dedican a investigación y desarrollo<sup>626</sup>. Sin embargo, los principios del Derecho Administrativo han supuesto desde siempre un contrapeso notable a esa manera de enfocar la política del medio ambiente: principios como el de legalidad (*rule of law*) o el de no delegabilidad de las potestades soberanas conforman un baluarte que la doctrina forense se ha encargado de afianzar. Es por ello por lo que las iniciativas de encuentro de voluntades de la Administración (como tuteladora de los intereses ambientales generales) y de las empresas no han dado un resultado tan bueno como era de esperar y por lo que no han faltado voces críticas que abogaban y abogan por el uso de la política normativa y de “command and control” clásica como nervio central del mejor Derecho Ambiental norteamericano.

## II. SU ORIGEN: EL MOVIMIENTO DESREGULADOR, EN LA GÉNESIS DE LA VALORIZACIÓN DE LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA AMBIENTAL

A pesar de que las experiencias de base voluntaria ya se venían realizando desde los años sesenta y setenta en materia de financiación de proyectos culturales (cine, por ejemplo) y más tardíamente en apoyo del empleo y protección de los trabajado-

\*\*\*\*\*  
 un tanto demagógicas, los grupos ecologistas se lucraban de las donaciones que recibían de los sectores más contaminadores y las empresas más grandes se encontraban como pez en el agua puesto que los estándares ambientales solían ser fácilmente alcanzables. Vid. MAXWELL, J. W., y LYON, T. P., *What Caused US Voluntary Environmental Agreements?*, agosto 1.999, artículo presentado en el programa CAVA, reunión de Copenhage, págs. 6 a 17.

<sup>625</sup> Algunos hitos de la avanzadilla ambiental estadounidense son los seguros ambientales, los fondos de inversión basados en la valorización de los bosques y su reforestación, las condenas penales a cuidar parques o jardines, etc. Los seguros ambientales, por ejemplo, son habituales en las empresas norteamericanas, lo que exige un tejido en el sector asegurador dispuesto a asumir los riesgos creados, algo de lo que las compañías europeas deberían aprender. Gracias a ellos, las empresas interiorizan los gastos de protección ambiental pues se obligan a sanear cada vez más sus procesos de producción y a cumplir la normativa, viendo así abaratarse cada año la póliza a pagar. Otro sistema novedoso consiste en la cesión que las autoridades administrativas hacen al mercado para que controlen y asesoren los riesgos ambientales de las industrias. Con ello se logra que las plantillas de las Agencias Ambientales no se hipertrofién, y reducir así el gasto público en medio ambiente. Ejemplo de esa regulación es el *Underground Storage Tanks de Massachusetts*, que cede a las empresas dedicadas a ello la limpieza de los tanques de aceite y materiales peligrosos de las industrias del citado Estado. Vid. KUNREUTHER, H. C., McNULTY, P. J. y KANG, Y., *Third Party Inspection as an Alternative to Command and Control Regulation, Risk management and Decision Processes Center*, Wharton School, Pennsylvania, Center Working Paper, 99-12-30, pág. 9.

<sup>626</sup> En 1.992 la EPA dedicaba ya 347 millones de dólares en I+D, y el total de dinero destinado a estudio de medio ambiente por los principales establecimientos públicos norteamericanos (como los Ministerios de la Energía, Defensa o la N.A.S.A.) en ese año ascendía a 4.489 millones de dólares (datos de la EPA, en *Examens des Performances Environnementales*, États-Unis, OCDE, 1.996, pág. 169).

res, el uso de los acuerdos voluntarios para la protección de la Naturaleza y del medio ambiente en general sólo comienza a generalizarse a partir de las tendencias desreguladoras de la primera mitad de la década de los 90.

En efecto, tanto en el Congreso como en el Senado, la mayoría republicana propugnaba una drástica reducción de la normativa ambiental, que, a su juicio, constreñía negativamente el libre desenvolvimiento de la actividad industrial.

El germen del movimiento desregulador podemos encontrarlo en 1.993, en una iniciativa de la Asociación Nacional de Gobernadores (N.G.A.), del Consejo Nacional de Legisladores Nacionales (N.C.S.L.), de la Conferencia de Alcaldes de los EE.UU. (U.S.Co.M.) y de la Asociación Nacional de Condados (N.A.Co.), para concienciar al Gobierno Federal de que no aprobara proyectos que obligaran a que los Estados y Gobiernos locales tuvieran que realizar costosos desembolsos en su aplicación si no eran realmente fundados y necesarios. Esta iniciativa cristalizaría más tarde en la *Unfunded Mandates Reform Act* de 1.995, que podríamos traducir como Ley de Reforma de la Normativa sin Financiación<sup>627</sup>.

Pronto esta campaña fue abanderada por la mayoría republicana del Congreso de los EE.UU., que compartía plenamente este anhelo de libertad de los gobiernos estatales y locales, y de las empresas en general, contra las exigencias normativas de salvaguarda del medio ambiente. Es por ello por lo que en la 104ª sesión del Congreso lideraron la propuesta conocida como “Contrato con América” (“Contract with America”), que aunaba varios proyectos de ley, todos ellos tendentes a la reducción de la normativa y a la creación de mayores espacios de maniobrabilidad comercial.

Uno de estos proyectos se hizo definitivamente ley. Se trata de la *Contract with America Advancement Act*, promulgada el 29 de marzo de 1.996 y cuyo Título II (“*Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act of 1.996*”, ley independiente él mismo) permite una revisión por el Congreso de las normas emanadas por las Agencias, así como la asistencia a las pequeñas empresas para ayudarlas a cumplirlas.

627 Esta ley era una de las cuatro partes de la propuesta general desregulatoria del Congreso conocida como *Job Creation and Wage Enhancement Act* de 1.995, que no llegó a aprobarse en su totalidad. La *Unfunded Mandates Reform Act* requiere un análisis de coste-beneficios de las grandes normas ambientales, pero como puntualiza DRIESEN, D. M., *The Societal Cost of Environmental regulation: Beyond Administrative Cost-Benefit Analysis*, en *Land Use & Environmental Law Review*, 1.998, págs. 548-549, no desplaza explícitamente los criterios legales de aprobación de normas. Para este autor, un abuso del enfoque coste-beneficios como criterio para aprobar o no una norma sería perjudicial, puesto que generaría una aproximación “miope” a la realidad al quedarse en la superficie de los problemas a corto plazo, y nunca aconsejaría la promulgación de normas de efectos mediatos, como suelen ser las normas de protección del medio ambiente, cuya influencia generalmente tarda en hacerse notar (págs. 550-551).

Otro de estos proyectos y avanzadilla del movimiento desregulador fue el que más tarde se convirtió en la *Unfunded Mandates Reform Act*, firmada por el presidente Clinton el 15 de marzo de 1.995 y que contó con su propio apoyo ya que él mismo, antiguo Gobernador también, comulgaba con la intención de la ley. Ésta establecía mecanismos procesales destinados a prevenir que el Congreso aprobara “mandatos infundados”. Además, la Ley requiere a un Comité especializado para que realice un análisis coste-beneficios detallado de todos los proyectos de ley cuya aplicación exija a los gobiernos estatales, locales, a las tribus indias de las reservas o al sector privado administrado por ellos un gasto de más de 50 millones de dólares. Y cuando ese gasto sea superior a los 100 millones, el Comité debe también mostrar de dónde se deben extraer los ingresos extras para compensar el gasto público. Si el Comité no realizara esta labor, sólo el voto de la mayoría del Congreso podría aprobar la ley<sup>628</sup>.

Lógicamente, han sido muchas las críticas contra esta ley, vertidas ya desde el momento en que se hizo público el proyecto para su aprobación. Por ejemplo, nació una asociación cívica que agrupaba a más de 200 grupos de defensa del interés público, la *Citizens for Sensible Safeguards* (C.S.S.), cuyo concurso fue esencial para suavizar el draconiano proyecto inicial. Tanto ellos como el grupo demócrata en el Congreso y en el Senado entendían que tal norma rebajaría la protección del medio ambiente (para la que se necesita importantes cantidades de dinero), a la vez que confería una especie de derecho de veto a los gobiernos estatales y locales en relación con la normativa legislativa y administrativa federal.

### III. SU PRESENTE: TIPOLOGÍA DE LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS EN LOS ESTADOS UNIDOS

#### 1. DEPENDIENDO DE LAS PARTES QUE LOS INTEGRAN

##### A. Iniciativas públicas

##### 1. Una peculiaridad de los EE.UU.: los programas públicos como marco para el empleo de acuerdos voluntarios

<sup>628</sup> Estos preceptos ya habían sido aprobados en 1.981 por una orden ejecutiva del presidente Reagan, la 12,291. También las Agencias federales son requeridas en esta ley para consultar con los gobiernos estatales, locales o tribales sobre cualquier norma propia a emanar que contenga mandatos infundados, antes de que la norma sea sometida a información pública. Aquellas normas administrativas donde tal extremo no se cumpla serán sometidas a revisión judicial.

La opinión generalizada de la doctrina y los grupos empresariales acerca de la inutilidad de la normativa ambiental, sobre todo a lo largo de los años ochenta, motivó algunos experimentos de reforma en el seno de la EPA. Nos interesan estas iniciativas en la medida en que la enorme mayoría de ellas se basan en el uso de acuerdos voluntarios, en los que se ha buscado un acercamiento a las industrias. Dejemos claro que no se trata de mecanismos exclusivos de mercado, sino de intentos de flexibilización del sistema regulatorio cuya aplicación se basa en un consentimiento previo negociado con las industrias<sup>629</sup>. Son programas que patrocinan un marco para llegar a acuerdos en los que las industrias y la Administración pactan cómo cumplir un determinado estándar ambiental<sup>630</sup>.

#### a). El Proyecto XL (*Excellence and Leadership*), o Excelencia y Liderazgo

Con seguridad la iniciativa voluntaria o paccionada que más ha dado que hablar en EE.UU. y que más elogios y críticas ha merecido por parte de economistas, gestores y juristas. Se trata de un programa de la EPA, hecho público en marzo de 1.995 (si bien no fue hasta el 23 de mayo cuando se hace un llamamiento general a las empresas para que enviaran sus propuestas de proyecto, mediante noticia dada al Registro Federal), cuya intención era favorecer la firma de acuerdos con aquellas empresas invitadas por la Administración que propusieran a ésta un modelo viable de gestión ambiental basado en su propia percepción acerca de cómo les gustaría ser reguladas<sup>631</sup>.

El presidente Clinton quiso hacer de la política ambiental uno de los ejes principales de su política interior. Vistos los mediocres resultados de las normas ambientales (que difícilmente soportaban un estudio coste-beneficios) y el aumento del gasto de la EPA desde 1.970, el 16 de marzo de 1.995 se publica la herramienta que

629 Por mecanismos o instrumentos de mercado se suele concebir aquellos que relacionan a particulares entre sí, como los permisos de contaminación negociables. Los acuerdos voluntarios, a lo más, suelen denominarse como instrumentos basados en el mercado. Esta idea es mantenida por VANDERBERGH, M. P., *An Alternative to Ready, Fire, Aim: A New Framework to Link Environmental Targets in Environmental Law*, en *Kentucky Law Journal*, n.º 85, 1.996, pág. 860.

630 Basados en lo que ASHFORD, N. A., y CALDART, C. C., *Negotiated Environmental and Occupational Health & Safety Agreements in the United States: Lessons for Policy*, CAVA Working Paper n.º. 99/10/14, octubre de 1.999, pág. 3, llaman "negotiated implementation".

631 El Programa tiene la intención, como dicen CALDART, C. C., y ASHFORD, N. A., *Negotiation as a Means of Developing and Implementing Environmental Policy*, artículo publicado por la Fundación ENI, Nota di Lavoro 37.98, mayo de 1.998, pág. 23, de negociar con una planta o instalación industrial concreta con la intención de conseguir resultados más baratos y menos peligrosos para la salud y el medio ambiente que los que se obtendrían de la aplicación directa de la normativa. Cuenta, eso sí, con el inconveniente de que, a pesar de que la Administración se compromete a no sancionar a la empresa por los incumplimientos detectados durante el proceso negociador, no obsta ello a que cualquier ciudadano o grupo ambiental aproveche este momento en que la empresa hace públicos sus resultados ambientales para demandarles (págs. 23 a 25).

estaba destinada a enderezar el rumbo de la nave: en el informe *Reinventing Environmental Regulation* (Reforma de la Regulación Ambiental), la Administración pretendía avanzar por la senda del uso de instrumentos innovadores con los que atajar la ineficacia de la política pública en el control de la contaminación industrial. Uno de los contenidos de este informe era el citado programa XL, la “joya de la corona” de Clinton<sup>632</sup>, un ambicioso proyecto por tres motivos:

- Primero, porque las propuestas que las empresas candidatas debían enviar a la Agencia debían hacerse, antes que nada, con el apoyo de la población y autoridades cercanas a sus instalaciones, tanto las municipales como las estatales. Esto supone, de entrada, una gran criba, pero también un respaldo importantísimo que, de lograrse, da visos de éxito final al proyecto.

- Segundo, porque esas mismas empresas debían garantizar a la Administración la consecución de unos estándares de emisiones y residuos que alcanzaran el “grado de excelencia” (“superior environmental degree”).

- Tercero, y este reto es para la Administración, porque la EPA debía construir un esquema jurídico válido para hacer creíble a los ciudadanos, grupos ambientales, empresas candidatas y contrincantes, a otras autoridades, a los tribunales y al Congreso su capacidad para flexibilizar los requisitos de alguna normativa ambiental con la que atraer la atención y la voluntad de las industrias.

El Programa funciona como un marco institucional que sirviera de punto de encuentro legitimador de las negociaciones entre empresas y la Administración. Mientras que ésta esperaba un compromiso de aquéllas para elevar el grado de protección ambiental establecido en la normativa para sus fábricas, aquéllas pugnaban por conseguir de ésta el mayor número de privilegios posibles dentro de la legalidad.

Así, la EPA ofrece beneficios de tipo administrativo, como licencias para contaminar o permisos multi-polución, siempre bajo la égida del *Clean Air Act*. A cambio, las empresas suelen ofrecer elevar el estándar de protección de sus emisiones o implantar sistemas de gestión ambiental. El Programa XL exigía de los candidatos alcanzar unas “prestaciones ambientales superiores”, cuya ambigüedad ha sido interpretada por la propia EPA con dos criterios: uno objetivo, por el que se entiende que será digno de tenerse en cuenta aquel proyecto de acuerdo en el que se prevean alcanzar resultados ambientales superiores a los exigidos por las normas o aquellos resultados superiores a los que venían siendo obtenidos por la empresa candi-

<sup>632</sup> En palabras de HIRSCH, D. D., *Bill and Al' s XL-ent. An Analysis of the EPA' s Legal Authority to Implement the Clinton Administration' s Project XL*, en *University of Illinois Law Review*, nº. 1, Vol. 1.998, pág. 131.

data hasta la fecha (se exigirá el que sea superior); y uno más subjetivo, que se suele aplicar cuando no existen normas que regulen los estándares aplicables al acuerdo, por el que la EPA se atribuye la facultad discrecional de considerar si los resultados globales del acuerdo son de verdadera excelencia.

Ejemplos de acuerdos han sido los firmados con Intel, Merck (farmacéutica), Weyerhaeuser (manufacturas del papel), Vanderburg Air Force Base (base aérea militar), Lucent Technologies (microelectrónica), OSI (manufactura química) o HADCO (impresión) o Molex (electrónica)<sup>633</sup>...

El Programa XL (*Project XL*) consta de cuatro ramas, todas ellas en funcionamiento:

1). La de los proyectos a realizar entre la Administración y las fabricas o instalaciones individualmente consideradas de una empresa. Es la sección más interesante por los problemas que plantea.

2). La de los acuerdos a celebrar entre cada empresa (incluyendo todas sus fabricas o sedes) y la Administración.

3). La de los acuerdos a suscribir entre la Administración de un Estado o Municipio con la EPA, que proponga innovaciones estratégicas para regular y

4). La de los acuerdos a celebrar entre una comunidad de vecinos y la Agencia.

La valoración del programa ha sido buena aunque sin exceso de optimismo<sup>634</sup>, ya que la constante amenaza de su posible ilegalidad resta capacidad de fomento a las

\*\*\*\*\*  
<sup>633</sup> De todas formas, nunca ha estado muy claro si la contraprestación ofrecida por la EPA incluía o no la posibilidad de renunciar a exigir determinados requisitos administrativos y legales. Mas aún, en aras de un autoproclamado "principio de discrecionalidad", la EPA se ha atrevido a proponer a las industrias la facultad de no perseguir las posibles violaciones de las normas ambientales en que pudieran incurrir para facilitar la consecución final de los objetivos del acuerdo. Lo que ocurre es que esa facultad de la Agencia de "hacer la vista gorda" con las violaciones producidas o de proteger a la industria de una posible acción impetrada por un grupo de ciudadanos o una ONG por las mismas no es pacífica. También se intitula a la EPA para reducir los costes administrativos de las licencias de emisión. Un ejemplo de ello es el acuerdo alcanzado con Berry Corp, que permite a la empresa sustituir todos los permisos locales, estatales y federales -hasta un total de 25- por un permiso único. Recuerda este tipo de acuerdos a los de ventanilla única italianos y franceses.

<sup>634</sup> Se dieron casos como el de la compañía 3M que abandonó el programa ante la opinión negativa de algunos miembros de la EPA sobre la superación por su proyecto del estándar superior de calidad ambiental exigido. Dada la imprecisión de criterios que el Programa XL presentaba para aceptar o rechazar los proyectos de las empresas, se redefinió en 1.997 exigiendo desde entonces tres requisitos a los proyectos de cada firma: alcanzar una prestación ambiental elevada, que sirvieran de modelo para otras empresas por ser realmente apropiados y que previeran posibilidades de implicar al resto de intereses en liza. Sólo 15 proyectos habían sido aprobados a principios de 2.000, y 30 estaban en fase de concreción. Cfr. MARCUS, A. y GEFFEN, D., *Impasse in the Movement toward a New Competence in Environmental Management: Lessons from Project XL in Minnesota* ([www.pca.state.mn.us/programs/projectxl/3m-xlrep.pdf](http://www.pca.state.mn.us/programs/projectxl/3m-xlrep.pdf)), págs. 12-14, y SPENCE, D., y GOPALAKRISHNAN, L., *Voluntary Environmental Agreements: Barriers to Success in the United States*, CAVA Working Paper presentado en Bruselas, en el marco del programa "The Integration of voluntary Agreements into existing legal Systems", celebrado en esta ciudad los días 24 y 25 de febrero de 2.000, págs. 8 y 9. El rechazo de la EPA al proyecto presentado por 3M se pone como ejemplo de cómo la Agencia ni pierde ni abdica de sus potestades cuando negocia un acuerdo. Véase, por todos, SPENCE, D. B., y GOPALAKRISHNAN, L., *The New Political Economy of Regulation: Looking for Positive Sum Change in a Zero Sum World*, Working paper nº. 990415, University of Texas at Austin, pág. 25.

concesiones de renuncia o flexibilidad normativa propugnadas por el programa. De los cincuenta proyectos experimentales que la EPA esperaba negociar cuando anunció el programa, sólo 10 habián sido aprobados (a fecha de febrero de 1.999, con sólo 20 más en desarrollo<sup>635</sup>).

### 1. ¿Tiene la EPA capacidad para excepcionar en un caso concreto determinados requisitos exigidos en las normas?

El problema que plantea este programa, constituye, a la vez, su principal atractivo para las empresas. Éstas han sido extremadamente sensibles para valorar la posible ilegalidad de las contraprestaciones normativas de la EPA, quien promete a cada candidata la “no-aplicación” de una determinada normativa (usamos de aquí en adelante esta perífrasis porque expresa con mayor claridad la idea de que se trata sólo de relajaciones de las normas en un caso concreto; mejor que “inaplicación”, que da una idea de generalidad que sería inaceptable) que pudiera incomodarla antes de iniciar el camino hacia la consecución de los objetivos ambientales que ella ha propuesto a la Administración. Un importante acicate para cumplir el acuerdo una vez aceptado el proyecto, pero desincentivador de los mismos en una fase previa es el hecho de que si la empresa fracasara la haría quedar al descubierto frente a la sociedad, con lo que podrían ser demandadas por los particulares a través de la legitimación que les dan las acciones populares recogidas a lo largo de la normativa<sup>636</sup>.

Como cautela, la normativa a excepcionar debe existir en el momento en que la instalación o industria envía su proyecto a la EPA. En cambio, los requisitos “relajados” pueden ser presentes o futuros. Un ejemplo de esto último puede ser la obtención previa de permisos para ampliación de las instalaciones en caso que sea necesario para la actividad empresarial.

La *Clean Air Act* o la *Clean Water Act* permiten la no-aplicación de alguno de sus preceptos con determinadas precauciones, en cuyo caso la medida, aparte de ser legal, tiene mucha lógica. Es de sentido común que muchas innovaciones tecnoló-

<sup>635</sup> Cfr. HAZARD, G. C., JR. y ORTS, E. W., *Environmental Contracts in the United States*, preliminary Draft 8/31/99, pág. 5.

<sup>636</sup> Por ejemplo, en la *Clean Water Act*, en la *Safe Drinking Water Act*, en la *Resource Conservation and Recovery Act* o en la *Clean Air Act*. Existen dos tipos de acciones populares: las dirigidas contra cualquier parte que un particular, ONG o coalición estime que ha violado las leyes o normas ambientales, y las dirigidas a una Agencia ambiental para que persiga el incumplimiento de una tercera parte. En opinión de MOYA, O. L., y FONON, A. L., *Federal Environmental Law. The User's Guide*, West Publishing Co, 1.997, págs. 28 y 29, estas acciones convierten a los particulares en los auténticos “perros guardianes” del cumplimiento de la normativa ambiental, la pieza que cierra el círculo de la protección de la naturaleza.

gicas que sobre el papel son útiles luego se demuestran ineficaces en la practica. Estas excepciones “legales” dan tiempo a las empresas para experimentar con los avances implantados. Pero en este apartado nos estamos preguntando sobre la capacidad de la Agencia de excepcionar el cumplimiento de la normativa ambiental cuando una ley federal no lo permite. Esto es, ¿tiene la EPA capacidad para excepcionar normas extraestatutariamente?

Han sido cuatro las argumentaciones jurídicas que ha venido dando la EPA de manera indistinta para dar validez jurídica a sus provisiones:

1. La discrecionalidad administrativa de la que dispone la Agencia para ejecutar o no la violación de una norma por parte de la empresa candidata. Esta potestad, conocida como “enforcement discretion” es intrínseca de las Agencias, y ha sido reconocida por el Tribunal Supremo de los EE.UU. en varias ocasiones<sup>637</sup>. Además, parecen existir ciertos resquicios legales que puedan permitir su aplicación. Así, el art. 701 (a) de la *Administrative Procedure Act* (U.S.C. §§ 551-559, 701-706 (1.982)) excluye la revisión judicial de la actuación de una Agencia en situaciones donde (1) la propia ley excluya la revisión judicial, o (2) la acción administrativa esté confiada a la discrecionalidad de la Agencia. Lo que ocurre es que la atribución legal de discrecionalidad a la Agencia sólo proporciona un estrecho margen de maniobra “aplicable en aquellos raros casos donde las leyes son dibujadas en términos tan amplios que en casos determinados no pueda aplicarse<sup>638</sup>”.

637 Por ejemplo, en el caso *Heckler v. Chaney*, 470 U.S. 821, 831-832 (1.985), donde se llegó a la conclusión de que la Agencia bien podía no perseguir una violación de una norma siempre que disponga de escasos medios materiales para hacerlo en ese momento. Se trataría de hacer un discutible estudio del esfuerzo y las ventajas que reportan la actividad administrativa. Si el incumplimiento ha sido minúsculo y la sanción y el beneficio derivado de ella también, se puede no ejecutar el incumplimiento para no impedir con la ocupación de medios que ello conlleva la ejecución de otro que sí lo sea. La sentencia entendía que la no-aplicación de la norma por la *Food and Drug Administration* no era una decisión revisable al entrar dentro de su discrecionalidad, ya que la Agencia estaba mejor equipada que el Tribunal para detallar las prioridades de la decisión, porque una decisión de no ejecutabilidad –al contrario que una de ejecución– no impone una restricción de la libertad o propiedad individual, y, tercero, porque se asemeja a la potestad que tiene el Fiscal de no perseguir un delito cuando no lo estima adecuado por ser tan nimio que ocuparía a un personal que bien podría estar instruyendo un delito de mayor importancia. En esa misma sentencia, sin embargo, se permite la revisión judicial del acto administrativo dictado por la Agencia de no perseguir la infracción administrativa en concreto cuando sea de tal calibre que suponga una “abdicación de sus responsabilidades legales”, por lo que no se entenderían dictadas dentro de la esfera de su discrecionalidad. Un completo análisis de esta sentencia puede verse en CABALLERO, T. E., *Project XL: Making It Legal, Making It Work*, en *Stanford Environmental Law Journal*, nº. 17, mayo de 1.999, págs. 414 y 415, donde llega a la conclusión de que la revisabilidad de las decisiones discrecionales de las Agencias no pasa de ser una mera presunción *iuris tantum*, como si se estableciera un grado a partir del cual la discrecionalidad empieza a convertirse en arbitrariedad por dejación de las funciones en contra de los intereses públicos, y por ello controlable por los jueces.

638 Son términos de la sentencia *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe*, 401 U.S. 402 (1.971), del Tribunal Supremo.

El inconveniente de este razonamiento es que deja las decisiones administrativas sin posibilidad de ser revisadas, al estar dictadas en el margen de la discrecionalidad<sup>639</sup>. Ello, además, estigmatiza las decisiones tomadas en este sentido tachándolas de opacas y manchando *ab initio* la marcha del programa, que en principio, sólo está destinado para proveer flexibilidad normativa, algo que aquí se sobrepasa en buena medida al mantenerse la rigidez de la norma y renunciarse en el caso específico a aplicarla.

2. La posibilidad de interpretar flexiblemente las normas de la EPA: fue la primera explicación dada por la EPA en su informe interno conocido como “Flexible interpretations of regulatory requirements”<sup>640</sup>.

3. El argumento de la capacidad de excusar del cumplimiento de leyes: muchas veces las propias leyes federales ambientales permiten a la EPA cierta flexibilidad con sus preceptos en casos en los que el sentido de las mismas pudiera desvirtuarse o pervertirse. Como el art. 111 de la *Clean Air Act*, que permite que la Administración disculpe del cumplimiento de algunos requisitos exigidos para operar con una nueva fuente de contaminación, en aras del fomento de la adaptación tecnológica paulatina del solicitante del permiso<sup>641</sup>. Estas excepciones, por estar cubiertas por el *rule of law*, podrían ser válidas incluso en países de rígida tradición publicista como Francia o España.

4. El cuarto argumento dado por la EPA ha sido la posibilidad de dictar normas individualizadas para un caso concreto, santificando así la reforma de su propia normativa<sup>642</sup> en ese particular para alejar el fantasma de las acciones civiles de los ciudadanos. Lo que ocurre es que, bajo el enfoque de la *Administrative Procedure Act*, estas normas individuales no son “rules” o reglamentos, que están prescritas para regular situaciones generales, *pro futuro* y *erga omnes*. Por el contrario, se podría

<sup>639</sup> Ya confirmado por una importante jurisprudencia, como la dictada en el caso *New Jersey Dept' s of Env'tl. Protection v. Gloucester Env'tl. Management Servs.*, 668 F. Supp. 404, 407 (D.N.J. 1.987).

<sup>640</sup> Para ello la Agencia debe hacer pública una explicación de su cambio de política respecto de la norma interpretada. Y puesto que esta nueva interpretación no implica la consagración de una nueva norma, la *Administrative Procedure Act* no exige que se informe públicamente. Eso sí, podría ser revisada judicialmente si supone una interpretación arbitraria o caprichosa, con lo que siempre estaría al pario de una acción civil.

<sup>641</sup> En el mismo caso que el anterior, la decisión administrativa puede ser revisable si incurre en arbitrariedad o en capricho, pero sería más complicado de probar puesto que la EPA, al hacerlo, no estaría incumpliendo normativa alguna, sino más bien aplicándola dentro de la legalidad. Otras leyes que permiten esa excepcionalidad a aplicar por la EPA son la *Clean Water Act* (modificaciones de limitaciones de efluentes, art.111), la *Safe Drink Water Act* (en caso de que la Agencia diverja de las normas nacionales de agua potable, art. 300g-4)...

<sup>642</sup> Este ha sido el caso del proyecto XL para la empresa Merck, cuya norma final se aprobará y publicará en el Código de Reglas Federales (“*Code of Federal Regulations*”) como un anexo a la *Clean Air Act*.

hablar más bien de “adjudications”, o pronunciamientos específicos para el caso en concreto<sup>643</sup>. El Programa XL sería el reglamento, y la regla jurídica realizada a medida para consentir la violación de la norma sería la orden concreta. Se trata de un flagrante caso de fraude de ley que podría ser controlado por los Tribunales. La EPA ha aplicado este argumento cuando entiende que así se lo permite la ley ambiental correspondiente en la materia, como en el caso del acuerdo con la empresa farmacéutica Merck, basado en la posibilidad que da el *Clean Air Act*, art. 111, lo que entronca con la deferencia judicial hacia las Agencias otorgada por la sentencia *Chevron* a la hora de rellenar las lagunas y/o ambigüedades de las leyes.

Como vemos, los argumentos utilizados por la EPA siempre albergan inconvenientes, y en modo alguno otorgan libertad absoluta a la Agencia para modificar o salvar la aplicación de cualquier precepto legal deseado. La doctrina del caso *Chevron* a lo más que llega es a permitir a la Agencia rellenar las lagunas de una ley, pero siempre que lo haga en ejecución de la misma, siguiendo su sentido y no contradiciéndola<sup>644</sup>. De no existir ese vacío legal, la reglamentación administrativa sólo podrá desarrollar la ley allí donde ésta expresamente lo permita<sup>645</sup>.

En un inicio y ante la escasa participación en el programa, la EPA accedió a amplias excepciones en la aplicación de normativa ambiental, para así atraerse al mayor número de candidatas. Desde 1.997, sin embargo, la propia Agencia ha cambiado de aptitud y parece dispuesta a restringir las renunciaciones o no-aplicación de la

643 Además de aprobar normas administrativas, las Agencias pueden emanar “adjudications” o pronunciamientos por los deciden de manera individual sobre una disputa entre dos o más partes concretas, imponen sanciones, afirman que una conducta es ajustada a las normas, firman un acuerdo voluntario, conceden un incentivo, etc. Casi todas las decisiones en materia de medio ambiente de las Agencias recaen en esta categoría.

644 En *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council Inc.*, 467 U.S. 837, 842 (1.984), el Tribunal Supremo construye la doctrina de la deferencia con las decisiones administrativas discrecionales. Allí sostuvo que cuando el Congreso expresa directamente cómo regular una materia, la Agencia debe seguir esa directiva. Pero en el caso en que el Congreso no dé directivas claras en un punto, la Agencia podrá rellenar esa laguna, mientras que al hacerlo no incurra en arbitrariedad, capricho o violación de la ley del Congreso. Si la Administración ha cumplido razonablemente con su deber, nada podrá hacer el Tribunal para modificar, censurar o sustituir la decisión administrativa. *Sensu contrario*, es por ello por lo que si la Agencia excepciona una norma en un caso concreto, un ciudadano u otra empresa de la competencia podrá siempre demandar a la Administración por vulneración del principio de igualdad, reconducible a la arbitrariedad. Con este razonamiento, las posibilidades de impetrar auxilio judicial que le caben a un ciudadano son cuatro: puede interponer una demanda civil contra la fábrica o contra la EPA (*citizen suit*) o un contencioso (*claim*) contra la decisión de la EPA de excepcionar una norma legal, por vulneración del principio de separación de poderes, o contra la decisión de rellenar la laguna arbitrariamente, para un caso particular. Para un mayor abundamiento en la doctrina del caso *Chevron* puede consultarse la obra de GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*, Editorial McGraw Hill, Madrid, 1.996, págs. 131-144.

645 Últimamente ni siquiera en estos casos actúa la Agencia, aquejada de una crónica apatía ejecutiva. Tanto es así que el propio Congreso debe proceder a desarrollar estatutariamente sus propias remisiones a la normativa de desarrollo administrativa. Por ejemplo, sólo en ocho ocasiones ha actuado la EPA para determinar sustancias contaminantes de carácter peligroso (*Hazardous Air Pollutants*, HAPS) en desarrollo de la *Clean Air Act* de 1.970, mientras que el Congreso ha tenido que suplir la dejadez de la Agencia identificando el mismo otras 189 de ellas.

normativa cuando el precepto relajado sirva para el cumplimiento directo de los objetivos ambientales establecidos en el proyecto industrial<sup>646</sup>.

## 2. Algunas propuestas de reforma del Programa XL

Uno de los ensayos lo ha realizado HIRSCH, quien ha dado un paso adelante para intentar salvar la legalidad del Programa XL. Este autor considera que la EPA y cualquier Agencia disponen de una intrínseca autoridad para no aplicar normas, tanto suyas propias (para casos en que el espíritu de la norma se salvaguarde más con su inaplicación en el caso concreto que con su aplicación<sup>647</sup> o cuando su no-excepción en ese caso pueda suponer una injusticia o gran ineficacia<sup>648</sup>) como leyes del Congreso<sup>649</sup>.

Otra posibilidad consistiría –como aduce CABALLERO– en separar el Programa en dos partes: una para los macroyectos y otra para los microyectos. Los primeros serían más ambiciosos, y responderían al espíritu inicial del programa, cual es reinventar la regulación ambiental, confiando a la EPA autoridad para flexibilizarla en lo posible. Los segundos serían aquellos dirigidos a pactar con las instalaciones o empresas proyectos de menor calado, dentro de la legalidad<sup>650</sup>.

La tercera propuesta ha partido del que quizás sea el más prestigioso autor estadounidense en materia de consenso y resolución negociada de conflictos ambienta-

<sup>646</sup> Vid. *Regulatory Reinvention (XL) Pilot Projects*, 62 fed. reg. 19,872, 19,876 (1.997) (“The closer the factual link between the requested flexibility and anticipated environmental benefits, the more likely EPA is to approve the project”), en STEINZOR, R. I., *Reinventing environmental Regulation: the dangerous Journey from Command and Control to Self-Control*, en *Land Use & Environment Law Review*, 1.999, págs. 408 y 409.

<sup>647</sup> Así, por ejemplo, expone el caso en que una ley exigiera que todas las industrias tengan un terreno para depositar sus materiales o residuos peligrosos en una parcela anexa. Este precepto será muy oneroso de cumplir para aquellas empresas que estén insertas en el tejido urbano, pues les exigiría un desembolso económico muy grande para comprar una parcela aneja.

<sup>648</sup> Como en el caso *Merck*, donde se le ha permitido a la empresa emanar más ozono del permitido por estar aislada y no afectar a la población.

<sup>649</sup> En casos en que las ventajas o ganancias de su aplicación fueran mínimas, como fue el de la *Alabama Power Co. v. Costle*, 636 F.2d 323, 360-61 (D.C. Cir. 1.979), donde el D.G. Circuit reconoció una autoridad inherente de la Agencia para eximir a determinadas fabricas los requisitos ambientales legales “cuando los límites de la regulación supongan una ganancia trivial o sin valor” (“when the burdens of regulation yield a gain of trivial or no value”). Expone HIRSCH, D. D., *Bill and Al’s XL-ent... opus cit.*, págs. 167 y 168, cómo esta doctrina está aún hoy más viva que entonces, citando el caso de la *Environmental Defense Fund, Inc. v. EPA*, 82 F.3d 451, 465-67 (D.C. Cir. 1.996), donde establece que la Agencia puede eximir del requisito de la conformidad del transporte, exigido por la *Clean Air Act*, para aquellas acciones federales que generen sólo los mínimos de emisión. También en la *Ohio v. EPA*, 997 F.2d 1520, 1534-36 (D.C. Cir. 1.993), donde establece que la EPA puede exonerar el requisito de la CERCLA de los 5 años de revisión requerido a aquellos sitios a los que se aplique el Superfund, siempre que alberguen sólo unas mínimas cantidades de sustancias peligrosas.

<sup>650</sup> Cfr. CABALLERO, T. E., *Project XL: Making It Legal, Making It Work*, en *Stanford Environmental Law Journal*, n.º 17, mayo de 1.999, págs. 20 y ss.

les, LAWRENCE E. SUSSKIND. Este autor, junto con SECUNDA, ha abordado el replanteamiento del programa mismo. En opinión de los profesores del *Massachusetts Institute of Technology*, el principal problema radica en que dentro mismo de la Agencia existen opiniones enfrentadas sobre la legalidad de las contraprestaciones normativas de la EPA. Por ello, habría que partir de una “valoración del conflicto” dentro de la misma, que fijara las posiciones de todas las oficinas y empleados encargados de aplicar el programa. Esta aproximación de opiniones internas se plasmaría en un documento formal llamado “Memorándum de Acuerdo”, en el que la EPA redactara sucesivamente cuáles serán sus prioridades ambientales en cada momento, con objeto de favorecer o denegar el acceso de determinadas propuestas de acuerdo que hicieran llegar las empresas candidatas a entrar en el programa. Si a ello le sumamos la creación de un “Comité Asesor” que integrara a las ONGs, al público y a los grupos interesados en cada acuerdo, se llegaría a un mejor resultado<sup>651</sup>.

De todas maneras, cualquier posible argumentación no dejará de ser un artificio jurídico para otorgar seguridad a las empresas, forzando la letra de la ley. No parece muy legítimo (en el sentido etimológico del término, como sinónimo de ilegal), reducir las posibilidades de revisión de la decisión administrativa cuando el problema se encuentra en la decisión misma<sup>652</sup>.

El autor va incluso más allá y aboga por formalizar reglamentariamente el procedimiento de excepción o no-aplicación de una norma, lo que podría hacer dentro de lo que él ha llamado la implícita o inherente potestad de la EPA de dispensa de la regla (“inherent or implicit waiver authority”). Ello porque la *Administrative Procedure Act* requiere que las Agencias usen el procedimiento ordinario de “notice-and-comment” para aprobar una norma, lo cual será necesario siempre que se adop-

\*\*\*\*\*

<sup>651</sup> Desgraciadamente, nada dicen los autores sobre cómo superar la crisis de legitimación y autoridad de la EPA para flexibilizar la normativa. Abogan por el uso de su discrecionalidad y apuestan por una deferencia del Congreso para hacerlo, pero no explican cómo salvar los difíciles problemas de encaje de esta posibilidad en el sistema legal y jurisprudencial estadounidense. Cfr. SUSSKIND, L. E., y SECUNDA, J., “Improving” Project XL: *Helping Management to Work within EPA*, en *UCLA Journal of Environmental Law & Policy*, n.º 17, 1.998/1.999, págs. 157-165. Susskind dirige el prestigioso “Public Dispute Program” del *Massachusetts Institute of Technology* de la Universidad de Harvard (Boston), participando él mismo como mediador y árbitro en algunos conflictos. Para saber un poco más sobre la resolución consensual de los conflictos administrativos en EE.UU., puede verse DELGADO PIQUERAS, F., *La “Administrative Dispute Resolution Act” de los Estados Unidos: introducción, traducción y notas*, en R.A.P., n.º 131, 1.993, págs. 555 y ss. y SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., *Reflexiones sobre la Resolución Alternativa de Conflictos administrativos en los Estados Unidos de América: su virtualidad en el Derecho Ambiental*, en prensa.

<sup>652</sup> Tan forzada es la potestad que la EPA se quiere autoatribuir, que en su propio seno existen divergencias sobre la legalidad de su actuación en el programa XL. En efecto, la encargada de negociar los proyectos es la oficina de Policía, Planeamiento y Evaluación (O.P.P.E.) de la Agencia, mientras que la encargada de ejecutar las violaciones de las normas ambientales es la Oficina de Ejecución y Aseguramiento del Cumplimiento (O.E.C.A.) de la misma, con lo que, en puridad, podrían darse casos de desacuerdo. Todas estas cuestiones son bien conocidas por las empresas, de ahí su recelo constante hacia el Programa.

te una política nueva que pueda tener un impacto sustancial en una clase o grupo de personas. Como quiera que las candidatas a suscribir proyectos XL forman un grupo selecto, así como las empresas rivales de aquellas candidatas, parece proceder aquí la promulgación de una norma al efecto. Con ello se ganaría en transparencia y legalidad, y los ciudadanos no podrían ya interponer demandas civiles porque la EPA estaría actuando dentro de la legalidad.

Una cuarta revisión del programa XL ha sido realizada por la profesora del Maryland School of Law RENA I. STEINZOR, quien concibe la potestad de excepción de la regulación como incentivo para la participación de las industrias. Nos parece muy acertada su aspiración de reducir en lo posible la discrecionalidad de tal posibilidad<sup>653</sup>. Se trataría más de limitarla a los casos en que los requisitos normativos estén directamente relacionados con la consecución de los objetivos de calidad ambiental superior plasmados por la industria en su proyecto. Para la autora, no habría inconveniente en la no-aplicación de requisitos de tipo procedimental (tales como la unificación de los permisos o licencias) pero sí en aquéllos otros que establecieran estándares sustantivos (tales como reducción de la responsabilidad en caso de que ésta se produzca, aumento en las emisiones o relajamientos en la información a aportar por la industria)<sup>654</sup>.

Ni que decir tiene que el Programa XL es de imposible aplicación en nuestro país. Resultaría inadmisibile en nuestro Ordenamiento jurídico que la Administración pudiera apostatar de su potestad normativa o sancionadora en aras de los intereses privados de las empresas –normalmente grandes consorcios, *lobbies* que pueden presionar de igual a igual a las instancias administrativas–. No está mal condicionar el ejercicio de las potestades cuando se hace persiguiendo intereses públicos (v. gr., la terminación convencional de procedimientos administrativos o la celebración de convenios de colaboración) pero nunca se podrá afectar o disponer de esas mismas potestades de manera directa, lo que, en palabras de JORANO FRAGA, supondría atentar frontalmente contra el principio de igualdad en la aplicación de la ley, dogma sobre el que se ha construido el Estado de Derecho en su acepción europea<sup>655</sup>.

<sup>653</sup> Aspiración compartida por MANK, B. C., *The Environmental Protection Agency's Project XL and Other Regulatory Reform Initiatives: The Need for Legislative Authorization*, en *Ecology Law Quarterly*, n.º. 25, 1.998, págs. 18 y 19, quien se muestra temeroso de que algunos de estos acuerdos puedan degenerar en amiguismo, tratos de favor y ocultación de datos a la ciudadanía (pág. 88).

<sup>654</sup> Ello reduciría la irritación de la opinión pública, muy crítica con los daños ambientales que algunos de estos tipos de relajamiento normativo acarrearía para el medio ambiente. Cfr. STEINZOR, R. I., *Reinventing environmental Regulation: the dangerous Journey from Command and Control to Self-Control*, en *Land Use & Environment Law Review*, 1.999, págs. 463-465.

## b). El Programa C.S.I. (*Common Sense Initiative*), o Iniciativa de Sentido Común

Que ha intentado aplicar el sistema francés de los *contrats de branche* o acuerdos ambientales con sectores claves de la industria (que veremos más adelante), para sondear las posibilidades de mejora ambiental en cada uno de ellos. Seis han sido los ramos escogidos: fabricación de automóviles, computadoras y electrónica, tratamiento del acero y del hierro, imprenta, manufacturas metálicas y refinerías de petróleo. Cada sector debía presentar su propio proyecto a la EPA, como base para las posteriores negociaciones<sup>656</sup>.

El objetivo del programa era conseguir resultados “más limpios, más baratos y más ingeniosos” (“*cleaner, cheaper, smarter*”). Esta meta final se intentaba lograr mediante 6 puntos: revisión y previsión de la regulación, prevención de la contaminación, simplificación de los requisitos de los sistemas de información ambiental (*reporting requirements*), inicio de acciones de ejecución forzosa, experimentación con formas novedosas de permisos y licencias de contaminación y promoción de tecnologías ambientales novedosas<sup>657</sup>.

Para ello, se incentivaba a las industrias con la promesa de eliminar o reformar las leyes y regulaciones que fueran redundantes o aquéllas que impusieran requisitos contradictorios, con la intención de aunar las exigencias de las normas que regulan las emisiones en el aire, agua, suelo, etc., e integrarlas en el seno del acuerdo alcanzado<sup>658</sup>.

<sup>655</sup> Coincidimos plenamente con el fondo del excelente análisis del profesor JORDANO FRAGA, J., *La construcción del Estado Autonómico Ambiental de Derecho en Andalucía*, en R.A.A.P., nº. 44, sept.-dic., 2.001, págs. 47-51, en el que trata con benevolencia los acuerdos voluntarios en el Derecho Ambiental, cuya potencialidad está por explorar, abominando, en cambio, de los sistemas de inaplicación normativa norteamericanos llevados a su extremo, como el caso del Programa XL: las potestades administrativas son *res extra commercium*, y renunciar a este presupuesto significaría hacer explotar desde dentro las garantías de nuestro Derecho Administrativo.

<sup>656</sup> A pesar de los problemas iniciales causados por la poca ambición de los proyectos presentados, desde 1.997 se han conseguido logros mayores, firmándose el primer acuerdo con el ramo de las manufacturas del metal. Sin embargo, el programa no ha cumplido las altas expectativas levantadas desde su inicio.

<sup>657</sup> Vid. DAVIES, T., y MAZUREK, J., *Industry Incentives for Environmental Improvement: Evaluation of U.S. Federal Initiatives. A Report to the Global Environmental Management Initiative*, editorial Resources for the Future, septiembre de 1.996, pág. 20. Para este autor, el programa no es absolutamente novedoso, ya que tiene el antecedente del *Integrated Environmental Management Program* (I.E.M.P.), de hace más de una década.

<sup>658</sup> A pesar de que no se atenta directamente contra la integridad de las normas, sino contra las incongruencias que la suma de ellas puede generar, una potestad tal de armonización y aclaración de la normativa sólo corresponde al poder Legislativo, por lo que la EPA se ha visto despojada de su principal argumento atractivo de las industrias, razón que explica el relativamente bajo número de acuerdos alcanzados: 17 en 1.996.

c). El Programa “Liderazgo Ambiental” (*Environmental Leadership Program*)

Aparecido en enero de 1.993, antecedente del Programa XL, que intenta aprovechar la experiencia obtenida por empresas que hubieran conseguido óptimos logros de gestión ambiental para poder extenderla a otras empresas e industrias<sup>659</sup>. A cambio de esta información privilegiada, la EPA prometió no sancionar las conductas irregulares detectadas en sus modelos. Se comprometía también a reconocer públicamente a las empresas participantes, conceder permisos más rápidamente y unificados o concesión de créditos a bajo interés. En una fase posterior, en la que nos encontramos actualmente, se pretende extender esas experiencias a otras empresas necesitadas de progresos en su relación con el entorno ambiental<sup>660</sup>.

Inspirado en el Programa *Star*, los principios a los que las industrias se comprometían por suscribir un acuerdo eran amplios y exigentes: reducir las emisiones de sustancias tóxicas, de gases de efecto invernadero, instaurar sistemas de gestión ambiental del tipo ISO, introducir a los empleados en la política de mejora ambiental continua, documentación de los resultados obtenidos, etc<sup>661</sup>.

d). El Programa 33/50, también llamado Programa de Tóxicos industriales (*Industrial Toxics Project*) de la EPA

Las partes implicadas en el acuerdo son, de lado de la autoridad pública, la EPA. Del lado de los particulares, han sido invitadas unas 8.100 empresas de variados sectores, de las cuales han participado unas 1.300<sup>662</sup>. El Programa, como los anteriores citados, ha sido lugar de encuentro para que la Administración ambiental y el sector privado negocien determinados valores de su impacto ambiental en sus respectivos entornos geográficos. En este caso, el objeto central del programa era la reducción de las sustancias tóxicas prefijadas en una lista, extraídas a su vez de la *Toxic Release Inventory* (un inventario federal con 450 sustancias tóxicas), emitidas por las

<sup>659</sup> En 1.994 se abrió el plazo para las empresas que quisieran presentar sus modelos de gestión, de las cuales quedaron 12 en 1.995.

<sup>660</sup> Esta nueva fase parece estar siendo especialmente complicada porque las empresas invitadas no se ponen de acuerdo en cómo hacer participar al resto de las empresas de sus sectores de una información sensible que, piensan, puede servir para que sus competidoras se pongan a su mismo nivel de excelencia ambiental. Vid. SPENCE, D., y GOPALAKRISHNAN, L., *Bargaining Theory and Regulatory Reform: The Political Logic of Inefficient Regulation*, en *Vanderbilt Law Review*, Volume 53, marzo de 2.000, n.º 2, págs. 618 y 619.

<sup>661</sup> Un estudio a fondo de este programa y de tres de sus ejemplos más importantes (Ciba-Geigy, Duke Power y McClellan Air Force Base) lo ha llevado a cabo la COMISIÓN PARA LA COOPERACIÓN AMBIENTAL (Commission for Environmental Cooperation, CEC), *Voluntary Measures to Ensure Environmental Compliance, A Review and Analysis of North American Initiatives*, 1.998 (accesible en: [http://www.cec.org/pubs\\_info-resources/publications/pdfs/english/volume.pdf](http://www.cec.org/pubs_info-resources/publications/pdfs/english/volume.pdf), página consultada el 16 de noviembre de 2.001), págs. 147-159.

empresas participantes en cualquier medio (acuático continental o marítimo, atmósfera, suelo o subsuelo), pero también mostrar cómo los programas voluntarios eran más eficientes que los métodos de “command and control”<sup>663</sup>. El Programa tenía una duración limitada a la entrada del año 1.995, y, como ocurre en la enorme mayoría de los acuerdos voluntarios norteamericanos, es de carácter no vinculante.

Todo comenzó cuando el New York Times publicó, en 1.990, y gracias a la posibilidad que le arrogaba el *Emergency Planning and Community Right to Know Act*<sup>664</sup>, un reportaje con mapas sobre los lugares más contaminados y la relación de causalidad existente por la polución provocada por las empresas individualmente. Como muchas de las sustancias emitidas carecían de regulación específica y muchas otras se recogían sólo abstractamente en las normas que contemplaban los efluentes en las aguas (*Clean Water Act*) o en la atmósfera (*Clean Air Act*), la EPA se vio obligada por la presión social a tomar medidas para evitar esta flagrante laguna de ley. En vista de que el proceso normativo era desesperantemente lento dados los enormes cálculos económicos y científicos a desarrollar, la Agencia apostó por el uso de los acuerdos voluntarios. El Programa, así, sólo obligaba a las empresas que quisiesen adherirse a cumplir dos objetivos de calidad: reducir el volumen de emisiones a cualquier medio escogido por la empresa de cualquiera de los 17 tipos de sustancias nocivas para la salud o medio ambiente prefijados en una lista<sup>665</sup>, en un volumen del 33% para 1.992, y del 50% para 1.995, ambos en relación con el volumen de emisiones de cada empresa en 1.988, todo ello a cambio de la promesa de la EPA de no regular directamente los valores y estándares de emisión de cada sustancia<sup>666</sup>.

662 Primero se invitó a las 600 empresas más contaminantes de estas 17 sustancias, y luego, sucesivamente, a otras 5.000 y 2.500 empresas respectivamente, con menores valores de emisión.

663 Entre 1.991 y 1.994 los participantes en el Programa redujeron sus emisiones de alguna de las 17 sustancias en una media del 49%, mientras que las empresas no participantes “sólo” lo hicieron en un 30%, lo cual tampoco es mucho en atención a las expectativas creadas.

664 Ley aprobada en 1.986, que permitía el acceso al público a los valores de emisión de 316 sustancias diferentes realizadas a cualquier medio por las empresas norteamericanas.

665 De tipo metálico y no metálico, como el benceno, cadmio, mercurio, níquel, plomo, cloroformo, cianuro, tolueno, etc. La EPA eligió éstos y no otros porque al ser de tipo atmosférico estaban regulados en el *Clean Air Act Amendments* de 1.990.

666 Como han señalado SEGERSON, K. y MICELI, T. J., *Voluntary Approaches to Environmental Protection: The Role of Legislative Threats*, en la obra colectiva *Voluntary Approaches in Environmental Policy*, editada por CARRARO, C., y LÉVÊQUE, F., Fondazione Eni Enrico Mattei y Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1.999, págs. 105 y 106, economistas de la Universidad de Connecticut, existen dos tipos de acuerdos voluntarios: aquéllos en los que la Administración fomenta la adhesión de las empresas mediante incentivos, y aquéllos otros en los que lo hace mediante amenazas (como sancionar o legislar en la materia). Éstos últimos, a nuestro modo de ver, son más compatibles con los dogmas clásicos del derecho Administrativo, al no renunciar la Administración en ningún momento a ninguna potestad (sancionadora, reglamentaria, ejecución subsidiaria, etc.). Para estos autores, cuando la amenaza es pequeña, es necesario negociar el acuerdo para llegar a perfeccionarlo. Al contrario, si la amenaza es demasiado fuerte algunas empresas pueden sentirse excesivamente presionadas y retirarse del proceso voluntario. Se trata, como en tantas ocasiones en el mundo de las políticas ambientales, de buscar un equilibrio entre la fuerza y la disuasión.

Una segunda fase del programa 33/50 consiste en celebrar acuerdos con las empresas que hayan cumplido los objetivos del programa con los compromisos de la Ley de Prevención de la Contaminación (*Pollution Prevention Act*).

Los resultados han sido bastante positivos, teniendo en cuenta lo poco ambicioso de los objetivos a conseguir (muchos de ellos logrados también, incluso superados con creces, por empresas no firmantes de acuerdos). Pero lo que se pretendía era embarcar a las empresas más contaminantes en un proceso de mejora continua al margen del control de la Administración, una vez alcanzado el logro casi psicológico de reducir a la mitad sus emisiones en 1.995<sup>667</sup>. Se revela con esto otras de las facetas positivas de los instrumentos paccionados: su capacidad de obtener resultados ambientales positivos cuando hay laguna de ley que sancione o regule un concreto sector industrial o sustancia contaminadora.

#### e). El *EPA Design the Environment Program (D.f.E.)*, o Programa para el diseño del medio ambiente de la EPA

A través de este programa la EPA reúne a sus propios técnicos, a importantes centros de investigación y a grupos medioambientalistas expertos para asesorar a las empresas que deseen mejorar la calidad ambiental de sus productos o procesos de producción, así como para diseñar un programa de gestión ambiental hecho a medida para cada una de ellas. Es un esquema de política ambiental que carece de amenaza regulatoria alguna, y en el que no se fija objetivo cuantificado alguno, por lo que las propias industrias se fijan el grado de excelencia y compatibilidad ambiental que desean obtener<sup>668</sup>. Acuerdos como éste, de libérrimo cumplimiento para las

<sup>667</sup> En contra, hay autores que han criticado el poco celo de la EPA al poner el listón de los acuerdos demasiado bajos, como LEWIS, S., CLISH, H. y KIEFFER, K., U.S. *Environmental Protection Agency's 33/50 Program*, en la obra *Environmental Agreements. The Role and Effect of Environmental Agreements in Environmental Policies*, edited by E.L.N.I. and Cameron May, 1.998, págs.532 y 533, señalando también que el verdadero talón de Aquiles del Programa ha sido la libertad de medios que ha permitido a las empresas para llegar al objetivo marcado, alguna de las cuales se ha limitado a emplear, en lugar de una de las 17 sustancias del Programa, otras igualmente contaminantes excluidas de la lista. Otros autores, ARORA, S. y CASON, T. M., *An experiment in Voluntary Environmental Regulation: Participation in EPA's 33/50 Program*, en *Journal of Environmental Economics and management* 28, 271-286 (1.995), pág. 285, consideran que no sólo el Programa no va conseguir una flexibilización de las normas administrativas sino que va a fomentar incluso la aparición de más normas del tipo "command and control", ya que la EPA puede usar los resultados obtenidos con el programa para establecer estándares objetivos normativizados para un sector determinado.

<sup>668</sup> Señalan DELMAS Y TERLAAK que, por ello mismo, el principal problema de este programa y de todos aquellos otros o acuerdos que no exijan objetivos claros es el del *free-riding*: empresas que se aprovechan de la buena imagen que ofrecen otras compañeras más saneadas desde el punto de vista ambiental, bien porque participen en el programa pero con resultados realmente pobres en comparación con los logrados por aquéllas, bien porque directamente no participen. Vid. DELMAS, M. A., y TERLAAK, A., *Voluntary Agreements for the Environment: Innovation and Transaction Costs*, *Conference on Environmental Contracts and Regulation*, Wharton School (September 24-25, 1.999), págs. 6-7 y 11. En opinión de estas autoras, la imposibilidad de sancionar o revisar judicialmente el contenido de estos acuerdos facilita este tipo de comportamientos, que sólo pueden recriminarse moralmente de cara al gran público por medio de una denuncia pública de la empresa *free-rider* por parte del resto de las industrias que sí se preocuparon de evolucionar su faceta de compatibilidad ambiental.

empresas, sólo caben ser planteados para casos extremos en que existan situaciones de contaminación imposibles de atajar con medios más incisivos, ya que consiguen resultados discretos al dejar exclusivamente su cumplimiento en manos de la buena voluntad del sector privado.

Acuerdos dentro de este programa lo alcanzaron sectores como el de limpieza en seco.

#### f). El *Early Emission Reduction Program* (E.E.R.P.), o Programa de Reducción Temprana de Emisiones

Muy importante porque se trata de uno de los pocos programas voluntarios de la EPA con carácter vinculante. Se trata de un programa codificado por el Congreso en 1.991 (42 U.S.C. § 7412(i) (5)) y 1.993 (58 Fed. Reg. 62,539, de 29 de noviembre) que aplica la reforma de la *Clean Air Act* realizada en 1.990, cuyo Título III fue dedicado al E.E.R.P. Esta reforma quería establecer límites para las sustancias peligrosas contaminadoras del aire, estableciendo estándares nacionales. Ciento ochenta y nueve nuevas sustancias nuevas fueron introducidas en la reforma. En ella se intitulaba a la EPA a establecer límites para las 40 fuentes de contaminación más peligrosas a fecha de 15 de noviembre de 1.992, y para el resto a fecha de 15 de noviembre de 2.000.

Por medio de este programa, las empresas se obligaban voluntariamente (a través de *commitments*, o compromisos jurídicamente ejecutables) a reducir sus emisiones de sustancias peligrosas en un 90% a fecha de 1 de enero de 1.994. Aquéllas que hubieran cumplido este límite antes de que la EPA fijara el límite definitivo recibirían un permiso de la EPA o del Estado correspondiente por el que se les concedía una moratoria de seis años para alcanzar los valores de emisión fijados por la EPA. Podía darse el caso de que la industria consiguiera una reducción del 90% una vez establecido el límite de la sustancia por la EPA, en cuyo caso se podría obtener también esa moratoria siempre que firmaran un “commitment”, antes del 1 de enero de 1.994, por el que se comprometieran a conseguir la reducción fijada por la EPA al finalizar esos seis años.

Si la empresa o fábrica no cumplía ese compromiso, sería obligada a cumplirlo por la EPA, y multada por ello. De todas formas, aquellas empresas o fábricas que tras firmar el compromiso temiesen no conseguir la reducción estimada, podían desistir del mismo sin ser penalizadas si lo hacían antes del 30 de abril de 1.994<sup>669</sup>.

669 Según BOCZAR, B. A., *The Movement Away From Command-and-Control Regulation: Voluntary Pollution Reduction Programs*, en la obra colectiva *Strategies for Environmental Enforcement*, Stanford Environmental Law Society, 1.995, pág. 164, a finales de 1.992 la EPA había recibido 76 “commitments”, de los cuales doce fueron considerados completos por ésta. De esas doce, a siete de ellas se les concedió la moratoria de seis años: Allied Signal,

El programa fue altamente valorado por las empresas participantes, aunque se quejaban de la escasa flexibilidad del mismo, desde luego menor que la del programa *Responsible Care*, al que indistintamente estaban unidas la mayoría de las candidatas.

Una de sus novedosas aportaciones del programa es que introducía la posibilidad de que las industrias pudiesen comerciar con los permisos de emisión recibidos, siempre que sus emisiones estuvieran por debajo de lo establecidos en ellos. Se introducía así por vez primera en un programa voluntario el mecanismo de Derecho Privado de las “tradeable permits” (permisos a contaminar negociables).

**g). Las iniciativas federales *Working Draft of the Brownfield Action Agenda* (Proyecto de Agenda sobre la Acción Brownfield) y *Brownfields Economic Redevelopment Initiative* (B.E.R.I.<sup>670</sup>, o Iniciativa para la Reorganización económica de los Brownfields), de la EPA**

Pese a no llegar a constituir formalmente programas en sí mismos han servido de acicate para la celebración de numerosos convenios ambientales. Podemos decir, de entrada, que son otros de esos proyectos en los que los acuerdos tendrán carácter vinculante para los particulares que los firmen<sup>671</sup>.

Pongámonos en antecedentes. Desde los años 80 en los EE.UU. se ha observado un importante abandono de los puestos de trabajo del sector terciario, generalmente insertos en áreas urbanas. Esta emigración ha dejado en casi todas las ciudades bastantes zonas abandonadas, fábricas o instalaciones que con el tiempo han lixiviado y contaminado los alrededores. Las dos leyes federales que establecen el régimen de los residuos peligrosos (la *CERCLA o Superfund* y la *Resource Conservation and Recovery Act*) pretendían atajar esta situación, pero han sido fuertemente criticadas por imponer a los compradores de suelos contaminados estándares de limpieza demasiado elevados, así como por prever importantes sanciones por incumplimiento de esas obligaciones.

Amoco Chemical Co., Dow Corning Corp., Johnson & Johnson Medical Inc., Kalama Chemical Inc., Monsanto Co. y P.P.G. Industries.

<sup>670</sup> La B.E.R.I. reformó en 1.995 la *Guidance on Prospective Purchaser Agreements*, de 1.989, básicamente expandiendo la disponibilidad de los acuerdos a más compradores. Según datos recogidos por LIFSEY, M., *Prospective Purchaser Agreements: EPA's new Outlook on Landowner Liability*, en *Environmental Law*, n.º. 30, invierno 2.000, pág. 189, hasta la fecha de publicación se habían firmado 65 acuerdos y la velocidad de las negociaciones de los nuevos no deja de aumentar. Esta autora se muestra claramente favorable al uso de estos acuerdos como instrumento de descentralización de competencias ambientales: los Municipios, por ejemplo, han empezado también a suscribirlos para limpiar suelos abandonados y utilizarlos para dotar a sus ciudadanos de mejores servicios (parques, zonas de acampada, etc., págs. 201-203).

<sup>671</sup> La EPA define “Brownfields” como “aquellas instalaciones comerciales o terrenos abandonados, ociosos o infrutilizados donde la expansión o la reurbanización es complicada por motivos reales o percibidos de contaminación ambiental”. Vid. [www.epa.gov/swerosps/bf/glossary.htm](http://www.epa.gov/swerosps/bf/glossary.htm), visitada el día 04 de septiembre de 2.000.

Tratando de enervar la situación de general incumplimiento, la Agencia de Protección Ambiental optó en 1.995 por considerar el camino del fomento: a través de la iniciativa apuntada, la EPA introducía medidas paccionadas para incitar a los propietarios de suelos contaminados a limpiarlos y ganarlos para la colectividad favoreciendo su reurbanización. Ello lo consigue gracias a los “prospective-purchaser agreements” (P.P.A. de aquí en adelante) y a las “comfort/status letters”.

Los P.P.A. (que podríamos traducir como “acuerdos con posibles futuros compradores”) se articulan como auténticos contratos a celebrar entre la Agencia y el posible comprador de un terreno contaminado. La primera se compromete a no iniciar acciones civiles contra el comprador para exigirle responsabilidad (ex arts. 106 y 107 de la CERCLA) y, a cambio, el comprador debe reurbanizar el terreno, corriendo él con los gastos de limpieza u ofreciendo a la Administración el equivalente monetario de la misma y, además, la renuncia a interponer futuras e hipotéticas acciones contra la EPA derivadas del incumplimiento del acuerdo o de defectos del terreno comprado. El pacto redundará en beneficio de la colectividad ya que se ofrecerán puestos de trabajo, equipamientos lúdicos o de esparcimiento (parques, por ejemplo), aparte de la mejora del medio ambiente urbano. Estos acuerdos serán negociados sobre aquellos terrenos sobre los que la EPA haya iniciado o esté a punto de iniciar un procedimiento de limpieza –cuyos costes serán sufragados por el que en ese momento sea titular del terreno–. Con ello la Administración se asegura recibir unos fondos superiores a los que habría obtenido cobrándoselos directamente por aplicación de la CERCLA, ya que la Agencia suele inflar esos costes como contrapartida de la firma del acuerdo con el nuevo propietario<sup>672</sup>.

Alguna nueva iniciativa de la EPA plantea incluso aligerar todo el proceso de firma de los acuerdos, dada la inicial lentitud de la iniciativa. Se trata de los llamados “Super Settlements” o “Global Settlements” (superasentamientos o asentamientos globales), nacidos en 1.998, por los que la parte privada se compromete a asumir toda la limpieza del terreno y la responsabilidad que de ello deriva a cambio de una cantidad fija de dinero<sup>673</sup>.

672 Sin embargo, la última tendencia de la EPA es a fijar en los acuerdos unos costes de limpieza no tan altos, ya que con ello logra fomentar la firma del acuerdo. En justa contraprestación, la Administración espera recuperar ese “lucro cesante” a medio o largo plazo por los beneficios que para la comunidad local tiene la urbanización del terreno. Cfr. JOHNSTON, J. S., *The Law and Economics of Environmental Contracts*, University of Pennsylvania Law School, Draft, sept. 1.999, pág. 17.

673 Para LAWLOR, M. J., *Super Settlements for Superfund: A New Paradigm for Voluntary Settlement?*, en Boston College Environmental Affairs Law Review, n.º. 27, 1.999, págs. 126 y 127, a pesar de su escaso desarrollo, lo que es claro es que se conciben como contratos, puramente vinculantes.

En opinión de JOHNSTON, se trataría de acuerdos plenamente vinculantes desde el punto jurídico. A pesar de que la Agencia reniega a interponer acciones civiles por responsabilidad del comprador, puede en cualquier momento demandarle si incumple el acuerdo o si éste empeora el estado de conservación del terreno<sup>674</sup>.

De manera complementaria, la EPA concede también las llamadas "Comfort/Status letters", garantías que la Agencia ofrece al comprador de un terreno contaminado de que no va aplicarle la CERCLA en el futuro. Esta especie de seguro puede ser plasmada en un convenio vinculante (*covenant*) entre las partes, que suele incluir información al comprador sobre las acciones emprendidas o a emprender para la limpieza del fundo.

A escala estatal, en esta misma línea establecida federalmente por la EPA, los diferentes Estados han elaborado también sus respectivos programas de limpieza voluntaria en general (o *State Voluntary Cleanup Programs*) fomentando la limpieza de los terrenos contaminados por los propietarios librándoles de la posible responsabilidad en que incurrirían bajo las leyes locales por no hacerlo<sup>675</sup> y reduciendo los estándares de limpieza exigibles a los urbanizadores<sup>676</sup>; y, más específicamente, los programas estatales "*Brownfields Remediation Programs*", en los que lo que se fomenta es directamente la urbanización del terreno, inhibiéndose el Estado de su tarea urbanizadora o de exigir unos estándares de limpieza al propietario acordes con un futuro uso residencial del suelo. A mediados de 1.997 la mitad de los Estados que conforman los EE.UU. tenían este segundo tipo de programas. Como ejemplo, podríamos citar el del Estado de Nueva York (uno de los que más ha sufrido el proceso de contaminación y abandono de su suelo industrial), recogido en el Título V de la *New York State Clean Water/Clean Air Bond Act*, de 1.996, que destina 200 millones de dólares para proyectos de restauración ambiental<sup>677</sup>.

674 Vid. JOHNSTON, J. S., *The Law and Economics of Environmental Contracts*, University of Pennsylvania Law School, Draft, sept. 1.999, pág. 17.

675 Desarrollados por 35 Estados a fecha de septiembre de 2.000. Vid. [www.epa.gov/swerosps/bf/gdc.htm](http://www.epa.gov/swerosps/bf/gdc.htm), visitada el día 04 de septiembre de 2.000. La EPA se reparte las tareas con los Estados deslindando las competencias mutuas por medio de Memorándums de acuerdos Superfund.

676 A mediados de 1.998, 44 Estados disponían ya de este tipo de programas. Sin embargo, alguna jurisprudencia ha advertido acerca de la posible vinculación de las contraprestaciones administrativas en los mismos, ya que al reducir los estándares de limpieza se crean riesgos para la salud de las comunidades vecinas, discriminándolas respecto del resto, lo que iría en contra del Título VI de la *Civil Rights Act* de 1966 (que impide la discriminación de minorías y comunidades por los Estados y los Gobiernos municipales). También se plantean las mismas dudas respecto de los programas Brownfield, ya que el destino residencial de un terreno puede alterarse si se llega a uno de estos acuerdos de reurbanización con el nuevo propietario. La mejora en trabajos o aumento de la recaudación de tasas por inmuebles sería una especie de chantaje para rebajar las exigencias ambientales del suelo en que se asientan. Vid. MANK, B. C., *Reforming State Brownfield Programs To Comply With Title VI*, en *Harvard Environmental Law Review*, nº. 24, 2.000, pág. 117.

677 En opinión de GERRARD, M. B., *New York's Brownfields Programs: More and Less than Meets the Eye*, en *Albany Law Environmental Outlook*, nº. 4, invierno 1.999, pág. 22, la calidad del proyecto puso de acuerdo a republicanos y demó-

## 2. Valoración general de los Programas voluntarios de la EPA

No han sido muy halagüeñas, en general, las opiniones que ha vertido la doctrina sobre los programas paccionados de la Agencia. Para GOPALAKRISHNAN, las auténticas causas del relativo fracaso de estas iniciativas voluntarias de consenso hay que buscarlas en la política: a las grandes empresas les interesa mantener un sistema puramente normativo de política ambiental de la Administración, ya que su mayor tamaño les permite manejarse para alcanzar los resultados exigidos por la norma, desbancando así a sus pequeñas y medianas competidoras, que pueden tener alguna posibilidad de acogerse a acuerdos voluntarios para sanearse. En este sentido se dan la mano con los grupos ecologistas quienes, de buena voluntad, opinan que con las leyes, sanciones y otros instrumentos clásicos de tutela ambiental se salvaguarda mejor el interés público<sup>678</sup>.

Varios autores se han hecho eco de las principales barreras que hacen que los programas ambientales voluntarios en general no alcancen un éxito mayor en los EE.UU.<sup>679</sup>, en clara apología del sistema normativo como instrumento de política ambiental. Podemos destacar las siguientes:

1. No es correcto usar convenios voluntarios con el único pretexto de que son más efectivos que la normativa. El medio ambiente debe ser protegido como un interés público que es, por lo que los parámetros económicos no son un criterio razonable para evaluar las políticas ambientales. Su razón de ser es la protección del

cratas (mayoría, respectivamente, en el Senado y la Asamblea neoyorquinas) para aprobar una ley ambiental. Vid. también KARMEL, J. S., *Title 5 of the New York's Clean Water/Clean Air Bond Act authorizes Risk Assessment to Clean up Brownfields*, en *Brooklyn Law Review*, nº. 63, verano 1.997, pág. 475, quien la pone como ejemplo de fomento de la limpieza de suelos sin tener que recurrir a rebajar los estándares ambientales de los terrenos. Se trata de un programa ampliamente basado en los estándares federales del *National Oil and Hazardous Substances Pollution Contingency Plan*, de 1.996, y VOGEL, G. M., *An Examination of Two of the New York State's Brownfields Remediation Initiatives: Title V of the 1.996 Bond Act and the Voluntary Remediation Program*, en *Pace Environmental Law Review*, nº. 17, invierno 1.999, págs. 84 y 85, dando noticia del Voluntary Clean-up Program del propio Estado, con el que se complementa de manera ideal. A diferencia del anterior, se trata de una creación administrativa no recogida en ninguna ley.

<sup>678</sup> Cfr. SPENCE, D., y GOPALAKRISHNAN, L., *Voluntary Environmental Agreements: Barriers to Success...*, *opus cit.*, págs. 21 y 22.

<sup>679</sup> Vid., *ad exemplum*, SPENCE, D., y GOPALAKRISHNAN, L., *Voluntary Environmental Agreements: Barriers to Success...*, *opus cit.*, págs. 11 a 14 y MAZUREK, J., *Voluntary Agreements in the United States...*, *opus cit.*, págs. 12 a 16, para quien la gran consecuencia de que la enorme mayoría de las iniciativas voluntarias estadounidenses sean "public voluntary" programs (programas públicos) a los que se adhieren las empresas y no acuerdos negociados *in personam* es que los beneficios son siempre colectivos para las empresas, no individuales, por lo que se fomenta el *free-riding*. Otro problema que intuye el autor es que la tela de araña creada por las nueve principales leyes ambientales del país (*Clean Air Act, Clean Water Act, Safe Drinking Water Act, Resource Conservation and Recovery Act, Federal Insecticide, Fungicide and Rodenticide Act, Toxic Substances Control Act, Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* y la *Superfund Amendments Reauthorization Act (SARA)*) dejan poco espacio para la negociación, en la medida en que allí donde se produzca para rebajar los estándares que ellas establecen sería ilegal. Es por ello por lo que los acuerdos ambientales en EE.UU. suelen tener por objeto la reducción de la contaminación más allá de los límites legales o la fijación de límites de manera voluntaria allí donde no están preestablecidos.

medio ambiente, no la eficacia económica de los instrumentos para conseguirla. Las mismas empresas, individualmente consideradas, se muestran más proclives a la autorregulación que a comprometerse con la Administración, ya que muchas de las ventajas de ambos sistemas son compartidas<sup>680</sup>.

2. Existe peligro de colusión (pactos en perjuicio de terceros) en la firma de acuerdos voluntarios. Los intereses de las empresas que negocian se verán sin duda tutelados, pero ello puede implicar un correlativo perjuicio para aquéllos otros intereses privados dignos de tutela no adheridos al acuerdo.

3. Las iniciativas voluntarias contraen un riesgo implícito de pervertir el interés público ambiental al rebajarse ante las presiones económicas de las empresas negociadoras.

4. La flexibilidad que se atribuye a los acuerdos muchas veces no es sino sinónimo de laxitud, determinando la existencia de acuerdos con resultados pírricos.

### 3. Acuerdos voluntarios individualizados

En EE.UU. apenas se dan acuerdos voluntarios individualizados, esto es, firmados entre la Administración y una o varias empresas concretas singularmente consideradas. En comparación con los países europeos estudiados, son escasos los acuerdos firmados entre una Administración y una única empresa. Por el contrario, el enfoque paccionado suele cristalizar en programas públicos compatibles con la normativa ambiental, ya comentados. Ello es debido, principalmente, al temor de la EPA a dejar de imponer los niveles exigidos en sus normas para acabar cediendo ante la presión de la industria, rebajando las pretensiones de calidad ambiental.

De todas formas, SEGERSON, que ha estudiado este tipo de acuerdos individuales, considera que su éxito depende de la capacidad de la Administración de amenazar suficientemente a la industria con una regulación más exigente y del empleo de subvenciones públicas en cantidades suficientes como para inducirla a cumplirlos<sup>681</sup>.

<sup>680</sup> Como por ejemplo, anticiparse a la normativa ambiental en ciernes. Con ello se gana tiempo, importante para ganar más cuota de mercado. Cfr. LYON, T. P., & MAXWELL, J. W., *Voluntary Pollution Reduction: Transaction Costs and Free-Rider Effects*, CAVA Working Paper nº. 99/10/9, octubre de 1.999, págs. 12 y 13. Con la autorregulación se evita, además, el efecto "free-riding", ya que cada empresa juega sus cartas sin vincular a las del mismo sector.

<sup>681</sup> Además, para esta autora, no deja de ser un hándicap la discutida capacidad de la EPA de "regatear" o "mercadear" (*bargaining power*) con un solo administrado. Vid. SEGERSON, K., *Do Voluntary Approaches Lead to Efficient Environmental Protection?*, CAVA Working Paper nº. 99/10/10, octubre de 1.999, págs. 6-8.

Por el contrario, la regulación ambiental federal no ha favorecido la firma de un mayor número de estos acuerdos, ya que suele establecer unos estándares más altos para las nuevas formas de contaminación (v. gr., gases efecto invernadero) que para las tradicionales (efluentes, por ejemplo), con lo que se favorece de alguna manera la pervivencia de las viejas fábricas y se desincentiva la mejora tecnológica<sup>682</sup>.

Veamos ahora un caso de acuerdo voluntario individualizado, *rara avis* en la política de instrumentos paccionados para la protección del medio ambiente en los EE.UU.

Se trata de la firma de dos acuerdos voluntarios entre la *Medical Academic and Scientific Community Organization* (M.A.S.C.O.), una coalición de hospitales e instituciones académicas del área de Boston y la *Massachusetts Water Resources Authority* (M.W.R.A.). A principios de los años noventa, esta autoridad administrativa incluyó el mercurio como sustancia regulada en la concesión de permisos de descarga para los hospitales. El resultado fue que gran número de ellos se encontró súbitamente fuera del estándar marcado, que era harto exigente: se pedía un nivel de mercurio en los efluentes de menos de 1 parte por millón (lo que técnicamente equivale a hablar de nivel cero).

Como consecuencia, centros sanitarios como el *Beth Israel Hospital* fueron multados con 118.400 dólares, por violación de la *Federal Clean Water Act*. Acertadamente, en lugar de recurrir a la revisión judicial de las sanciones, la M.A.S.C.O. tomó la iniciativa de entablar negociaciones con la Administración con la intención de solucionar el problema, y, sobre todo, ante la completa ignorancia de los hospitales sobre dónde se encontraba el mercurio para poder eliminarlo.

Las reuniones comenzaron en septiembre de 1.994, y a ellas se unieron otras empresas con problemas con el mercurio, como Polaroid. Entre los objetivos del primer acuerdo, los hospitales pidieron que la Administración suspendiera los procedimientos sancionadores abiertos mientras duraran las negociaciones, y que la información revelada por los hospitales no fuera usada en su contra para posteriores sanciones. A cambio, los hospitales se comprometían a trabajar duro para eliminar las fuentes de mercurio detectadas. Se descubrieron en los reactivos de laboratorio, manchas, y tintes de algunos fármacos usados y en los residuos del sistema de tube-

682 Así lo han puesto de manifiesto KEOHANE, N. O., REVESZ, R. L., y STAVINS, R. N., *The Choice of Regulatory Instruments in Environmental Policy*, en *Harvard Environmental Law Review*, volume 22, n.º 2, 1.998, págs. 314 y 315. El autor cita más argumentos por los que se siguen usando más las técnicas de "command and control" que aquéllas otras enucleadas en torno a los estímulos del mercado.

rías. A la firma del primer acuerdo, en 1.994, siguió la del segundo, en 1.997, ya que muchos hospitales seguían estando por encima del límite establecido.

En el segundo acuerdo, los hospitales que aún no habían conseguido rebajar sus niveles de mercurio hasta el valor marcado pidieron un período de gracia de 6 meses, siempre que sus valores de emisión no fueran superiores a 4 partes por millón.

El resultado final de ambos acuerdos es que el 63% de todos los hospitales analizados que antes de las negociaciones podían ser sancionados por no cumplir la normativa están ahora dentro del margen de la legalidad<sup>683</sup>. De esta experiencia se deriva una enseñanza, no siempre aprendida: los resultados beneficiosos de muchos acuerdos se producen a medio o largo plazo siempre que la Administración sea lo suficientemente persuasiva para forzar o estimular debidamente a la contraparte privada a “entender” la mejora personal que le supondría su celebración.

#### A. Iniciativas privadas: autorregulación y acuerdos de Derecho Privado

El liberalismo económico y uno de sus corolarios (el genuino recelo norteamericano hacia la Administración), unidos a las pocas expectativas creadas por los acuerdos voluntarios, han inducido a muchas empresas estadounidenses a optar por la autorregulación, fenómeno en el que podemos incluir algunos programas ambientales propios que las industrias se dan para reducir su impacto en el medio ambiente.

Se tratan, las más veces, de proyectos puramente internos de control de la contaminación en la fuente, sin contar con apoyo de la Administración. Ejemplo de ello son los proyectos de prevención de la contaminación llevados a cabo por empresas como la superquímica Dow (con su *Waste Reduction Always Pays Program*, iniciado en 1.986 para reducir su producción de residuos), como Monsanto (del sector del caucho, con su programa *Priority One*, que pretendía reducir en un 30% y un 90% las emisiones de sustancias peligrosas en 1.990 y 1.992, respectivamente), Dupont (grupo industrial de pintura, fotografía, etc.)...<sup>684</sup>.

<sup>683</sup> Vid. SUSSKIND, L., LEVY, P. F., y THOMAS-LARMER, J., *Negotiating Environmental Agreements*. Island Press, Washington, 2.000, págs. 109-127, donde describe todo el procedimiento que llevó a la suscripción de los acuerdos, adjuntando, además, el valiosísimo texto literal de los mismos. El segundo de ellos prevé expresamente la imposición de sanciones si tras el período temporal de las negociaciones los hospitales seguían estando por encima de los niveles permitidos de emisión. Nada se dice, sin embargo, de vinculatoriedad de los acuerdos o de hipotéticas acciones legales a emprender por las partes en caso de incumplimiento de la otra, lo que suele indicar la formalización de estos acuerdos como meros compromisos morales, no jurídicos.

<sup>684</sup> No sólo empresas individuales sino también sectores enteros de la industria han optado por la autorregulación, como el petrolífero (que adoptó las *American Petroleum Institute's Environmental Guidelines*), el de pinturas (que hizo lo propio con la *National Paint and Coating Association policy*) o el químico (con el Programa *Responsible Care*). Cfr. BOCZAR, B. A., *The Movement Away From Command-and-Control Regulation: Voluntary Pollution Reduction Programs*, en la obra colectiva *Strategies for Environmental Enforcement*, Stanford Environmental Law

A pesar de que los acuerdos que nos interesan son aquéllos en los que participa la Administración, no está de más echar un vistazo a algunas técnicas pacticias *inter privados*, bastante dinámicas en un país donde la libertad individual se exalta hasta la exacerbación (a pesar de etapas restrictivas como la actual). Su estudio nos proporcionará una mancha más con la que completar el cuadro impresionista que queremos presentar del derecho de los acuerdos voluntarios en los EE.UU.

### a). El Programa *Responsible Care*, o Preocupación Responsable

Un ejemplo de estos acuerdos entre empresas puede constituirlo los auspiciados por el Programa *Responsible Care*, aplicado por el sector químico norteamericano desde 1.988, y homólogo del original nacido en Canadá en 1.984, en el que la Administración no interviene para nada (razón por la cual no nos interesa nada más que para observar cómo la mejora de las condiciones ambientales de una empresa se suele dar por añadidura cuando se busca la complicidad de los compradores). Para forzar a las empresas del sector químico a adoptar los 6 códigos de buenas practicas de que se compone el programa (planificación de emergencia, prevención de la contaminación, seguridad en los procesos, distribución, salud y seguridad de los trabajadores y seguimiento del producto), la Asociación de Industrias Químicas (la C.M.A.) les amenaza con la expulsión si no lo hacen. A pesar de que las comunidades locales en las que se asientan las fábricas de este tipo de empresa han valorado positivamente las relaciones mantenidas, no ha mejorado en la misma proporción la popularidad general del sector químico en los EE.UU. Un mayor esfuerzo en la política ambiental posiblemente redundaría en esa dirección. La única amenaza se cifraba en las limitaciones que, a la adopción de códigos de conductas, imponían las leyes antimonopolio estadounidenses (que sólo los autorizan en la medida en que no crearan distorsiones entre las empresas del sector que las impone). Pero la posibilidad de una adopción paulatina de los códigos y la generalidad de los mismos parecen indicar la compatibilidad del programa con las normas de una competencia justa<sup>685</sup>.

\*\*\*\*\*  
Society, 1.995, págs. 155-157. Otras empresas que aplicaron proyectos propios fueron Allied Signal, Amoco, AT&T, BASF, Boeing, BP America, Chevron, Exxon, General Dynamics, General Electric, Goodyear, Hoechst Celanese, IBM, 3M, Northrop, Occidental, Polaroid, Raytheon, Scott Paper, Texaco y Xerox, que, sin embargo, como norma general, lograron resultados por debajo de lo esperado. Mas aún, el proyecto de Dow no fue realizado en dos ocasiones, por miedos a obtener la rentabilidad suficiente de las inversiones millonarias a realizar. Es digno de observar cómo la ausencia de la tutela que la Administración otorga cuando firma un acuerdo voluntario (como pasa, por ejemplo, en Francia o Italia) genera un efecto de desconfianza en el futuro que puede llevar al fracaso de la autorregulación. Cfr. BOYD, J., *Searching for the Profit in Pollution Prevention: Case Studies in the Corporate Evaluation of Environmental Opportunities*, discussion paper 98-30, editorial Resources for the Future, mayo 1.998, págs. 34 a 38.

<sup>685</sup> Vid. MAZUREK, J., *Voluntary Agreements in the United States: An Initial Survey*, *opus cit.*, págs. 23-28. Para una mayor información sobre el programa, véase también KING, A., y LENOX, M., *Industry Self-Regulation Without Sanctions: The Chemical Industry's Responsible Care Program*, de próxima aparición en la Academy of Management Journal.

## b). Los permisos a contaminar negociables y otros acuerdos de Derecho Privado

También entre empresas sometidas a Derecho Privado se celebran contratos comerciales en los que se compra y venden derechos a emitir: es el caso de las “tradeable permits”, o permisos negociables. Las industrias pueden mercadear con ellas siempre dentro del concepto de burbuja. El concepto inicial de “bubble” o burbuja dentro de la que se permitía el comercio de permisos de contaminación ha ido aumentando progresivamente: desde su nacimiento en la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Chevron v. N.R.D.C.*, 467 U.S. 837 (1.984), donde se refería solamente a una única sustancia contaminante dentro de una planta concreta, hasta un concepto más geográfico como el establecido por el programa “Acid Rain Trading” con base en la reforma de la *Clean Air Act* de 1.990, que permite el comercio de permisos de emisión de SO<sub>2</sub> a escala nacional, estableciéndose un techo de 10 millones de toneladas anuales<sup>686</sup>.

Podemos citar también el Programa *SO<sub>2</sub> Emissions Trading* (Comercio de emisiones de SO<sub>2</sub>). Se trata de un programa a desarrollar entre particulares, por lo que no será desarrollado en esta obra. Tiene su origen en el Título IV de los *Clean Air Act Amendments* de 1.990, que regula las emisiones a la atmósfera de SO<sub>2</sub> (bióxido de azufre), principalmente producidas por las industrias eléctricas. Con la intención de obtener unas emisiones en el año 2.010 equivalentes a las de 1.980, la Ley prevé una reducción anual de 10.000.000 de toneladas en las emisiones. Dentro de estos límites, las empresas pueden comprar y vender derechos a emitir, con lo que las más eficientes, además, ganarán dinero, fomentándose así la innovación tecnológica y la mejora ambiental<sup>687</sup>.

Otros acuerdos de Derecho Privado para la protección ambiental son los llamados acuerdos de vecinos (*neighbourhood agreements*), cuyo destino es normalizar las relaciones de convivencia entre empresas y particulares que se encuentran en un mismo punto geográfico (generalmente organizados alrededor de plataformas ciudadanas u ONGs), previamente dañadas por la contaminación provocada por la actividad industrial. Son manifestaciones bien de la llamada *private nuisance* (o molestias oca-

<sup>686</sup> Cfr. ELLIOT, D., y CHARNLEY, G., *Toward Bigger Bubbles, Forum for Applied Research and Public Policy*, invierno 1.998, pág. 50 y KORB, B., *L'Experience des États-Unis en matière d'incitations économiques à l'emploi des échanges des droits d'émission*, en OCDE, *Les instruments économiques des politiques d'environnement en Chine et dans les pays de l'OCDE*, París, 1.997, págs. 109-123.

<sup>687</sup> Para más información sobre el programa. Vid. DAVIES, T., y MAZUREK, J., *Industry Incentives for Environmental Improvement: Evaluation of U.S. Federal Initiatives. A Report to the Global Environmental Management Initiative*, editorial Resources for the Future, septiembre de 1.996, pág. 52 y ss.

sionadas por particulares en el uso y disfrute de la tierra) o de *trespass* (que se da cuando la molestia se dirige contra los derechos de propiedad), que suelen resolverse mediante convenios que, por tanto, estarán sometidos al Derecho Privado (common law) y serán plenamente vinculantes al constituirse como puros contratos<sup>688</sup>.

Ejemplo de esos acuerdos fueron los dos a los que llegaron la compañía Alcoa (*Aluminium Company of America*) y la ONG *Calhoan County Resource Watch*, firmados en agosto de 1.995 y marzo de 1.996<sup>689</sup>.

## 2. Dependiendo de las formas de negociación empleadas

### A. Formas de negociación de los acuerdos ambientales

En prolongación con la clasificación que SEGERSON y MICELI hacen de los acuerdos voluntarios, podemos distinguir tres modos de negociación utilizados por la Administración norteamericana para conseguir mejorar las prestaciones ambientales de las empresas contaminantes:

#### I. LA NEGOCIACIÓN COMO GÉNESIS DE LA NORMATIVA ADMINISTRATIVA, O REGULACIÓN PACCIONADA

Dentro de la regulación paccionada podemos distinguir entre la aprobación de normas elaboradas en común entre la Administración y las empresas o grupos interesados, y la reforma de normas aprobadas unilateralmente, a través de acuerdos

<sup>688</sup> Para una mayor profundización sobre los conceptos de *nuisance*, *trespass* y sobre el Derecho Privado del medio ambiente en general, se aconseja la consulta de la monografía de BERRY, J. F. y DENNISON, M. S., *The Environmental Law and Compliance Book*, McGraw-Hill, 2.000, págs. 15 y ss. y también SCHOENBAUM, T. J., y ROSENBERG, R. H., *Environmental Policy Law*, *The Foundation Press*, Westbury (New York), 1.996, págs.86-149. Más interesantes nos parecen los convenios que se firman en desarrollo del Conservation Reserve Program de la Food Security Act de 1.985: se trata de acuerdos contratos que los granjeros firman con el departamento de Agricultura y por el que toman tierras de alta erosionabilidad para cultivarla durante al menos 10 años. Cfr. CAMPBELL-MOHN, C., *Sustainable Environmental Law. Integrating Natural Resource and Pollution Abatement Law from Resources to Recovery*, West Publishing Co., 1.993, pág. 189, quien los considera contratos y se queja del escaso uso de la institución contractual para la protección del medio ambiente.

<sup>689</sup> Se trataba de acuerdos que tenían por objeto la reducción a cero de los vertidos tóxicos de alúmina y bauxita que estaban contaminando desde los años sesenta la bahía de Lavaca, en el golfo de México, y reduciendo drásticamente la calidad y número de la gamba salvaje americana, de cuya pesca vivía y vive aún hoy la mayor parte de la población de la zona. Vid. LEWIS, S., *Alcoa Aluminium and Calhoun County Resource Watch*, en la obra *Environmental Agreements. The Role and Effect of Environmental Agreements in Environmental Policies*, edited by E.L.N.I. and Cameron May, 1.998, págs. 487-510.

entre la Administración y los grupos de interés que han litigado contra ellas por entender que no integran suficientemente sus intereses.

**a). La negociación entre la Administración y las empresas para aprobar normas realizadas en común o regulación negociada**

El derecho ambiental positivo federal norteamericano se basa en la fuerza legifera del Congreso, que aprueba leyes (*Acts*) que componen el *Statute Law*. Posteriormente son las Agencias (*Agencies*, organismos administrativos burocráticos) y sus oficinas descentralizadas por regiones las encargadas de aplicar la normativa y desarrollarla, básicamente mediante Programas (*Programs*), reglamentos (*Rules*) y pronunciamientos para casos individuales (*Adjudications*). También los Estados pueden aprobar leyes propias (*Statutes*) siempre que la ley federal sea lo suficientemente amplia como para permitir su desarrollo.

El procedimiento ordinario sólo permite que los “reglamentos ejecutivos” de las Agencias sean informados públicamente una vez presentados los proyectos.

Desde finales de 1.970 se venía gestando la posibilidad de mejorar los procedimientos de aprobación de reglamentos administrativos, ya que el procedimiento tradicional de “notice and comment” (de audiencia pública a los interesados) no integraba suficientemente los anhelos de determinados grupos de intereses privados. Dada la lentitud de este procedimiento (muchas veces incompatible con la perentoriedad de la lucha contra los atentados al medio ambiente) y la escasa participación en él de los sujetos portadores de intereses afectables (que desembocaba en una mayor litigiosidad *a posteriori* contra las normas y las decisiones de la Administraciones al aplicarlas), se creó en 1.982 la Conferencia Administrativa de los Estados Unidos<sup>690</sup> (A.C.U.S.) para mejorar el procedimiento administrativo de las Agencias federales.

En 1.982, la Conferencia emanó su recomendación 82-4 (47 Fed. Reg. 30,708 (1.982)), para el fomento de la regulación negociada entre las agencias federales. A raíz de este documento, algunas iniciativas de este tipo fueron llevadas a cabo por varias Agencias<sup>691</sup>.

<sup>690</sup> Por medio de la *Administrative Conference Act*, 5 U.S.C. §§ 571-576 (1.982).

<sup>691</sup> En concreto, la F.A.A. (*Federal Aviation Administration*) desarrolló los tiempos de descanso y trabajo de las tripulaciones de aerolíneas comerciales; la EPA también aprobó sendas normas paccionadas sobre multas por incumplimiento de estándares de emisiones de los vehículos y sobre excepciones de las normativas sobre pesticidas en casos de emergencia; la O.S.H.A. (*Occupational Safety and Health Administration*) intentó negociar los estándares de exposición de los trabajadores a las emanaciones de benceno. Salvo este último caso, los tres anteriores acabaron con pactos parciales para la aprobación de normas. Vid. PERRITT Jr, H. H., *Negotiated Rulemaking Before Federal Agencies: Evaluation of Recommendations by the Administrative Conference of the United States*, en *Georgetown Law Journal*, n.º. 74, 1.986, págs. 1.648-1.683, para conocer en mayor detalle el curso de las negociaciones de las mismas.

Posteriormente, también desde el Congreso se apostó por dar capacidad a la EPA para desarrollar los preceptos legales mediante normas de desarrollo paccionadas. Tal cosa permite la *Negotiated Rulemaking Act* de 1.990 (Ley de regulación negociada), que deja discrecionalmente en manos de las Agencias la posibilidad de recurrir a un desarrollo paccionado de algún precepto legal cuando entendiera que era de interés público hacerlo.

Una vez determinado lo cual, a la Agencia concernía establecer qué intereses deberían ser los incluidos en la normativa a pactar, y quiénes serían los más correctos representantes de los mismos, para con ellos constituir un Comité con el que negociar la norma. A pesar de lo novedoso que un enfoque de este tipo puede parecer desde una perspectiva europea continental, hemos de decir, en aras de la verdad, que la potestad reglamentaria de la Agencia en ningún momento se veía realmente comprometida, pues siempre le cabe a la Administración la posibilidad de retractarse del acuerdo alcanzado y redactar a su modo la norma, modificarla unilateralmente o derogarla si no fuera de su gusto. Asimismo, la norma paccionada está sujeta a la misma revisión judicial que cualquier otra norma aprobada por el procedimiento convencional<sup>692</sup>.

A pesar de que el número de integrantes de las negociaciones suele estar limitado a 25, es normal que soliciten comentarios, a su vez, al resto de miembros integrantes del sector o grupo industrial al que pertenecen, con lo que el espectro de adhesiones cubierto por la norma suele ser muy amplio<sup>693</sup>.

### ***b). Reforma paccionada de la normativa en sede judicial***

Este segundo caso difiere del anterior en el momento en que se entabla la negociación para elaborar la norma. Si en el anterior caso las negociaciones se producían

<sup>692</sup> La posición de la Administración es de fuerza o de superioridad respecto a la parte privada de las negociaciones, que sabe que sin su concurso, la norma será igualmente aprobada, por lo que le conviene participar en su redacción. Vid. CALDART, C. C., y ASHFORD, N. A., *Negotiation as a Means of Developing and Implementing Environmental Policy*, *opus cit.*, págs. 5 a 19, quienes explican tres ejemplos de regulación paccionada en el marco de la Ley de regulación negociada de 1.990: la *Woodstoves Rule*, la *Coke Oven Emissions Rule* y la *Wood Furniture Coatings Rule*. La primera de ellas desarrolla la sección 111 de la *Clean Air Act*, mientras que las otras hace lo propio con la sección 112 de la misma norma. La *Woodstoves Rule* regula los valores de emisión de las estufas y quemadores domésticos de EE.UU., que al combustionar madera desprenden altas dosis de materia orgánica policíclicas. La *Coke Oven Emissions Rule*, de octubre de 1.993, hace lo mismo con las emisiones de sustancias tóxicas emitidas por la combustión de los hornos de coque (que transforman el carbón en coque para después producir acero). La *Wood Furniture Coating Rule*, de diciembre de 1.995, establece los estándares ambientales de los cuatro sectores de la industria del mueble (acabado, pegado, limpiado y lavado). La primera de las órdenes ha tenido mayor aceptación y menor litigiosidad que las otras dos, en las que paradójicamente incluso ha aumentado los pleitos contra la EPA por parte de sectores o grupos excluidos de las negociaciones.

<sup>693</sup> Para facilitar los debates, en las conversaciones suele nombrarse a un "facilitator", que puede o no ser un funcionario de la EPA Cfr. PATTON-HULCE, V. R., *Environment and the Law. A dictionary*, Contemporary Legal Issues, editorial ABC-CLIO, Santa Bárbara (California), 1.995, pág. 218.

antes de la aprobación de la norma, nos referimos aquí a casos en que la norma ya ha sido aprobada de manera normal (lo que supone su redacción por parte de la Administración con la mayor o menor influencia que la audiencia de los grupos de interés haya tenido en ella) pero resulta atacada judicialmente por una empresa o grupo de empresas, ciudadanos u ONGs que consideran que no es correcta, no protege adecuadamente sus intereses o no los ha recogido tal como fueron expuestos en el trámite de audiencia a los interesados. Este tipo de acciones casi siempre termina en acuerdos intra o extraprocesales que, las más veces, incluyen la promesa de la Administración de reformar la normativa.

Estos acuerdos tuvieron su origen antes de la entrada en vigor de la *Negotiated Rulemaking Act*, aunque también siguieron dándose después. La regulación informal (negociada) ha existido siempre de una manera alegal como procedimiento de elaboración de normas administrativas antes de la aprobación de la *Administrative Procedure Act*.

Aprobada esa ley, su art. 553 establece el procedimiento de regulación informal, también llamada de “notice and comment” (o noticia y comentario). Es la forma general de aprobación de reglamentos por parte de las Agencias: la Agencia publica en el Registro Federal una noticia de la norma propuesta. A esto sigue un período de tiempo en que la Agencia recibe comentarios escritos de todo tipo de partes interesadas. Una vez tomados en consideración, la Agencia debe publicar en el Registro Federal la regla final adoptada, con una concisa justificación general de su base y propósito. Antes de su aplicación, la norma final es sometida a una revisión judicial. La regulación informal comienza donde acaba la regulación formal u ordinaria.

Existe también un tipo de regulación que ni siquiera llega a cumplir los requisitos mínimos establecidos en la regulación informal, y que es conocida como “exempt rulemaking”. Se da cuando se trata de normas interpretativas, procedimentales, “policy statements”, y en casos en que la propia Agencia entiende que no hace falta seguir el procedimiento de “notice and comment”. También se exime de este procedimiento a aquellas normas que regulen las funciones militares o en el extranjero de los EE.UU. y de gestión por la Agencia del personal o de la propiedad pública, de préstamos, becas, beneficios o contratos<sup>694</sup>.

<sup>694</sup> Así nos lo recuerdan SCHOENBAUM, T. J., y ROSENBERG, R. H., *Environmental Policy Law*, The Foundation Press, Westbury (New York), 1.996, págs. 156 y 157. Es por ello por lo que los acuerdos voluntarios no tienen que someterse al procedimiento informal de regulación, no requiriendo trámite de audiencia de los ciudadanos afectados. Otra cosa es que el propio acuerdo prevea esta información pública, cosa que suelen hacer.

Por el contrario, a veces los Tribunales han exigido a la Agencia mayores requisitos formales que los requeridos en el procedimiento informal para aprobar una norma administrativa. Tal cosa solía ocurrir en los años 70, pero desde la sentencia de la Corte Suprema en el caso *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 435 U.S. 519 (1.978) la regulación híbrida, como se la conocía, sólo ha quedado reducida a casos excepcionales, impuestos por las leyes federales o por las propias Agencias de manera espontánea.

La denominación de “regulación informal” le viene porque se acaba regulando la materia sin seguir el procedimiento formal, establecido en la *Administrative Procedure Act* en sus arts. 554 y 556-557: en este procedimiento, a la norma final se llega tras un largo proceso cuasijudicial conducido por la Agencia, quien da audiencia y recoge testimonios de partes con intereses contrapuestos a la norma<sup>695</sup>.

Es más, el art. 553 de la *Administrative Procedure Act* deja espacio suficiente para apelar al uso de los llamados *settlement agreements*: sólo exige que se haga publico el proyecto y se llame a audiencia a los grupos que puedan tener intereses en su contenido, que habrán de ser escuchados por la Administración, quien finalmente aprobará la norma agregando una breve declaración sobre su base y propósito.

En efecto, como forma de terminación del procedimiento reglamentario informal se recurre, a veces, a sucesivas negociaciones y encuentros informales con los que intentar llegar a un acuerdo (*settlement agreement*) sobre la norma final. Lo que ocurre es que estos acuerdos no son vinculantes para la Agencia, que en todo momento ostenta la potestad de apartarse del mismo si le parece. Estos *settlement agreements* han sido clasificados por GABA en tres tipos:

- acuerdos-calendario (“Scheduling agreements”), para casos de inactividad regulatoria administrativa, en los que se llega a un acuerdo sobre la fecha y el calendario para que la Administración emane una norma a la que estaba obligada por ley;
- acuerdos procedimentales (“Process agreements”), en los que se fija el procedimiento a seguir por la Administración para aprobar o reformar una norma;

695 Este tipo de procedimiento normativo se da en pocas ocasiones. Es un hecho comprobado por la doctrina económica que el empleo de acuerdos voluntarios en sustitución de la normativa suele ser apoyado principalmente por las empresas e industrias más reticentes a la hora de cumplir los requisitos impuestos por la regulación. Con los convenios, éstas pueden corregir las supuestas ineficiencias de la norma (falta de flexibilidad que recoja apropiadamente sus peculiaridades, sobre todo) pero no las propias ineficiencias de la industria, como sería de recibo para la mejora del medio ambiente. Cfr. PATON, B., *Resources as Capital: Insights on Efficiency Gains from Voluntary Environmental Policies*, CAVA Working Paper nº. 99/10/7, octubre de 1.999, pág. 2.

- y los acuerdos de contenido (o “substantial agreements”), los más importantes, en los que se llega a fijar el contenido completo, la letra, de la norma<sup>696</sup>.

Suelen ser acciones entabladas por grandes empresas, que, por su importancia en el sector regulado actúan como “lobbies” (de hecho, son las únicas que pueden permitirse los altos costes de litigar con asiduidad contra la Administración, aparte de las grandes organizaciones ambientalistas de implantación federal). Se trata de acuerdos no vinculantes: en los acuerdos derivados del litigio se llega a un acuerdo extraprocésal para reformar la regulación atacada, que no es jurídicamente “enforceable” (o ejecutable) por la contraparte ex-demandante.

Tampoco lo son los acuerdos basados en la *Negotiated Rulemaking Act*, ya que la “unmistakeability doctrine” prohíbe al regulador (la Administración ambiental aquí) rendir su poder soberano de regular cómo y cuando quiera, sin que parte privada alguna pueda conformar o vincular forzosamente su decisión<sup>697</sup>.

<sup>696</sup> Cfr. GABA, J. M., *Informal Rulemaking by Settlement Agreement*, en *Georgetown Law Journal*, nº. 73, págs. 1.244-1.249. En el acuerdo se suele añadir como anexo la propuesta específica de reforma de la norma. La Agencia deberá entonces reabrir de nuevo el trámite de audiencia a los interesados hasta aprobar la reforma de la norma. Así, en el asunto *Settlement Agreement, Natural Resources Defense Council, Inc. v. EPA*, Nº.80-1.607 and consol Cases (D.C. Cir. June 7, 1.982), relativo al Sistema Nacional de Eliminación de Descargas, que permitió la reforma de las normativas de la EPA sobre permisos ambientales, donde la reforma aprobada fue sustancialmente la misma acordada, por lo que las partes abandonaron el pleito entablado, como habían prometido. También se han reformado de esta manera programas de la EPA relativos al agua, residuos peligrosos y aire, o, incluso, para avanzar en la regulación de la *Clean Water Act* en lo tocante a limitaciones de los efluentes, o la reforma operada en la *Underground Injection Control Program of the Safe Drinking Water Act* (42 U.S.C. § 300h to 300h-4 (1.982)). También se ha procedido al desarrollo de la *Resource Conservation and Recovery Act* (R.C.R.A.) en varias ocasiones, quizás la más pleiteada y origen del mayor número de *settlement agreements*, incluso hoy.

<sup>697</sup> Una revisión de esta doctrina, que en España podría reconducirse a la potestad reglamentaria y a su intrínseca indisponibilidad, ha sido realizado en una decisión del Tribunal Supremo de los EE.UU., la *United States v. Winstar Corp. et al.* (95-865), 518 U.S. 839 (1.996). Debido a la crisis acaecida en los años ochenta, algunas entidades de Ahorro y Préstamo pasaron dificultades de liquidez porque muchos de los préstamos realizados no fueron reembolsados. Para paliar la situación, el *Federal Home Loan Bank Board* fomentó las fusiones de las compañías en problemas con otras instituciones financieras saneadas. En este caso, tres de ellas demandaron a los Estados Unidos por ruptura contractual, ya que la aprobación del *Financial Institutions Reform, Recovery, and Enforcement Act* de 1.989 (F.I.R.R.E.A.) impuso nuevos requisitos de capital que chocaban con los acuerdos que habían suscrito con el Federal Bank Board bajo la vigencia de la legislación anterior. En esos acuerdos, el Gobierno federal, a través del Bank Board, permitió que el mínimo de capital líquido fuera inferior en sus casos, concediendo cobertura financiera para sus deudas, y favoreciendo además la fusión de esas compañías deficitarias con otras saneadas. Pero aquellas entidades continuaron sin poder cobrar sus préstamos, por lo que los costes del seguro federal fueron subiendo precipitadamente, lo que forzó al Gobierno a aprobar la FIRREA, que eliminaba los incentivos. Dos de las entidades de Ahorro y Préstamo del grupo Winstar fueron liquidadas y extinguidas por sus acreedores, y la tercera se salvó gracias a una fuerte política de recapitalización. El Gobierno se agarró a la doctrina de la “unmistakeability” (o infalibilidad) para justificar la ruptura contractual, pero la Corte Suprema entendió que en este caso ello nada tenía que ver con la reclamación de daños y perjuicios entablada por las tres compañías, a las que accede el Tribunal. A pesar de que la potestad de aprobar reglamentos no puede ser contractualizada, el deber de respetar los contratos o “Contractual Clause” impone una obligación al Gobierno sea cual sea la causa de la ruptura (incluso en el caso de que, como aquí, la causa este en la aprobación de una nueva norma). Cfr. Comentario realizado al efecto por HAZARD, G. C., JR. y ORTS, E. W., *Environmental Contracts in the United States*, *opus cit.*, págs. 19-22.

En los acuerdos de contenido, el demandante se compromete a desistir de la acción civil que han motivado las negociaciones si la Agencia se compromete a aprobar la reforma de la norma con el contenido exacto prometido por la Agencia y asentido por las partes privadas. En caso de que no lo hiciera, la acción inicialmente entablada seguiría su curso si aún persistiera, por lo que la demandante no podría alegar el incumplimiento del compromiso de la Administración (ya que ése no es un contrato, no es oponible a la Agencia) pues iría en contra de su soberanía reguladora, de la integridad de su potestad reglamentaria. Seguiría alegando, por tanto, que la norma reglamentaria no ha integrado suficientemente sus intereses o que es ilegal por cualquier otro motivo.

## II. LA NEGOCIACIÓN EN LA QUE LA ADMINISTRACIÓN FIJA CON UNA EMPRESA CONCRETA EL *TEMPO* Y LA EXTENSIÓN DE LOS OBJETIVOS AMBIENTALES PREVIAMENTE REGULADOS

Suelen ser negociaciones que conducen a acuerdos basados en incentivos para las empresas participantes, quienes cumplen con las normas ambientales pero desean que, por medio de acuerdos concretos, la Administración les haga un “traje a medida” para aumentar la eficiencia de su producción y mejorar sus datos de impacto ambiental en el entorno de sus fábricas. Como ejemplo de esta política podemos citar el Programa XL, ya comentado.

A caballo entre este tipo de negociación y el primeramente explicado en I.a) se encuentra el Programa C.S.I., de 1.994, (*Common Sense Initiative*), que implica la redacción de una proposición o recomendación a la EPA para que regule un sector específico (de los seis invitados al programa), y, al igual que el Programa XL, se basa en la negociación para conseguirlo.

## III. LA NEGOCIACIÓN PARA HACER CUMPLIR A UNA EMPRESA LA NORMATIVA AMBIENTAL QUE HA VULNERADO

Consiste en forzar a que la empresa que ha incumplido los estándares ambientales exigidos en la normativa a llegar un acuerdo para ejecutar la sanción aplicable. En estos casos la Administración sabe que está revestida de un plus de autoridad o fuerza, dado que puede ejercitar legítimamente su potestad sancionadora, y la aprovecha para negociar con la empresa para que, a cambio de una reducción en la pena

a imponer (monetaria, las más veces), ésta se comprometa a aplicar un programa de prevención ambiental para evitar la situación en el futuro.

Este tipo de negociación-presión está teniendo una amplia aceptación en la EPA por los logros alcanzados. Se asemeja a la regulación paccionada en que en ambas la Administración esconde una amenaza para la parte privada del acuerdo en caso de que ésta no se avenga a negociar o incumpla los objetivos de las negociaciones: allí se aprobaba la norma de manera unilateral y aquí se sanciona a la empresa “díscola” con todo el rigor de la norma. El Programa SEP, ya comentado es paradigmático.

Los tres tipos de negociación comentados pueden acarrear costes indeseados para el interés público de protección del medio ambiente. Es lo que la doctrina económica, paladinamente Coase, ha llamado como *transaction costs* (*costes de transacción o transaccionales*)<sup>698</sup>: para conseguir un acuerdo, la Administración oferta y regatea como si fuera un particular, lo que implica ceder parcelas de interés público en beneficio de una empresa o sector. Lo deseable es que esos inevitables costes de transacción pueden ser devueltos a la sociedad por los beneficios ambientales que la negociación de un acuerdo voluntario supone como renuncia temporal o excepcional<sup>699</sup>.

## B. Tipología de los acuerdos con relación al modelo de negociación empleado

### 1. Los acuerdos basados en la “amenaza” administrativa

Usamos el término “amenaza” por su expresividad, y lo ponemos entre comillas por ser la traducción literal del inglés “threat”. quede claro, sin embargo, que por su escaso contenido jurídico bien podríamos sustituir la expresión por la locución “acuerdos basados en el ejercicio de una potestad administrativa”.

<sup>698</sup> O costes derivados de la negociación, que existen para todas las partes implicadas: tanto para las empresas –que deben ceder parte de sus intereses particulares para llegar a un acuerdo que, en general o por otras vías les satisfice– como para la Administración –quien cederá en parte de los intereses generales que defiende porque entiende que les serán cumplidamente devueltos en forma de réditos ambientales mayores o diversos. Ambas deben ceder para llegar a un consenso.

<sup>699</sup> Para STAVINS, R. N., *Environmental Protection: Visions of Governance for the Twenty-First century*, JFK School of Government, Harvard University and Resources for the Future, 23 de junio de 1.998, págs. 2-5, sería necesario realizar un estudio previo de las normas ambientales desde una perspectiva coste-beneficios, ya que toda medida de política implica la existencia de ganadores y perdedores. En su opinión se hace obligatorio establecer qué grado de seguridad ambiental o de desarrollo económico se desea mantener con carácter general. Sus deseos se vieron cumplidos con la aprobación de la *Small Business Regulatory Reform Act* de 1.996, que permite al Congreso aprobar legislación que derogue o anule la regulación que no pase un balance del tipo costes-beneficios. La nulidad es luego sometida a veto del Presidente, como cualquier acto del Parlamento.

Muchos convenios ambientales se han firmado gracias a las “amenazas” que las Administraciones dirigen a las empresas y que se cumplirían, generalmente, en el caso de que no llegaran a firmar el acuerdo<sup>700</sup>. La amenaza suele ser de tipo normativo (la Administración atemoriza a la empresa o sector con la aprobación de una normativa nueva en la materia –caso de que no existiera– o de una normativa más estricta –cuando existía previamente– si no se avienen a firmar un acuerdo) o bien de tipo sancionador (*enforcement actions*): la Administración amenaza con sanciones administrativas o con acciones judiciales por la vía contenciosa o penal si no se llega a un acuerdo voluntario, dado que conoce que la empresa no cumple con la normativa ambiental en un extremo determinado. Este tipo de acuerdos consiste en lo que ASHFORD y CALDART llaman “negotiated compliance” (o acatamiento negociado de potestades), para diferenciarlos de aquellos otros basados en incentivos, o de “negotiated implementation” (o aplicación negociada de estándares preestablecidos), que veremos más abajo<sup>701</sup>.

En estos acuerdos basados en la amenaza administrativa se sigue hablando de acuerdos voluntarios (a pesar de que la amenaza puede condicionar la voluntad de la empresa) porque siempre le cabe a ésta una renuncia o no aceptación del acuerdo. En ambos tipos de amenaza, la empresa puede realizar un balance coste-beneficios que le indique si puede o no resultar más oneroso el cumplimiento de la amenaza en relación con el gasto que le supondrá la suscripción del acuerdo con la Administración ambiental<sup>702</sup>.

Este género de acuerdos-amenaza se centra en la exigencia, por parte de la Administración, de determinados niveles de contaminación máximos para la empresa (esto es, requieren al actor privado un determinado estándar en el cumplimiento de su actividad empresarial). Por el contrario, no se dan estos acuerdos cuando un sector industrial y la Administración negocian una normativa en común, porque se entiende que la colaboración de los sectores concernidos por una norma es siempre deseada por éstos.

\*\*\*\*\*

<sup>700</sup> En EE.UU. parecen decantarse a favor de su uso DOWD, J., y BOYD, G., *A Typology of Voluntary Agreements Used in Energy and Environmental Policy*, Working paper del United States Department of Energy (Office of Policy and International Affairs), enero de 1.998, pág. 14.

<sup>701</sup> Cfr. ASHFORD, N. A., y CALDART, C. C., *Negotiated Environmental and Occupational Health & Safety Agreements in the United States: Lessons for Policy*, *opus cit.*, págs. 34-37. A diferencia de la EPA, la O.S.H.A. no ha sabido sacar partido de esta amenaza para fomentar una mayor adhesión –ya de por sí vasta– a sus programas de salud y seguridad laboral.

<sup>702</sup> El 9% de las empresas sometidas a ejecución forzosa de sus sanciones ambientales ha preferido llegar a un acuerdo con la EPA Vid. CALDART, C. C., y ASHFORD, N. A., *Negotiation as a Means of Developing and Implementing Environmental Policy*, *opus cit.*, pág. 26.

La prevención de la contaminación es el principal objetivo de estos acuerdos. En junio de 1.989 la *Office of Enforcement* de la EPA (algo así como la Oficina de Ejecución Forzosa) aprobó el Plan de Acción para la Prevención de la Contaminación (*Pollution Prevention Action Plan*), que establecía la estrategia de la Agencia para la prevención de las emisiones de las industrias.

Para ello, la Agencia ambiental desarrolló el proyecto mediante dos declaraciones:

1. La *Policy on the Use of Supplemental Environmental Projects (SEPs) in Enforcement Settlements*, de 1.991 (Política de uso de proyectos ambientales complementarios en el marco de convenios de ejecución forzosa): estos proyectos se negocian entre las empresas y la EPA para reducir las multas derivadas del incumplimiento de normas ambientales a cambio de la ejecución de un proyecto ambiental complementario (SEP)<sup>703</sup>.

2. La *Interim EPA Policy on the Inclusion of Pollution Prevention and Recycling Provisions in Enforcement Settlements*, también de 1.991, (Política temporal de la EPA para la inclusión de la prevención de la contaminación y de las provisiones de reciclaje en los convenios de ejecución forzosa): establece las líneas directrices para la inclusión de la prevención de la contaminación en los acuerdos de ejecución forzosa de sanciones administrativas por vulneración de la normativa ambiental. Gracias a esta normativa, la Agencia puede negociar la ejecución de las sanciones ambientales mediante el establecimiento de programas de prevención ambiental para la empresa implicada<sup>704</sup>.

Gracias a ambas políticas, las empresas citadas por la Administración por haber incurrido en sanciones administrativas llegaron a acuerdos extrajudiciales sobre el modo de cumplir sus obligaciones ambientales. Las violaciones en las que solían incurrir las empresas participantes en el programa eran las de incumplir sus obligaciones de información de los valores de sus emisiones, ir contra la normativa de

<sup>703</sup> Hay siete categorías de S.E.P.: de prevención de la contaminación, de salud pública, de reducción de la contaminación, de restauración de los daños ambientales, de auditoría ambiental, de concienciación ciudadana y de preparación y planeamiento de emergencia. En 1.992 la EPA negoció 222 de SEPs, la gran mayoría versando sobre prevención de la contaminación. (que suele ser la característica objetiva de los acuerdos voluntarios). Cfr. ASHFORD, N. A., *The Influence of information-based initiatives and Negotiated Environmental Agreements on Technological Change*, en la obra colectiva *Voluntary Approaches in Environmental Policy*, editada por CARRARO, C., y LÉVÉQUE, F., Fondazione Eni Enrico Mattei y Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1.999, pág. 147.

<sup>704</sup> Un ejemplo de este tipo de acuerdos fue el que se produjo en noviembre de 1.999 entre la EPA-Región 5, con sede en Chicago, y la compañía refinadora de petróleo Amoco: los técnicos de la Agencia la detectaron emitiendo benceno, metanol, metil-bromo y xileno, gases todos ellos peligrosos para la salud humana, en una clara contravención de la *Clean Air Act*. Tras las negociaciones oportunas, se llegó al consenso de que Amoco debía pagar la cantidad de 163.516 dólares como multa. Cfr. <http://epa.gov/region5/news99/> (página consultada el 12/08/2.000).

aguas o del aire, etc. Además, gracias a estos acuerdos basados en amenazas administrativas se ha fomentado el uso de BAT (*Best Available Technology*) y BAP (*Best Available Practice*)<sup>705</sup>.

Los acuerdos a los que se llega son del tipo *settlement agreements*, y sólo son vinculantes en la medida en que pueden ser ejecutados por ambas partes: directamente por la Administración, como corresponde a su potestad ejecutiva, e indirectamente mediante el acceso a la justicia, por la parte privada.

## 2. Los acuerdos basados en incentivos

A pesar de la existencia de programas destinados a la celebración de acuerdos basados en la conminación por parte de la Administración a llegar a un acuerdo a cambio de no promulgar una determinada regulación, la mayoría de los acuerdos voluntarios estadounidenses prefieren incitar a las empresas a colaborar con la tarea de mejorar la gestión ambiental por medio de medidas de fomento: subvenciones, reducciones fiscales, préstamos a bajo interés, etc.

Como ya hemos advertido arriba, en EE.UU. apenas existen convenios ambientales vinculantes (los que STOREY, BOYD y DOWD llaman *target-based VAs*<sup>706</sup>), sino que suelen constituir meras declaraciones de intenciones, códigos de conducta o compromisos morales sostenidos por una, eso sí, eficiente publicidad institucional.

Los acuerdos basados en incentivos son quizás los acuerdos voluntarios por excelencia, ya que al desaparecer cualquier atisbo de poder constrictivo, la voluntad de la parte privada de convenir o no es mayor. Tanto es así que se suele hablar de “incentive-based instruments” para referirse a los acuerdos voluntarios en general, tomando la parte por el todo, en un ejercicio de generalización que no es del todo correcto.

<sup>705</sup> Con lo que se crean las bases para un autocontrol de la contaminación por parte de la propia empresa, como destaca ASHFORD, N. A., *The Influence of information-based initiatives and Negotiated Environmental Agreements on Technological Change*, en la obra colectiva *Voluntary Approaches in Environmental Policy*, editada por CARRARO, C., y LÉVÉQUE, F., Fondazione Eni Enrico Mattei y Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1.999, pág. 148. Y no sólo eso, sino que las industrias lo hacen convencidas, y tras la adopción del acuerdo se mostraban contentas por haber tenido la oportunidad de aplicar una política de prevención en lugar de las sanciones a las que estaban abocadas si la Administración no las hubiera estimulado a convenir.

<sup>706</sup> Son acuerdos que comprenden la consecución de claros objetivos ambientales, jurídicamente vinculantes cual si de contratos se tratara y que, en su opinión, suelen estar ligados a fuertes amenazas normativas, como los que se practican –exitosamente por cierto– en Holanda. Vid. STOREY, M., BOYD, G. y DOWD, J., *Voluntary Agreements with Industry*, en la obra colectiva *Voluntary Approaches in Environmental Policy*, editada por CARRARO, C., y LÉVÉQUE, F., Fondazione Eni Enrico Mattei y Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1.999, pág. 205.

El enfoque de una aproximación a los administrados incluida dentro de la actividad de fomento se inició ya en la era de George Bush padre. En 1.990 se aprobó la *Pollution Prevention Act*, ley absolutamente carente de contenido coercitivo, que dejaba a la EPA plena libertad para hacer de la política de prevención, reducción de la contaminación preferentemente en la fuente –cuando fuera posible– y reciclaje y tratamiento de residuos –cuando no lo fuera– la política nacional en materia de protección del medio ambiente.

A partir de ahí se han ido sucediendo iniciativas de tipo voluntario, a veces de tipo autorregulativo por las propias industrias, como fue el caso de la C.E.R.E.S. (“Coalition for Environmental Responsible Economies”)<sup>707</sup>, a veces con programas patrocinados desde la propia Administración<sup>708</sup>.

Podemos citar cinco casos prototípicos de programas que usan los incentivos para llegar a acuerdos con las empresas, a los que debemos unir las iniciativas y programas para reducir el cambio climático (que trataremos más adelante y basadas igualmente en técnicas de fomento administrativo):

a). **El Programa VAIP**, que está encaminado a implicar a la industria del aluminio a reducir sus emisiones de PFCs (perfluorocarburosas) a la atmósfera. El Programa tiene dos fases, la primera de las cuales consiste en la negociación del acuerdo voluntario (gracias a la concesión de ayudas y permisos administrativos simplificados) y la segunda, en una monitorización y seguimiento de los mismos. El objetivo a conseguir es de un 45% en las reducciones nacionales de este tipo en 2.000, si bien los porcentajes se negocian por plantas o empresas una a una. El programa ha sido seguido por 12 de las 13 mayores empresas dedicadas a la fundición de aluminio de EE.UU.

<sup>707</sup> Especie de consorcio integrado por industrias que se autoimpusieron los llamados “principios Valdez” (derivados del famoso caso de la Exxon Valdez) como pauta para producir y dirigir sus negocios evitando la contaminación ambiental antes de que ésta se produzca. Los diez principios de este decálogo son: protección de la biosfera, uso sostenible de los recursos naturales, reducción y tratamiento de los residuos, conservación de la energía, reducción de riesgos, utilización de productos y servicios seguros, restauración de los daños ambientales, información al público, compromiso de gestión y realización de informes y auditorías. Cfr. LEWIS, S., *Voluntary Agreements for Environmental Protection*, en la obra colectiva DEIMANN, S. y DYSSL, B., (editores), *Environmental Rights. Law, Litigation & Access to Justice*, Cameron May, Londres, 1.995, págs. 282-283 y 292. De todas formas, como advierte este autor, los *sponsors* que promueven la adopción de estos principios han suavizado su originaria mayor dureza y exigencia, con la intención de hacer que los siguieran algunas grandes compañías como Sun o General Motors. Y es que, contrariamente a las críticas que esta práctica se ha granjeado desde una óptica normativista, la absoluta voluntariedad de estos principios los hace también flexibles para las compañías que dicen comprometerse con ellos, prefiriéndose así cualquier pequeño avance ambiental a cualquier otro legalismo.

<sup>708</sup> Como fue el caso del conocido programa *Star*, que data de 1.982, precursor de los programas voluntarios de la EPA, por el que la O.S.H.A. (*Occupational Safety and Healthy Administration*) ofrece ayudas y asesoramiento para las empresas que demostraran una ejemplar protección del trabajador.

b). El Programa *Water for Voluntary Efficiency* (W.A.V.E., esto es, el Programa voluntario para la Eficiencia en el empleo del Agua): que trata de fomentar el ahorro en el consumo de agua. En su primera fase se ha centrado en el sector hotelero, uno de los grandes consumidores de agua en los EE.UU. Los cinco primeros participantes han sido las cadenas Hyatt, Sheraton, Outrigger, Saunders y Westin, que representan un total de 432 establecimientos y 166.000 habitaciones. El programa está también dirigido a empresas suministradoras de agua y de equipamientos sanitarios<sup>709</sup>.

c). El Programa *Pest Smart* –o Programa de Uso inteligente de Pesticidas– (o *Pesticide Environmental Stewardship Program*), iniciado el 12 de diciembre de 1.994 por la EPA, el Departamento de Agricultura y la Administración de Alimentos y Medicinas, quienes llegaron a una colaboración con seis grandes grupos agrícolas, y 17 grandes fábricas para reducir el impacto ambiental de los pesticidas.

d). El Programa *Environmental Technology Initiative* (E.T.I., o Programa de Iniciativa Tecnológica Ambiental), destinado a mejorar la tecnología empleada para extender el uso de la tecnología anti-contaminación y su fomento en general, dirigido principalmente a las PYMEs (especialmente a aquéllas cuyo objeto era el acabado y realización de productos en metal). Está unido al programa “Common Sense Initiative” en la medida en que va también enfocado a los seis sectores industriales que éste cubre. En 1.996 recibió un apoyo de 126 millones de dólares por parte de la Administración Clinton.

e). Los Acuerdos voluntarios de conservación de especies candidatas a ser declaradas en peligro de extinción o amenazadas (C.C.A.): se trata de acuerdos que aún no forman parte del “Statute law” (derecho positivo legal federal), ya que todavía se contemplan como uno de los contenidos de la posible reforma de la *Endangered Species Act* (E.S.A.) de 1.973. Gracias a estos acuerdos, los propietarios de tierras en las que existan posibilidades de que habite alguna especie que pudiera ser candidata a ser declarada en peligro de extinción (*endangered*) o amenazada (*threatened*) podrían firmar un acuerdo voluntario con el Gobierno o el Estado en concreto, por el que negociar las medidas a adoptar para conservar el hábitat de una especie concreta. A cambio, el Gobierno ofrece garantías de que no va a exigir

709 Últimamente se ha expandido también a colegios, Universidades, hospitales, restaurantes, oficinas y viviendas. Cfr. McCARTHY, J. E., *Voluntary Programs to Reduce Pollution*, Congressional Research Service, Report for Congress, 13 de julio de 1.995, pág. 12.

mayores gravámenes de conservación en el futuro, aunque se detecte la especie en cuestión<sup>710</sup>.

Las posibilidades de reforma de la E.S.A. son abundantes con la actual mayoría republicana en el Congreso. A ello se añade que los resultados de la aplicación de la ley han dejado mucho que desear y que el partido republicano abandera las quejas de los propietarios de tierra<sup>711</sup>, quienes ven cómo se coarta su derecho de propiedad constantemente sin recibir contraprestación alguna a cambio<sup>712</sup>.

Pero ante la cada vez mayor evidencia de vacío legal para la firma de acuerdos, y ante la amenaza de desaparición de una especie candidata a ser listada por la EPA, el propio Estado de California, por ejemplo, tuvo que adoptar un programa voluntario, llamado *Natural Communities Conservation Planning Program* (N.C.C.P.), en abril de 1.991, para proteger al “gnatcatcher” (especie de pájaro insectívoro) y a tres de sus especies más amenazadas. Se pretendía que los propietarios cedieran alguna cantidad de su suelo para uso de conservación de las especies, a cambio de que en el resto se permitiera la construcción. Mas tarde se firmaron otros acuerdos voluntarios en el seno de ese programa para impedir que se construyera en el plazo de 18 meses, para así conceder un respiro a la fauna amenazada. Los resultados del Programa han sido valorados positivamente<sup>713</sup>.

Igualmente, en espera de esta reforma legal, la propia EPA, reacia, no tuvo más remedio que plantearse un cambio de política en la aplicación de la propia Ley. Por ello, el “Fish and Wildlife Service” (F.W.S.) y el “National Marine Fisheries Service” (N.M.F.S.) aprobaron en 1.994 tres medidas de reforma de la E.S.A., una de las cuales recupera la política de los llamados “Candidate Conservative Agreements”

<sup>710</sup> Nótese la importancia que para el Derecho Administrativo tiene el hecho de que el Gobierno se comprometa a no ejercer las potestades de conservación que la propia ley establece. Aquí, sin embargo, no se va en contra del *rule of law* ya que, de aprobarse la reforma, sería la propia ley la que permitiera tal cosa. El beneficio que extrae el interés público es que al tomarse la iniciativa por parte del propietario de la finca, las medidas son más rápidas y eficaces. El tiempo es un factor esencial en la protección de especies amenazadas por razones obvias. De todas formas, en opinión de FRANK, A. G., *Reforming the Endangered Species Act: Voluntary Conservation Agreements, Government Compensation and Incentives for Private Action*, Columbia Journal of Environmental Law, Vol. 22, no. 1, 1.997, pág. 167, es escasa la contraprestación ofrecida a los particulares, quienes pueden sucumbir a las tentaciones del mercado para vender la propiedad o especular con ella en caso de que existan perspectivas de urbanización. A fecha de hoy la reforma sigue sin producirse. La *Endangered Species Act Task Force*, bajo la dirección de los Gobernadores Mike Leavitt, John Kitzhaber, and Marc Racicot, continúa realizando esfuerzos para reformar la E.S.A.

<sup>711</sup> Con uno de esos ampulosos nombres a los que los estadounidenses nos tienen acostumbrados (el famoso “Contract with America”) se designa el programa político de este partido, en el que se insiste en la desregulación ambiental para permitir mayor libertad a empresas y propietarios.

<sup>712</sup> El número de especies clasificadas no deja de aumentar, y, sin embargo, son poquitos los casos de especies desclasificadas.

<sup>713</sup> Así opina HOUCK, O. A., *On the Law of Biodiversity and Ecosystem Management*, Minnesota Law Review, n.º. 81, 1.997, págs. 962-966.

(C.C.A.s.), o acuerdos voluntarios para la conservación de especies candidatas a ser declaradas en peligro de extinción o amenazadas<sup>714</sup>.

Es en este programa administrativo donde se regula actualmente el uso de los C.C.A.s, que se ha intentado encajar en la legalidad de la E.S.A.

Dos son las principales novedades de este nuevo programa respecto al de 1.983: la primera es que ahora se dan garantías a los propietarios que deseen firmar un acuerdo de que no se volverán a tomar más medidas en su propiedad en aras de la protección de la especie a proteger. La otra es que se ha creado un permiso de “mejora de la supervivencia” (“enhancement of survival permit”) que otorga al propietario más contraprestaciones por llegar al acuerdo: básicamente, la facultad de realizar actividades económicas que puedan implicar cambios o alteraciones menores del hábitat, a cambio de la realización de serias medidas de conservación.

Estas prescripciones a favor de los C.C.A.s fueron también introducidas en el Proyecto de reforma presentado por el congresista WAYNE T. GILCHREST en el 104º Congreso de los EE.UU, donde se introdujeron las propuestas demócratas y de los grupos ambientalistas a favor de estos acuerdos, y donde por primera vez se postulan como posibles candidatos a entrar en la E.S.A.<sup>715</sup>.

Como siempre, lo importante es encontrar el equilibrio adecuado en el precio a pagar por la Administración al propietario por las restricciones impuestas a su propiedad. Parece lógico pensar que un gravamen de este tipo reduciría de golpe el valor de su terreno a corto plazo. Por ello, una cantidad escasa reducirá el número de acuerdos a firmar, y favorecería la venta de tierras. Una cantidad excesiva puede crear un efecto de especulación que en poco ayudaría a la conservación de las especies<sup>716</sup>. Una cantidad adecuada, tras una justa negociación, motivaría al propietario y le compensaría del lucro cesante.

<sup>714</sup> Los C.C.A.s ya venían siendo planteados desde 1.983. Entonces se les llamaba “Memoranda of Understanding”, en el memorándum del Director regional del F.W.S. a los gestores de área. Posteriormente, en 1.997, la F.W.S. ha elaborado un programa administrativo sobre C.C.A.s aún no aprobado, conocido como “Candidate Species Guidance”, con la intención de servir de base a la propia reforma legal de la E.S.A. y a la vez, reinterpretativo de los C.C.A.s del programa de 1.983.

<sup>715</sup> En esta iniciativa (H.B. 2374, 104<sup>th</sup> Cong., 1 st. Sess (1.995)) se han refrendado las posturas del partido demócrata y de los grupos ambientalistas. Las republicanas, sin embargo, desfavorables al uso de los acuerdos sin contraprestaciones y a cualquier imposición sobre la propiedad en general, se han positivado en el proyecto 2275 (H.R. 2275, 104 th Cong., 1st Sess (1.995)) que, en opinión de RUHL, J. B. *Section 7(a)(1) of the “New” Endangered Species Act: Rediscovering and redefining the untapped Power of Federal Agencies’ Duty to Conserve Species*, en *Northwester School of Law of Lewis & Clark College*, nº. 25, 1.995, pág. 1.156-1.158, se trata de la reforma que más posibilidades tiene de aprobarse debido a la mayoría republicana del Congreso.

<sup>716</sup> Hay autores que plantean una reforma de la E.S.A. para que se pague al propietario por su labor futura, en lugar de concederle indemnizaciones a posteriori. Con ello se trataría de implicarles más en la conservación de las especies como auténticos gestores de la biodiversidad. Vid, FARRIER, D., *Conserving Biodiversity on Private Land: Incentives for Management or Compensation for Lost Expectations?*, en *Harvard Environmental Law Review*, nº. 19, 1.995, págs. 373-390.

Otra dificultad con la que se encuentran estos acuerdos es que se duda de su legalidad a la luz de la E.S.A. Es bueno que se proteja a las especies aún no clasificadas, pero lo que no puede suceder es que se usen los acuerdos como sustitutivos de la obligación de las Agencias de seguir tramitando el expediente de la especie candidata<sup>717</sup>. El hecho de que exista un acuerdo con varios propietarios para la protección de la especie X no debe hacer que la Agencia se relaje en su obligación de clasificar la especie si fuera necesario<sup>718</sup>.

En general, el otorgamiento de contraprestaciones por parte de la EPA a las empresas participantes en los acuerdos firmados ha sido una materia siempre contradictoria. Y ello porque no siempre esos incentivos se han movido en el margen de la legalidad, yendo más allá de su autoridad y rozando (cuando no arañando claramente) la integridad del principio de separación de poderes. En efecto, la relajación de la persecución de las infracciones administrativas ambientales o el excepcionamiento de algunos preceptos legales han sido muy discutidos.

Para hablar con total naturalidad de estas ayudas de la Administración quizás habría que reconducir la relación existente entre el Congreso y la EPA, haciéndola más flexible, reduciendo el control y las limitaciones que aquél impone a ésta. Por ejemplo, dictando leyes que establezcan los objetivos a conseguir pero que deleguen en la Administración la regulación de los medios para hacerlo<sup>719</sup>.

<sup>717</sup> Han sido muchos los casos de este mal uso de los C.C.A. Como botón de muestra, el del salmón del Pacífico, cuya población se estaba viendo diezmada por millones debido a las obras de infraestructura hidroeléctrica en el curso de los ríos de desove. La especie de salmón Chinook, en particular, del río Sacramento, en California, no fue declarada ni siquiera como amenazada a pesar de estar en claro en peligro de extinción. En su lugar, el N.M.F.S. declinó la responsabilidad en las Agencias suministradoras del agua y sus usuarios. Sólo tras las correspondientes acciones legales, cuando la especie estaba a punto de desaparecer llegó la catalogación como especie amenazada y posteriormente como en peligro de extinción. Para más detalles del caso, Vid. HOUCK, O. A., *The endangered Species Act and Its Implementation by the U.S. Departments of Interior and Commerce*, en University of Colorado Law Review, n.º. 64, 1.993, págs. 287 y 288.

<sup>718</sup> Los problemas de legalidad se atribuyen no a los acuerdos sino a la mala gestión de las Agencias, que hace dejación de sus obligaciones legales de protección de las especies cuando firma un acuerdo de protección de una especie. Pero las ONGs y los ciudadanos han recurrido sistemáticamente la mayoría de los C.C.A.s suscritos, por entender que la Agencia lo hacía con intención de inhibirse de esas obligaciones. Como expone ORTIZ, F., *Candidate Conservation Agreements as a Devolutionary response to Extinction*, en Georgia Law Review Association, n.º. 33, 1.999, págs. 447-448 y 513, la autoridad de las Agencias para firmar estos acuerdos es vaga pero existente en la E.S.A., tanto más desde el momento en que los propios Estados, que tienen competencias para proteger la biodiversidad en su territorio, la extiende a los acuerdos firmados con sus administrados, cuando es parte en los mismos.

<sup>719</sup> Así, WILKINS, T. A., y HUNT, T. E., *Agency Discretion and Avances in regulatory Theory: Flexible Agency Approaches Toward the regulated Community as a Model for the Congress-Agency Relationship*, en George Washington Law Review, n.º. 63, 1.995, págs. 525 a 538, alberga la teoría de conferir una mayor autonomía de actuación a la EPA respecto del Congreso en la definición de las políticas ambientales. Considera con muy buena lógica que no es razonable mantener el sistema de control y dirección que el Congreso actualmente ejerce sobre la EPA cuando ésta ya ha dejado de ejercer ese tipo de control sobre las industrias y el resto de administrados, apostando por un enfoque más negociado. El límite, claro está, sería el principio de separación de poderes.

### a). Acuerdos que dan noticia a las autoridades públicas de los valores o datos ambientales de las empresas

Los acuerdos de monitorización y seguimiento (*monitoring and reporting VAs*) son una especialidad propia de los EE.UU., a pesar de que también la gran mayoría de los acuerdos ambientales firmados en Europa incluye, como parte integrante, sistemas de control del cumplimiento de los compromisos previamente alcanzados.

Lo novedoso en EE.UU. es que esta faceta puede convertirse en el objeto exclusivo de acuerdos ambientales autónomos. Así, por ejemplo, la *Energy Policy Act* de 1.992 (Ley de política energética) establece un mecanismo para que las industrias que estén consiguiendo avances en la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero (lo que implica muchas veces también una reducción en el volumen de energía consumida) informen voluntariamente de los mismos por medio del Programa 1605b de Información Voluntaria (*1605b Voluntary Reporting Programme*)<sup>720</sup>.

### C. Iniciativas voluntarias en materia de cambio climático

Las consecuencias de la Cumbre de Kyoto de 1.997 se dejaron sentir pronto en la política norteamericana. La Administración ambiental del presidente Clinton, sin duda bajo la influencia de su vicepresidente Al Gore, conocido ambientalista<sup>721</sup>, aprobó en 1.993 el Plan de Acción para el Cambio Climático (*Climate Change Action Plan*), que permite la adopción de acuerdos voluntarios para la aplicación de la *Polution Prevention Act* de 1.990. La aspiración primordial del Programa era reducir el volumen de emisiones de gases de efecto invernadero de la industria de los EE.UU. para el año 2.000 a los valores del año 1.990.

Veamos ahora otras iniciativas tomadas al respecto, todas ellas relacionadas con la reducción del consumo energético y de la contaminación de él derivada:

<sup>720</sup> Este programa es un instrumento para el control de las emisiones y no requiere la firma de acuerdos voluntarios al respecto, aunque pueden suscribirse si la compañía lo desea como un mecanismo de compromiso ante la sociedad. Cfr. Vid. STOREY, M., BOYD, G., y DOWD, J., *Voluntary Agreements with Industry*, en la obra colectiva *Voluntary Approaches in Environmental Policy*, editada por CARRARO, C., y LÉV QUE, F., Fondazione Eni Enrico Mattei y Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1.999, pág. 197.

<sup>721</sup> Y autor del famoso *A Report to President Clinton: The Best Kept Secrets in Government*, de 1.996, donde se recogían muchas de las ideas que los propios integrantes de la Administración habían ido alumbrando para mejorar sus funciones.

a). El Programa *Green Lights* (Luces “verdes”): programa voluntario de la EPA (iniciado en enero de 1.991) que anima a las empresas a ahorrar en la energía usada en sus sistemas de iluminación para edificios comerciales o industriales. Teniendo en cuenta que la iluminación supone un gasto del 20 ó 25% de la electricidad consumida en los EE.UU., la importancia de la iniciativa se comprende fácilmente.

Cada compañía participante debe firmar un documento llamado Memorándum de Entendimiento (*Memorandum of Understanding*) con la EPA por el que se comprometen a mejorar sus instalaciones lumínicas en cinco años, de manera que les suponga un ahorro de energía de como mínimo un 20%. El Programa, además, tiene la intención de poner en contacto a los participantes en el mismo, a las compañías dedicadas a la fabricación de bombillas y aparatos de iluminación y a las empresas eléctricas. La Agencia otorga apoyo técnico, formación, software y reconocimiento público a las empresas, corporaciones, Estados, condados, ciudades y organizaciones que se acojan al programa.

Se ha estimado que sólo con que este programa fuera adoptado por todos los Ayuntamientos del país se reduciría la contaminación atmosférica global de los EE.UU. en un 7 u 8%, ya que bajarían los niveles de óxidos de nitrógeno, dióxido de carbono y dióxidos de azufre<sup>722</sup>. Si se aplicara a buen ritmo, ahorraría unos 18.6 billones de dólares anuales.

b). El Programa *Climate Wise*: patrocinado por la EPA y el D.O.E. (Departamento de Energía), que otorga ayudas económicas, soporte técnico y apoyo financiero para que las industrias que se adhieran al programa intenten reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero. Para ello las empresas tienen que apostar por el uso de combustibles de bajo contenido en carbonos, uso de energía renovable, sustitución de materias primas, préstamo de vehículos a sus empleados, etc.

c). El Programa *Waste Wise*: lanzado en julio de 1.994, encaminado a provocar una reducción de los residuos sólidos producidos por grandes compañías, que se comprometen a tomar, al menos, tres medidas para prevenir la generación de estos residuos (las que quieran), además de aumentar la cantidad de materiales reciclables recogidos y consumidos. El programa prevé también un sistema de endoso para las asociaciones comerciales que acuerden fomentar el programa entre sus miembros.

\*\*\*\*\*

<sup>722</sup> Vid. RASMUSSEN, D. A., *Enforcement in the U.S. Environmental Protection Agency: Balancing the Carrot and the Sticks*, en el Simposio sobre Integrated Pollution Control, Northwestern School of Law of Lewis & Clark College, nº. 22, 1.992, págs. 342 y 343. Para este autor, la política de los últimos años de la EPA se traduce en un mayor uso del fomento (la cuerda y la zanahoria) por encima de las acciones de “enforcement” o aplicación y sanción de la normativa.

d). **El Programa *Star Computers***: diseñado para reducir el consumo de energía de los ordenadores. Se consigue fomentando económicamente a los fabricantes de ordenadores para que instalen en sus productos un dispositivo de suspensión (“stand-by” o “power-down”), que se activa cuando la máquina no está siendo utilizada, reduciendo la cantidad de electricidad necesaria para mantener las funciones del equipo operativas o, mejor dicho, latentes. A fe del que escribe no es poco tiempo el que el aparato permanece inactivo entre los pensamientos, desvelos y ausencias mentales del usuario.

Parece ser uno de los programas de la EPA más exitosos, que estima que en agosto de 1.994 el 80% y el 90% de las empresas productoras de sistemas operativos e impresoras, respectivamente, se habían unido al mismo<sup>723</sup>. Más tarde el programa se expandió también a máquinas copiadoras y a aparatos de fax.

En términos generales, el uso de los ordenadores en general y de Internet en particular se postula como una de las grandes soluciones para la mejora global de la situación de la naturaleza. Se estima que leer, trabajar o comprar *on line* ahorraría muchísimos recursos naturales (madera de los bosques, gasolina o energía), en lo que constituye ya una de esas extrañas y felices paradojas en las que desarrollo y medio ambiente se dan la mano<sup>724</sup>.

e). **El Programa *Star Buildings***: iniciado en 1.993 y dirigido, como el anterior, a reducir la cantidad de energía consumida y la contaminación derivada de ella. Se trata de un programa en el que se pide a los propietarios de edificios que instalen en el mismo sistemas de “green lights”, esto es, aparatos eléctricos de bajo consumo, tipo calefacción, ventilación y aire acondicionado graduables u ordenadores con dispositivo “Star”, etc.

La EPA ofrece también apoyo tecnológico, software para calcular el ahorro y programas financieros para la adquisición de estos sistemas de reducción del consumo de energía. La iniciativa comenzó con la demostración práctica en 24 edificios de los ahorros alcanzados, y en 1.995 fue lanzado definitivamente<sup>725</sup>.

\*\*\*\*\*  
<sup>723</sup> Cfr. McCARTHY, J. E., *Voluntary Programs to Reduce Pollution*, Congressional Research Service, Report for Congress, 13 de julio de 1.995, pág. 5. El autor advierte del peligro que los salvapantallas tienen para una mayor reducción del consumo de energía. Inicialmente, los salvapantallas eran considerados beneficiosos para el monitor, que podían dañarse por mostrar la misma imagen durante largo tiempo. Sin embargo, la nueva generación de monitores no corre ese riesgo, mientras que los salvapantallas han seguido popularizándose. Lo ideal, pues, para ahorrar energía es no instalarlos.

<sup>724</sup> Así, por ejemplo, TAYLOR, C., *Why Mother Nature should love Cyberspace*, en Time, n.º. abril-mayo, Special Edition for the Earth Day 2.000, pág. 81.

<sup>725</sup> En España existe el Real Decreto 1.751/1.998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios (R.I.T.E.) y sus Instrucciones Técnicas Complementarias (I.T.E.) y se crea la

#### f). La última estrategia norteamericana contra el cambio climático tras el rechazo del Protocolo de Kyoto

De todos es sabido que el actual presidente George W. Bush repudió el protocolo de Kyoto nada más llegar a la Casa Blanca. Como estrategia alternativa, es digno de mencionar que el 14 de febrero de 2002, el presidente presentó su nuevo proyecto de reducción de gases de efecto invernadero, basado en la firma de acuerdos voluntarios. En resumen, se propone como meta reducir un 18% durante los próximos diez años la llamada Intensidad de los Gases del Efecto Invernadero. Su propuesta incluye la creación de un registro voluntario de compañías dispuestas a controlar e informar sobre sus emisiones de gases que las hará acreedora de subvenciones y otros incentivos económicos<sup>726</sup>.

Las previsiones presupuestarias dedican 4.600 millones de dólares en incentivos fiscales durante los próximos cinco años a cubrir estas iniciativas. Además de las grandes empresas, también agricultores (plantando árboles), particulares (con la adquisición de vehículos híbridos) y quienes potencien fuentes alternativas de consumo energético (como paneles solares) tendrán compensaciones fiscales. En la actualidad, sólo 222 compañías, en su mayoría en el sector eléctrico, informan sobre sus emisiones<sup>727</sup>.

### IV. MEDIO AMBIENTE: ¿REGULACIÓN O CONSENSO?

A pesar de la aureola de complacencia que ha envuelto a la política de acuerdos ambientales en los EE.UU. en los últimos años, varios problemas y paradojas emergen cuando se intenta llevar la “fiebre del pacto” a la regulación, santuario de la política ambiental en el país norteamericano. Se plantea entonces el ambicioso deseo de sustituir el actual procedimiento de elaboración de la normativa clásica, emanada por el Congreso y desarrollada por la EPA, por reglas negociadas de igual a igual con los agentes implicados<sup>728</sup>.

Comisión Asesora para las Instalaciones Térmicas de los Edificios. A pesar de que en él no se articulen mecanismos paccionados de protección ambiental, su finalidad principal es establecer las normas técnicas adecuadas para reducir el consumo energético y reducir el impacto ambiental de los sistemas de calefacción, climatización y agua caliente sanitaria, de manera que se reduzca la producción de emisiones de efecto invernadero.

<sup>726</sup> El trasfondo de su nuevo programa ha sido difundido entre nosotros en una carta abierta publicada en la Tribuna del Diario ABC de 25 de febrero de 2002, titulada “Carta para unos Cielos Limpios”. En ella aboga por aunar desarrollo y protección ambiental al unisono, basándose en el tráfico mercantil de permisos negociables a contaminar.

<sup>727</sup> Cfr. Diario El País, edición de 15 de febrero de 2002.

<sup>728</sup> Manifestamos nuestra admiración por los intentos de regulación paccionada, al margen de sus buenos o malos resultados en la práctica, por lo que tienen de imaginativo y de superación de la tradicional dicotomía entre instrumentos regulatorios e instrumentos de mercado. La clave del paso de la regulación tradicional a los instrumentos negociados se encuentra en el eco que han encontrado entre toda la clase política al margen de ideologías, que

La política administrativa de la era Clinton ha aspirado desde el inicio a “reinventar” el gobierno de las cuestiones ambientales, en un movimiento que pasaba por otorgar más importancia a los grupos de intereses sociales (industrias, grupos ecologistas, ciudadanos en general) en la toma de decisiones, en lo que se ha venido a llamar “empowerment movement”.

Los hitos de ese movimiento están directamente relacionados con el acceso del público a la información ambiental, a la capacidad de los tribunales de revisar la actuación discrecional de las agencias y a la regulación paccionada<sup>729</sup>. Lo que ocurre es que no siempre se han realizado estudios para detectar los sutiles inconvenientes que la perversión del sistema puede acarrear. Baste con decir que la cada vez mayor complejidad de los grupos de interés los hace más heterogéneos, y a sus representantes menos representativos<sup>730</sup>. De todas formas, es del todo natural que este movimiento en favor de la transparencia y de la participación ciudadana sea generalmente alabado por la doctrina administrativista y considerado como una conquista necesaria.

Cuando hablamos de introducir el consenso en el procedimiento de elaboración de la normativa ambiental se habla de buscar la unanimidad entre el Parlamento o la Administración (dependiendo de que la norma a aprobar sea una ley o un reglamento, respectivamente) con todos los interesados por la aprobación de la misma, con la esperanza que éstos albergan de que la normativa final se parezca a la acordada entre las partes. Con ello la Administración tiene la ventaja de conocer los autén-

empezaba a estar de acuerdo en intentar poner freno a la subida de los gastos en política ambiental, al ver como los resultados no crecían en igual proporción. En esta línea, KEOHANE, N. O., REVESZ, R. L., y STAVINS, R. N., *The Choice of regulatory Instruments in Environmental Policy*, en *The Harvard Environmental Law Review*, 1998, nº. 22, pág. 366, aunque atribuyen el auge creciente de los instrumentos de mercado (“market-based instruments”) a varios factores más, como el apoyo paulatino de los grupos ambientales o la necesidad de cobertura de los riesgos ambientales no regulados. También OCHSNER, M., *Pollution Prevention: an Overview of regulatory Incentives and Barriers*, en *Environmental Law Journal of the New York University School of Law*, nº. 6, 1.996, págs. 600 y 601. Para esta autora, sin embargo, ello no ha implicado una sustitución del uso de la normativa como instrumento principal de la política ambiental, pues no se ha llegado a la certeza total de que en realidad los instrumentos paccionados sean más efectivos y baratos que ella. El caso de la empresa 3M es citado como ejemplo de empresa que rehusó llegar a un acuerdo voluntario porque no le resultaba económica la inversión citada.

<sup>729</sup> Ya desde los años sesenta, los Tribunales exigían a las Agencias que permitieran la intervención de terceros en partes en procedimientos administrativos de concesión de licencias (*Office of Communication of the United Church of Christ v. FCC*, 359 F.2d 994, 1.005-06 (D.C. Cir. 1.966)), o permitían la revisión judicial de aquellas decisiones administrativas de las Agencias, demandadas por quienes habían resultado perjudicados por ellas aunque no tuvieran una acción preestablecida para ello (*United States v. Students Challenging Regulatory Agency Procedures (SCRAP)*, 412 U.S. 669, 686-90 (1.973)) o permitían la revisión judicial de las normas administrativas antes incluso de que se aplicaran (*Abbott Lab. v. Gardner*, 387 U.S. 136, 140-43 (1967)).

<sup>730</sup> En opinión de SEIDENFELD, M., *Empowering Stakeholders: Limits on Collaboration as the Basis for Flexible Regulation*, en *William & Mary Law Review*, nº. 41, febrero de 2.000, págs. 428-446, que podríamos trasladar ya perfectamente a Europa, ya no se estilan aquellos grupos de ciudadanos concienciados y de opinión unánime, sino los lobbies de presión económica y política.

ticos datos de las prestaciones ambientales de las industrias, al tiempo que lleva a cabo un sano ejercicio de realismo en los objetivos a alcanzar<sup>731</sup>. Otros posibles beneficios derivados de esta técnica son la reducción de las cuestiones litigiosas oponibles a las normas aprobadas mediante consenso y la elevación cualitativa de la política ambiental en términos absolutos.

Para McKINNEY, aparte de estos motivos tan terrenales, debe existir una razón esencial para que se utilice el procedimiento de regulación negociada: que sea apropiado para el caso en cuestión<sup>732</sup>.

A esta corriente de pensamiento hay que oponer el ataque frontal que este tipo de procedimiento normativo ha provocado en parte de la doctrina norteamericana administrativista más influyente, para quienes la regulación paccionada no ha conseguido ninguno de los objetivos que propugnaba: principalmente ni disminuir los retrasos en la aprobación de las normas, ni rebajar la conflictividad judicial<sup>733</sup>. Para COGLIANESE, la inclinación por la normativa negociada obedece a una iniciativa impulsada directamente desde el Parlamento, tras la aprobación del *Negotiated Rulemaking Act*, más aun desde el momento en que al menos en doce leyes federales se obliga directamente a las Agencias a invocar este tipo de procedimiento a la hora de desarrollarlas<sup>734</sup>.

<sup>731</sup> Con ello se quería conseguir un efecto indirecto importante: reducir el índice de contenciosos entablados por los particulares contra las normas que consideran injustas y con ello rebajar el gasto en justicia administrativa y en resolución extrajudicial de esos mismos pleitos. La realidad ha sido un tanto diferente pues la aprobación de normas paccionadas no ha minorado como se esperaba el atasco de litigios contra la Administración ambiental.

<sup>732</sup> Para este autor, la regulación paccionada no es la panacea universal, sino que debe aplicarse sólo cuando se considere necesario. Esto es, cuando se crea que se trata de una materia fácilmente representable con determinadas personas o empresas, cuando exista buen ambiente en las negociaciones o la intuición de que se conseguirá un consenso basado en la unanimidad. Para él, lo importante es el resultado final (la norma), claro, pero también el proceso en sí y el salto cualitativo que una aproximación de este tipo tiene para los administrados. Aquí, lo importante también es el medio. A nosotros, además, nos parece que el efecto indirecto de este cuidado en las formas sería que la ley será más respetada y cumplida, por el efecto "sugestión" que produciría en las partes negociadoras. Cfr. McKINNEY, M., *Negotiated Rulemaking: Involving Citizens In Public Decisions*, en *Montana Law Review*, verano 1.999, n.º 60, págs. 500, 501, 538 y 539. En el mismo sentido, abogando por un uso selectivo de la regulación negociada, Vid. SEIDENFELD, M., *Empowering Stakeholders: Limits on Collaboration as the Basis for Flexible Regulation*, en *William & Mary Law Review*, n.º 41, febrero de 2.000, págs. 474 y 501.

<sup>733</sup> Vid. COGLIANESE, C., *Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking*, en *Duke Law Journal*, n.º 46, 1.997, págs. 1.335 y 1.336 y FUNK, W., *Bargaining Toward the New Millennium: Regulatory Negotiation and the Subversion of the Public Interest*, *Duke Law Journal*, 1.997, n.º 46, pág. 1.388. Para Funk, las mismas ventajas que se predicán de la regulación negociada pueden perfectamente conseguirse desde un sistema tradicional de regulación basada en los principios fundamentales del Derecho Administrativo, sin subvertir la integridad del interés público.

<sup>734</sup> Así, por ejemplo, en lo concerniente a la EPA, la Transportation Equity Act for the 21<sup>st</sup> Century, 1.998, la Fisheries Act de 1.995 y la Sustainable Fisheries Act de 1.996, la Omnibus Parks and Public Lands management Act de 1.996, la Marine Mammals Protection Act Amendments de 1.994 o la water Rights Settlement Act del mismo año. Cfr. COGLIANESE, C., *Rethinking Consensus: Is Agreement a Sound Basis for Regulatory Decisions?*, artículo presentado en la Conferencia Environmental *Contracts and Regulation: Comparative Approaches in Europe and the United States*, University of Pennsylvania Law School, septiembre 24-25, 1.999, pág. 1.

La cuestión está en determinar en qué grado el uso de la regulación negociada es directamente determinante de las ventajas que se les atribuyen o si es la entrada de la participación de los agentes implicados lo que realmente produce los efectos previstos, sea cual sea la forma en que ellos intervengan en el procedimiento de elaboración de la norma. Por ejemplo, la audiencia a los interesados de los proyectos legislativos (o *feedback*), consistente en dar a conocer la normativa *in fieri* a los ciudadanos y a grupos directamente afectados en audiencia para que comenten lo que les parece, es planteada por el Congreso con el ánimo de que las propuestas constructivas realizadas puedan ser tenidas en cuenta por la ley final. O, verbigracia, el Congreso puede usar del método *input* (de entrada o participación), que se diferencia del anterior en que la participación tiene lugar antes o durante la elaboración de la norma por el Parlamento<sup>735</sup>.

Bajo este prisma, COGLIANESE desmonta uno a uno los benéficos efectos comúnmente otorgados a la regulación paccionada. Así, el descenso de la conflictividad, cuando se produce (las menos veces) es debido a la consideración de los intereses de las partes afectadas en la norma, cosa que puede realizarse a través de cualquiera de los métodos indicados<sup>736</sup>. Lo mismo se deriva del supuesto mayor cumplimiento de las normas paccionadas.

<sup>735</sup> Las Agencias siempre pueden recurrir a la "informal Rulemaking", o regulación informal, que logra importantes beneficios en este sentido, ya que supone dar a conocer el proyecto de norma de manera clara y transparente, permitir la participación de todos los ciudadanos y tras los comentarios de estos, alcanzar soluciones a los problemas u observaciones por ellos planteados, generalmente planteados por sectores económicos en general y empresariales en particular. Últimamente las Agencias (la EPA, en lo que a nosotros nos concierne) viene dejando de usar este procedimiento normativo ya que se quejan la doctrina de la "hard look review" –iniciada por la sentencia *Boston television Corporation v. FCC 444 F.2d 841 –D.C. Circuit* (1.970), y asentada para el Derecho ambiental en la sentencia del Tribunal Supremo *Vermont Yankee Nuclear Power Copr. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 435 U.S. 519 (1.978)- o capacidad de los Tribunales de revisar las normas así aprobadas con detenimiento usando el parámetro de la arbitrariedad, capricho o abuso de discrecionalidad en que pueden incurrir las Agencias. Se quejan de que esta revisión judicial profunda ralentiza el proceso general de aprobación de las normas (provocando el fenómeno conocido como "ossification" u osificación), y que los jueces desconocen las razones técnicas y científicas que impulsan a una Agencia a tomar esa decisión normativa. Para escapar de los jueces las Agencias empezaron a usar cada vez más otros procedimientos más formales de regulación, siempre que las leyes se lo permitieran, lo que se produce pocas veces, porque se reduce la posterior revisabilidad de las normas por los jueces. Cfr. JORDAN, W. S., *Ossification Revisited: Does Arbitrary and Capricious Review Significantly Interfere With Agency Ability to Achieve Regulatory Goals Through Informal Rulemaking?*, en *Northwestern University Law Review*, winter 2.000, n.º. 94, págs. 394 y 395.

<sup>736</sup> Revela el profesor de Policía Ambiental de la Kennedy School of Government de Harvard cómo se da aquí la paradoja de que la mayoría de las normas negociadas en consenso han supuesto un aumento de la litigiosidad. Ello se explica desde la perspectiva de las expectativas creadas por la misma. Si el resultado final de las negociaciones no satisface a una d las partes o al público que esperaba objetivos más elevados o extensos) la sensación de frustración o engaño se suele traducir en acciones procesales contra la norma. Cfr. COGLIANESE, C., *Rethinking Consensus: Is Agreement a Sound Basis for Regulatory Decisions?*, artículo presentado en la Conferencia *Environmental Contracts and Regulation: Comparative Approaches in Europe and the United States*, University of Pennsylvania Law School, septiembre 24-25, 1.999, pág. 9. Menos escéptico sobre la reducción de la litigiosidad de la normativa negociada, vid. STENSVAAG, J.-M., *Materials on Environmental Law*, American Casebook Series, editorial West Group, Saint Paul (Minnesota), 1.999, pág. 559.

En su opinión se llega a la conclusión, pues, de que la piedra angular de la normativa, desde el punto de vista de la entrada de los intereses de los afectados por ella, reside en lo buenas que hayan sido las negociaciones entre las partes, al margen del procedimiento concreto (más o menos ambicioso) utilizado para darles entrada en las leyes o reglamentos.

Antes al contrario, la aprobación de normas basadas en el consenso o unanimidad puede generar algunas patologías graves, bastante bien establecidas por la doctrina y conocidas en Europa: riesgo de priorización del acuerdo por encima de la protección correcta de los intereses ambientales públicos, imprecisión regulatoria, la consecución de acuerdos débiles instalados en un fácil mínimo común denominador conseguible por todos, la generación de expectativas irreales o la propiciación de nuevos conflictos causados por la insatisfacción de alguna de las partes con la norma aprobada, como ya hemos comentado<sup>737</sup>.

Es por ello (para evitar los abusos que una excesiva atención de la política ambiental por los intereses particulares) por lo que últimamente se viene detectando un movimiento de los grupos políticos por controlar las actuaciones de aquellas agencias (la EPA, en especial) inclinadas al pactismo o a la regulación negociada. En concreto, se habla del enmascaramiento de los partidos políticos detrás de grupos ambientalistas o comunidades de intereses, quienes están legitimados para ejercitar acciones *ex post facto* a la toma de decisiones o a la firma de acuerdos voluntarios, sobre todo, como las demandas judiciales de carácter popular (*citizens suits*).

Con ello se nos descubre una de las posibles explicaciones de la alta litigiosidad judicial que acarrea la firma de acuerdos basados en programas voluntarios o las normas aprobadas por el procedimiento negociado de la *Negotiating Rulemaking Act*<sup>738</sup>.

<sup>737</sup> Vid. COGLIANESE, C., *Rethinking Consensus: Is Agreement a Sound Basis for Regulatory Decisions?*, artículo presentado en la Conferencia *Environmental Contracts and Regulation: Comparative Approaches in Europe and the United States*, University of Pennsylvania Law School, septiembre 24-25, 1.999, págs. 16-26. Para el profesor del *JFK School of Government* de Harvard no sólo esos son los riesgos que conlleva la apuesta por una negociación a toda costa, sino que también ocurre que muchos acuerdos de este tipo cuestan más dinero y tiempo que lo que implica la aprobación de una ley o norma reglamentaria tradicional, lo cual puede derivar incluso de la lógica de que la composición de la pluralidad de los intereses ya de por sí complejos necesita de un mayor esfuerzo para ser conseguida.

<sup>738</sup> A pesar de ello, SPENCE, D. B., *Administrative Law and Agency Policy-Making: Rethinking the Positive Theory of Political Control*, en *Yale Journal on Regulation*, n.º. 14, 1.997, págs. 433-447, considera que se han sobrevalorado las auténticas posibilidades de los partidos políticos para realizar tal tarea: ni siquiera el ejercicio del poder de veto del Presidente de los EE.UU. o del Congreso respecto de las decisiones de las Agencias ha tenido una influencia decisiva. Mediante la Oficina de Gestión y Presupuesto (*Office of Management and Budget -OMB-*) alguna vez han revisado y coordinado las decisiones de las Agencias. Sin embargo, podríamos preguntarle al autor, si la influencia de esos partidos en los medios de comunicación para conformar la opinión pública es también poco importante.

## V. VINCULATORIEDAD DE LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS EN LOS EE.UU.

### 1. Su carácter generalmente no vinculante

Hemos de decir que, a pesar de lo que cabría suponer desde una perspectiva europea del medio ambiente (siempre a la zaga de la norteamericana y admiradora ferviente) la enorme mayoría de los acuerdos voluntarios suscritos en EE.UU. adolece de parecida debilidad que sus homólogos europeos: no son vinculantes para las empresas, y menos aún para las Administraciones. Eso sí, por lo general, los instrumentos ambientales paccionados celebrados en el viejo continente suelen comprometer a la parte privada del mismo, a pesar de que no vinculen a la Administración.

Se pueden contar con los dedos de una mano los que pueden ser ejecutables por la EPA en caso de incumplimiento de la industria. Así, uno de los programas que pueden imponer este tipo de acuerdos es el Programa XL. Como sabemos, se trata de un programa que propugna una reducción de los estándares ambientales por debajo de los legalmente establecidos, permitiendo a cambio a las empresas adheridas cierto relajamiento de la normativa administrativa. Aquella parte del acuerdo con carácter vinculante se suele formalizar aparte, como un permiso o licencia, para otorgarle mayor ritualidad, mientras que el resto del acuerdo conforma el llamado "Final Project Agreement". Esa parte vinculante permite a la EPA imponer la ejecución forzosa, y multas, subsidiariamente<sup>739</sup>.

Lo normal es que los programas voluntarios de la EPA sólo lleguen a exigir meros acuerdos morales o, a lo máximo, de entendimiento (como el *Green Lights*), mientras que otros como el 33/50 ni siquiera impone valores-objetivo a realizar.

Un caso especial lo conforma el acuerdo Intel dentro del programa XL, que, como sabemos, es el programa más ambicioso en lo tocante a la búsqueda de sistema alternativos o sustitutivos de la regulación. Se trató de un acuerdo que se sustantivizó en

<sup>739</sup> Si la empresa incumpliera estos acuerdos vinculantes, tanto la Agencia como los ciudadanos podrían actuar contra ella, a través de sanciones o acciones populares, respectivamente. El Programa XL es de los pocos que permiten el uso de acuerdos jurídicamente ejecutables, si bien lo normal es que la empresa sólo se obligue a través de acuerdos no vinculantes, ya que su incumplimiento sólo otorga a la Administración potestad para terminar o modificar el proyecto. Vid. DOWD, J., y BOYD, G., *A Typology of Voluntary Agreements Used in Energy and Environmental Policy*, Working paper del United States Department of Energy (Office of Policy and International Affairs), enero de 1.998, pág. 13.

forma de permiso, como casi todos los acuerdos vinculantes (con lo que se demuestra que, de suyo, carecen de ejecutividad). En este caso, la compañía, líder mundial en la fabricación de chips y semiconductores, ofrecía alcanzar estándares de excelencia ambiental en su fábrica de Phoenix por debajo de lo establecido en la *Clean Air Act Amendments* de 1.990, a cambio de una reducción en los costes y trámites burocráticos ante la Administración local y estatal<sup>740</sup>.

Después de interminables horas de negociación que se extendieron durante seis meses, las autoridades concedieron un permiso de 5 años a Intel, a gestionar por el Estado de Arizona, en los que se permite a la empresa el montaje de una sede en este Estado para la fabricación del chip Fab 12 (en concreto, en el Municipio de Ocotillo), la ampliación de su actividad en la zona, e incluso la instalación de otra planta más en Ocotillo, en el caso de que Intel lo estime oportuno, para la fabricación de un futuro procesador Fab 10, sin necesidad de solicitar de nuevo autorización administrativa. También se le permitía el establecimiento como objetivo de los valores medios generales de emisión de la fábrica (*caps*) en lugar de los valores absolutos por cada sustancia alcanzados en un momento determinado<sup>741</sup>.

Ni que decir tiene que el acuerdo se encontró con la oposición frontal de los grupos ecologistas nacionales (no ya tanto de los locales de Arizona, que participaron en las conversaciones), que consideraban que la excepción que suponía a los requisitos procedimentales exigidos por la normativa administrativa era ilegal.

740 Dada la importancia del factor tiempo en la producción de los chips fabricados por Intel, la empresa aspiraba a reducir los permisos necesarios para cambiar las estrategias de producción, o a reducir la burocracia administrativa fusionando los más permisos posibles en uno solo. Para ello, Intel obtuvo de la EPA la renuncia a exigir un permiso cada vez que existiera un cambio en los procesos de producción (por lo que ello supone en cambios de las emisiones) como se recoge en el *Clean Air Act*. Esto chocaría frontalmente con la doctrina arriba explicada sobre las normas para el caso concreto, ya que un permiso múltiple no implica sólo rebajar las emisiones a la atmósfera como en este caso –cosa que estaría hipotéticamente permitido por el art. 111 de la *Clean Air Act*– sino que también afectaría al ámbito de otras leyes que no permiten tal cosa, como puede ocurrir en el extremo de permitir la construcción de otra fábrica si Intel lo estimara necesario. A pesar de que la EPA carecía de autoridad para excepcionar esas normas, en este caso los resultados del acuerdo han sido buenos e Intel no se ha desdicho del mismo, dada la necesidad de flexibilidad que sus productos –de suyo– exigen para ser competitivos. En otros ejemplos las empresas candidatas a integrar el programa XL se han retraído de firmar el acuerdo por las dudas de legitimidad que la aptitud de la EPA implicaba.

741 Todo esto se hizo posible gracias a la decidida posición de la EPA, firme en su postura de “abandonar la letra de la ley” (“letter of the law”) a cambio de que la empresa se comprometiera a mejorar los resultados ambientales exigidos por el resto de la normativa. Aunque a estos efectos existe más polémica, parece que al menos en la reducción de monóxido de carbono y de nitrógeno la Administración ha salido ganando respecto a los valores de emisión exigibles en las normas. En general, sin embargo, es cuestión de apreciación. Pero basta con un dato para hacer más inquietante el balance: mientras que con los permisos anteriores al acuerdo, Intel estaba obligada a no producir más de 5.5 toneladas anuales de residuos orgánicos e inorgánicos juntos, el permiso otorgado en 1.994 eleva ese límite a 10 toneladas anuales para cada tipo. Cfr. BOYD, J, KRUPNICK, A. J, y MAZUREK, J., *Intel's Permit: A Framework for Evaluation*, Discussion paper 98-11, Resources for the Future, Washington, enero 998, pág. 15.

## 2. Posible ilegalidad de los acuerdos ambientales de carácter vinculante

El sistema político norteamericano, que tiene un buen puñado de particularidades jurídicas debidas a su carácter presidencialista, ha coloreado históricamente de ideología a su Administración. Así la Administración estadounidense, como sabemos, se renueva cada vez que es elegido un nuevo inquilino de la Casa Blanca, adoptando el “spoils system”, basado en la remoción en sus cargos de los funcionarios, que fueron nombrados por el presidente saliente, al que son adeptos. Como resultado de ello, la Administración está politizada –se habla de una Administración demócrata o republicana– y jamás podríamos atribuirle las cualidades de objetividad y permanencia a las que estamos acostumbrados en el régimen administrativo continental. Al contrario, hay que tildar su actuación de ideológicamente interesada.

Por supuesto, esto no es criticable desde ningún punto de vista. Obedece a una concepción distinta del sistema político, más pragmático y mediatizado por el bipartidismo y el consecuente turnismo entre demócratas y republicanos. Con este sistema, la Administración se constituye no ya en instrumento del Gobierno (como ocurre en Europa) sino en un miembro mismo del poder ejecutivo, conformando un único cuerpo en armonía de acción: la Administración acatará sin reservas los dictados presidenciales sencillamente porque los comparte.

Este importante rasgo imprime carácter en muchas facetas de la actividad administrativa, pero yendo a lo que nos interesa en esta obra, tiene inequívocas consecuencias respecto al alcance y virtualidad de los acuerdos ambientales voluntarios vinculantes para la Administración. Esto es, nos planteamos aquí no ya por la vinculación de la parte privada al acuerdo, que es total en uno de estos convenios, sino por la de la Administración.

La cuestión se suscita inevitablemente cuando nos preguntamos por la posibilidad de que una Administración demócrata o republicana pueda vincular mediante la suscripción de uno de estos acuerdos a una Administración posterior de distinto signo político. Lo que en los sistemas italiano, francés o español sería un sí relativo debido a la objetividad política de la Administración, en los EE.UU. se hace más que discutible por lo ya comentado.

JOHNSTON ha dedicado un importante trabajo a delimitar esa posibilidad, que ya quedó esclarecida tras la arriba comentada sentencia del Tribunal Supremo en el caso *United States v. Winstar Corp. et al.* (95-865), 518 U.S. 839 (1.996)<sup>742</sup>. En su

742 De donde derivaba que la vinculación de la Administración y del Legislador a compromisos paccionados firmados por Administraciones y legisladores anteriores llega sólo al extremo de que aquéllos incurran en responsabilidad por romper esos compromisos, debiendo pagar los daños derivados por esa ruptura.

opinión, se darían importantes problemas de desajuste si una Administración pro-ambientalista se encontrara con un acuerdo vinculante firmado por la Administración saliente (más pro desarrollista). Debido a su doble faceta de parte y regulador, la Administración entrante podría renegociar el acuerdo elevando los estándares ambientales establecidos para la contraparte privada (una empresa o grupo de empresas), pero debería indemnizarla por romper el equilibrio contractual<sup>743</sup>.

Otro efecto que la firma de esos convenios vinculantes tendría en la administración de los problemas ambientales sería el ralentizamiento de la regulación federal, obligada la EPA a renegociar e indemnizar constantemente.

## VI. EL FUTURO: LOS ACUERDOS ESTRATÉGICOS DE INNOVACIÓN

Hemos visto en esta sección dedicada a las iniciativas de base voluntaria en los EE.UU. cómo el uso de convenios entre la Administración y las empresas se encuentra aún en ciernes. Muy al contrario de lo que podría imaginarse *a priori* desde una perspectiva ambiental europea (injustamente acomplejada respecto de la norteamericana), sólo recientemente ha conseguido la EPA desarrollar algunos programas encaminados a reformar el entendimiento que de la política ambiental se tenía hasta ahora, basada en sanciones, licencias, controles y regulación intensiva.

743 Cfr. JOHNSTON, J. S., *The Law and Economics of Environmental Contracts*. University of Pennsylvania Law School, Draft, sept. 1.999, págs. 22 a 48. En su opinión, concibiendo los acuerdos ambientales voluntarios vinculantes como contratos públicos o de *common law*, y aplicando la teoría del incumplimiento contractual, esos acuerdos serían efectivamente vinculantes para la Administración, y ejecutables por la parte privada. Lo interesante es determinar el grado de vinculatoriedad de la Administración en ellos: la Administración siempre podría emanar una nueva normativa más exigente que también afectaría a la parte privada del acuerdo vinculante, ya que la potestad normativa no puede ser obstaculizada ni excepcionada por ningún tipo de contrato. Eso sí, el compromiso firmado la obligaría a indemnizar a la contraparte por romper su confianza en el cumplimiento del pacto. No podría hablarse de ruptura o incumplimiento del acuerdo propiamente dicho porque no se puede romper aquello que nunca pudo ser santificado (la vinculación de las potestades sancionadoras o regulatorias de la Administración). La vinculatoriedad de la Administración en un acuerdo voluntario vinculante, pues, sólo llegaría hasta la obligación de resarcir de los daños y perjuicios derivados del compromiso adoptado por la Administración saliente. Si la Administración que quiere renegociar el acuerdo es la misma que lo firmó, también deberá indemnizar. Lo que ocurre es que al ser la prestación administrativa en ellos la promesa de no ejercitar acciones civiles o de inaplicar una norma X, ello suele cumplirse por pura ética política, pero sin que jurídicamente exista ligamen suficiente para que no pueda romperla. La obligación de indemnizar pues, nacería más de la ruptura de un compromiso moral más que jurídico (cifrado en que la Administración "falta" a la confianza que creó en el particular contratante) al reformar el acuerdo o aprobar una normativa que afectara a la contraparte. En cambio, si la nueva regulación o la renegociación del acuerdo fuera a la baja (es decir, rebajando las exigencias ambientales impuestas a la empresa en el acuerdo), la empresa no tendría que indemnizar a la Administración. Es el mismo corolario anterior visto al revés, ya que las decisiones administrativas basadas en la discrecionalidad (como son la mayoría en el campo ambiental) son puras opciones políticas (en las que se establece el nivel deseable de protección del entorno en cada momento) (pag. 51).

Y es debido a ello, a esa sensación de desencanto que se aprecia en los autores que escriben sobre el tema, en las propias autoridades y en las empresas y organizaciones ambientales, por lo que el Congreso de los EE.UU. acabó hace poco un proyecto de ley relativo a la mejora de las políticas ambientales y de los acuerdos voluntarios en especial<sup>744</sup>.

En concreto, el proyecto se llama *Second Generation of Environmental Improvement Act* y viene articulándose desde 1.998. La aspiración de la Ley es cambiar la imagen de fracaso que ha acarreado la EPA en la última década del siglo XX. No se libra ni la regulación ni los programas voluntarios aprobados, de los cuales pocos han funcionado y los que lo han hecho han planteado serias dudas sobre su legalidad. Para ello, en la Exposición de Motivos de la Ley se recoge la aspiración de conceder a la EPA un plus de autoridad para otorgar incentivos normativos, sobre los que se articularán los acuerdos y que pasa por ser el mayor desafío de la política ambiental estadounidense, con el que entra de manera orgullosa en el siglo XXI.

La ley se construye sobre dos pilares:

1. La mejora de la gestión de la información ambiental.
2. El lanzamiento de unos novedosos “Acuerdos Estratégicos de Innovación”.

1. En lo tocante al tratamiento de la información ambiental, el proyecto exige a la EPA que realice un informe a publicar anualmente –el primero de los cuales deberá hacerse público dentro de los tres años siguientes a la aprobación de la ley– donde explique los indicadores ambientales disponibles por la Agencia para mejor evaluar las acciones y programas emprendidos. Además, se requiere a la EPA para que revise todo su sistema de monitorización<sup>745</sup> y, tras consultar con los Estados y otras partes interesadas, desarrollar un plan de información general, a publicar dentro de los cuatro años siguientes a la promulgación de la ley.

Como tercera exigencia a la EPA, la ley la compele a establecer un programa para conceder prestaciones económicas a los Estados y Municipios para que mejoren la calidad de sus indicadores ambientales. También se la invita a establecer un programa de reconocimiento público para fomentar el desarrollo de un sistema de

---

\*\*\*\*\*  
<sup>744</sup> Hemos de agradecer encarecidamente a Matthieu Glachant y a Francois Lévêque (economistas ambientales de la Escuela Nacional Superior de Minas de París) el habernos permitido el acceso a estos documentos, de importancia sensible.

<sup>745</sup> Se quiere así dar entrada a las innovaciones logradas en los últimos treinta años para controlar mejor la información ambiental y su tratamiento. Léase, Internet, los sistemas de *management* (gestión) ambiental o los de prevención de la contaminación en la fuente.

reportaje de datos de más calidad en general. Como ultimo requerimiento (éste dirigido al Congreso), se exige a éste que, dentro del año siguiente a la promulgación de la ley, examine la posibilidad de extender la cobertura de la *Administrative Procedure Act* a las exigencias para la obtención de información ambiental.

2. Como segunda apuesta importante, se da carta de naturaleza a una nueva figura llamada sin duda a protagonizar, para bien o para mal, la nueva obra política del medio ambiente en los EE.UU. Los “Innovative Strategy Agreements” (acuerdos de innovación estratégica), permitirán a la Agencia conceder flexibilidad en sus preceptos reglamentarios que afecten a cualquier compañía, Estado de la Federación, comunidad, tribu india (sic), departamento, asociación o similar, a cambio de que éstas se responsabilicen a conseguir logros de mayor responsabilidad ambiental (artículo 201). De esta manera, la relajación de los requisitos reglamentarios se hace *secundum legem*, con las garantías constitucionales y el respeto al principio de seguridad jurídica que esto supone.

Serán candidatos elegibles para negociar uno de estos acuerdos cualquiera de esas personalidades, siempre que la Administración estime que tienen posibilidades<sup>746</sup> de alcanzar los estándares establecidos en las leyes.

El proyecto requiere a la EPA que publique una lista dentro de los 90 días siguientes a la remisión de las propuestas de los acuerdos. Sólo se llegará a un acuerdo siempre que a la Agencia le parezcan razonables sus objetivos, que incluirá un detallado sistema de monitorización y seguimiento para conocer su verdadera eficacia, el talón de Aquiles de los programas de base voluntaria hasta ahora aprobados por la EPA.

Los candidatos habrán de enviar sus propuestas a la Agencia una vez pasados 270 días desde la promulgación de la futura ley. Ello, porque tras la promulgación, la EPA contará con 180 días para establecer los objetivos ambientales priorizados, que habrán de ser conseguidos por medios distintos a los de la regulación convencional y que supongan la gestión de riesgos ambientales o para la salud que, siempre que sea posible, aún no hayan sido regulados.

746 Se dice literalmente “good overall record of meeting statutory environmental standards”. Todo el proyecto esta salpicado de conceptos jurídicos indeterminados, que, en este caso es aclarado más abajo por el propio texto, cuando en la sección c del artículo 201 se explica que eso se entenderá así cuando el objetivo ambiental de la instalación industrial sea reducir sus emisiones en ese momento por unidad de medida de todas las sustancias cubiertas por el acuerdo. O si demuestra que puede aplicar nuevos métodos de prevención de la contaminación o de monitorización y recogida de datos.

La propuesta de acuerdo enviada por cada solicitante deberá contener una previsión de los beneficios supuestos del acuerdo y la identificación de las reglas, requisitos, política o práctica que desean les sean modificados o “renunciados” (*wai-ved*)<sup>747</sup>.

La decisión de la Administración ambiental de entrar o no a negociar con un candidato un acuerdo estratégico de innovación es (se dice en el artículo 202) puramente discrecional. Ello no resta a los tribunales capacidad de revisión de ese acto administrativo. Para restringir en lo posible ese campo de actuación libre se enumeran a lo largo del proyecto numerosos elementos reglados de la decisión administrativa, como los que hacen referencia a las preferencias que ha de tener en mente la EPA para elegir entre todas las propuestas similares aquélla que (ex art. 203), recoja las prioridades ya comentadas, incluya nuevos métodos de control de la contaminación (y no solamente los “end-of-pipe methods” o métodos de reducción de la contaminación una vez producida), que tengan entre sus previsiones la reducción en el uso de la tierra, agua o de otros recursos, prevean mejores sistemas de monitorización de la contaminación, resulten ser menos costosos para el Gobierno Federal “o” para el candidato<sup>748</sup>.

Una vez aceptada la propuesta o solicitud del candidato, la Administración dispondrá de 120 días para llegar a un acuerdo con él<sup>749</sup>. Si se llegara a un acuerdo, éste habrá de ser publicado en el plazo de 7 días y registrado en el Registro Federal<sup>750</sup>.

\*\*\*\*\*  
<sup>747</sup> No podrán ser excepcionadas ni las leyes ni cualquiera otra previsión de desarrollo del Título IV del *Clean Air Act* o del Subtítulo B del *Emergency and Community Right to Know Act* de 1.986. Por supuesto, la decisión de la Administración de excepcionar en el caso especial de un acuerdo un determinado precepto de una regulación solo tiene efectos para la parte privada del acuerdo. Ni siquiera *inter partes*, pues la EPA puede siempre aplicárselo de todos modos, y, por supuesto seguir aplicándolo al resto de partes no implicadas en el acuerdo.

<sup>748</sup> Aquí hubiera sido más deseable la sustitución de la conjunción disyuntiva “o” por la copulativa “y”: no sería razonable decidir llegar un acuerdo cuando solo se reducen los costes de la parte privada mientras se elevan los de la parte pública. La explicación puede estribar en que en este caso se entienda que existen otros criterios que redundan en el interés público cuyo concurso siguen haciendo rentable para la Administración la firma del acuerdo.

<sup>749</sup> Esta limitación temporal trae causa de las críticas vertidas por buena parte de la doctrina, que ha estimado que los esfuerzos humanos y los costes de tiempo y dinero de las negociaciones de los Programas voluntarios de la EPA dejaban mucho que desear y que superaban incluso los requeridos para la perfección de los tradicionales instrumentos de política ambiental, como las normas. De todas formas, previendo que las conversaciones puedan durar más de lo previsto, se permite que se continúen los contactos pero que para aligerar las negociaciones la EPA dirija al candidato una hoja-sumario en la que se resuman los puntos en común alcanzados y aquellos otros que habrán de ser revisados para la consecución del acuerdo.

<sup>750</sup> Con esta previsión de cumple con los deseos de transparencia que propugnan los grupos ambientalistas y las comunidades de vecinos anexas a las fabricas que han entrado en el acuerdo con la Administración. Previamente a la conclusión de l acuerdo se ha pasado otro filtro de democratización del mismo, ya que se dice expresamente en el artículo 203 que solo se llegara a un acuerdo si se demuestra que la propuesta del candidato cuenta con el apoyo de la comunidad en la que se enclavan sus instalaciones.

Para fomentar el uso de estos acuerdos, el proyecto permite a la Administración ambiental (EPA) seis tipos de contraprestaciones. A saber: modificaciones o excepciones de las normas “reglamentarias” aprobadas por la propia Agencia, así como de sus prácticas, requisitos o políticas<sup>751</sup>; conceder a las empresas licencias mono o pluridisciplinarias (*multi-permits*) para contaminar o instalar sedes; establecer límites de contaminación cifrados en valores medios de emisión y descargas en lugar de en valores absolutos; conceder a la empresa un calendario gradual de mejora en sus previsiones; sustituir los controles de la EPA por controles de una tercera parte, en orden a la comprobación y seguimiento del cumplimiento del acuerdo; permitir el empleo de estrategias de mercado entre empresas, tales como la compraventa de permisos de emisión<sup>752</sup>.

Los contenidos del acuerdo final están claramente inspirados en los que ha aconsejado la Comisión Europea en su Comunicación sobre Acuerdos Voluntarios de 9 de diciembre de 1.996. En concreto se pretende dar una mayor formalidad a los acuerdos, ya que no vinculatoriedad jurídica (como se prevé en el ambicioso documento europeo). Así, aparte de las reglas modificadas o relajadas en el acuerdo, de la explicitación de los objetivos a alcanzar y de la duración del acuerdo, se prevé que la Administración pueda insertar –como contenido contingente– sanciones para el caso de no-cumplimiento por la industria firmante o la obligación de que exista un plan subsidiario establecido en caso de que la industria se retire por cualquier motivo del acuerdo, para regresar a cumplir los objetivos ambientales establecidos por las normas que se le excepcionaron paccionadamente<sup>753</sup>.

Respecto a la ejecutividad del acuerdo, el art. 205 permite a la Administración su rescisión unilateral si estima que no se van cumpliendo suficientemente sus objeti-

<sup>751</sup> Se nota aquí una reducción cualitativa de los ambiciosos objetivos de relajamiento regulatorio de los programas, como el XL o el 33/50, donde esa posibilidad estaba latente incluso respecto de normas no emanadas de la Agencia, con los problemas de legitimidad provocados.

<sup>752</sup> Aun así, la discrecionalidad sigue presente al hora de decidir entrar o no a negociar un acuerdo con un candidato, puesto que si su propuesta no llega a estar priorizada según los criterios citados, puede la Administración embarcarse en el proyecto, pero eso sí, siempre que exija un especial celo a la conducta del candidato y proyecte una mayor vigilancia sobre su actuación (art. 204, a), 2).

<sup>753</sup> Así se deja incólume la superioridad de las normas sobre los convenios de la Administración, que con este precepto parece querer indicar que solo sirven para excepcionar temporalmente, pero no de forma absoluta, una norma reglamentaria concreta. Parece más una suspensión que una excepción de la validez y aplicabilidad de la norma al sujeto. En este sentido van también las dos últimas previsiones de contenido del acuerdo, pues todas las nuevas normas emanadas deberán integrarse entre las previsiones del acuerdo, así como las novedades tecnológicas que durante la vigencia del acuerdo salgan al mercado (artículo 204). En la misma inteligencia debe entenderse la cláusula de la letra a) del art. 205 por la que se avisa a los candidatos de que tras la una hipotética rescisión unilateral del acuerdo por parte de la Administración –en caso de incumplimiento de la empresa– la compañía deberá inmediatamente someterse a las normas y leyes ambientales, que podrán ser ejecutadas forzosamente por la EPA desde el día de la rescisión.

vos, pero deberá dar a la industria la oportunidad de hacerlo desde treinta días antes a la fecha de rescisión.

En caso de que la empresa incumpla los objetivos negociados en el acuerdo se enfrenta, además, a la posibilidad de que cualquier ciudadano o Administración la demande civilmente<sup>754</sup>. La acción podrá interponerse en el plazo de 60 días desde que el demandante haya dado noticia a la EPA de que va a interponerla<sup>755</sup>.

En lo tocante a la revisión judicial del acto administrativo de firma del acuerdo, cualquier persona fuera o dentro del mismo puede impetrar su revisión judicial ante la Corte de Apelaciones correspondiente. Objeto necesario y restringido de esa demanda será la de haber violado el acuerdo cualquier precepto de la futura ley que aquí se esta comentando. El plazo para interponerla es de 90 días desde que se publique el acuerdo<sup>756</sup>.

Como cláusula de cierre del proyecto, se prevé que el Congreso emita un informe anual para evaluar la validez de los acuerdos de innovación estratégica así como permitirá la EPA que sufrague los costes de los expertos consultados y los gastos de apoyo técnico realizados a las ONGs que participen en las negociaciones de estos acuerdos.

Como se habrá podido denotar, la vocación de estos acuerdos estriba en demostrar la viabilidad de nuevas formas de regulación y de ahorro económico, algo en lo que lleva empeñada la EPA desde finales de los ochenta.

754 A decir verdad, la letra del proyecto habla de que podrá demandarse a cualquier parte integrante del acuerdo por su incumplimiento ("any party who is in violation of an innovative strategy agreement"). Nos parece sin embargo que esta prescripción sólo puede entenderse dirigida a la Administración cuando esta haya incumplido una obligación contractual que no implique el ejercicio de una potestad administrativa, ya que, según se desprende del texto del proyecto, las contraprestaciones administrativas pueden ser de varios tipos (hasta seis, incluso económicas o ayudas). Podría interpretarse, *contrario sensu*, que no es posible exigir judicialmente la aprobación de tal o cual permiso o licencia o la excepción, relajación o modificación de tal o cual normativa o dejación de la potestad sancionadora. Lo contrario dejaría sentada la posibilidad de vincular o capturar una potestad administrativa. La prueba la da el número 3 de la letra b) del artículo 207, donde expresamente salva la autoridad de la Administración de aprobar nuevas reglas o de aplicar cualquiera de ellas –también las excepcionadas por el acuerdo– a la contraparte. Por idéntica razón no cabe que la empresa interponga una reclamación por daños causados por la Administración si esta cambia las normas o le aplica la norma que se iba a relajar o suspender (art. 207, b), 4). Si podría obligarse judicialmente a que la Administración concediera, por ejemplo, una cantidad de dinero comprometida.

755 Con esta especie reclamación previa a la vía civil se quiere dar la oportunidad a la Administración de que cumpla el acuerdo, o, en caso de que la demandada sea la parte privada del acuerdo, se trataría quizás de llamar la atención a la Administración para que inste a la contraparte de que cumpla si no quiere ser demandada.

756 La ley es clara respecto a la no revisabilidad de una decisión administrativa de no celebrar el acuerdo.

Su principal novedad estriba en ser “enforceable agreements” o acuerdos ejecutivos<sup>757</sup> y en la naturaleza de la contraprestación de la EPA a las industrias y compañías firmantes: la de prometer –lo que no pasa de una declaración de buenas intenciones que no hace nacer una relación basada en el principio de confianza<sup>758</sup>– una renuncia normativa, relajando exigencias o no aplicando la norma **mientras que no sea una ley, se dice expresamente**<sup>759</sup>.

Sin embargo, mucho nos tememos que este proyecto de ley (*Bill*) no sea aprobado sino a medio o largo plazo. Recordemos que el proyecto XL fue una apuesta personal de Bill Clinton y Al Gore (demócratas, como sabemos) para flexibilizar la normativa ambiental, que preveía que la EPA pudiera excepcionar preceptos legales, sobre los que no tenía autoridad. Pero como para que eso fuera posible hacía falta una ley que lo permitiera, y dándose el caso de que la mayoría en el Congreso es republicana, tal cosa no fue posible, generándose todos los problemas de legalidad que ya hemos apuntado arriba.

Lo mismo ocurrió con el proyecto del senador demócrata Lieberman de 1.996, el “Innovative Compliance Act”, que nunca salió del Comité de Medio Ambiente y Obras Públicas del Senado.

Por las mismas razones políticas dudamos que el proyecto comentado no vea la luz próximamente, tanto más tras la elección del escéptico George W. Bush como presidente de los EE.UU.<sup>760</sup>.

<sup>757</sup> En opinión de HAZARD, G. C., JR. y ORTS, E. W., *Environmental Contracts in the United States, opus cit.*, pág. 8.

<sup>758</sup> Cfr. Art. 207, b) 4.

<sup>759</sup> Para lo que se prevé la atribución expresa a la EPA de la facultad de relajar o excepcionar en el caso concreto una norma, siempre que lo haga en interés de la viabilidad del acuerdo (SEC. 204(a)). Se dispone así a rellenar el hueco de poder que se achacaba a la EPA en los Programas XL, CSI o 33/50, en los que las dudas sobre la legitimidad de las promesas de excepcionamiento normativas realizados por la EPA chocaban de frente con la realidad puesto que no tiene por ahora la potestad para cumplirlas. De aquí en adelante parece que se remediara en lo posible esta carencia.

<sup>760</sup> Y no es que los republicanos estén en contra de los acuerdos voluntarios como instrumento de la política ambiental. Antes al contrario, son ellos los que más pugnan por su evolución, por lo que tienen de devolución al mercado de la autoridad pública. Si se niegan a aprobar el proyecto es por razones políticas (hacerle el juego a la Administración demócrata) y por lo que supone de dar carácter vinculante a los acuerdos para las empresas, haciéndolos directamente ejecutables para la EPA, que también vería recortada su libertad de desdecirse de ellos con la posibilidad de ser demandada por la vía de las acciones populares previstas en algunas leyes ambientales (*civil citizen suits*, por la vía civil) o de las acciones contra sus actos por incurrir en arbitrariedad (*claims, el equivalente a nuestros recursos contencioso-administrativos*). Cfr. HIRSCH, D. D., *Bill and Al's XL-ent...*, *opus cit.*, págs. 134 y 135.

## Sección 2ª:

# LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN FRANCIA

Visto ya el estado de la cuestión en los Estados Unidos de América, pasamos ahora al estudio de las experiencias e iniciativas planteadas en los tres países europeos que, por su larga tradición iuspublicista y en diferente grado, más nos pueden servir para aprender las soluciones jurídicas que la pactación ambiental ha recibido en ellos. Los intentos que se han llevado a cabo en Francia, Italia y Alemania para lograr una correcta y formal inserción de ese creciente fenómeno en el Derecho Administrativo contemporáneo pueden servirnos de piedra de toque con la que ensayar un Derecho español de los instrumentos paccionados para la protección del medio ambiente basado en los convenios de colaboración.

## I. INTRODUCCIÓN

La contractualización de la intervención administrativa ha sido una constante en Francia desde la II posguerra. La debilidad económica de los agentes económicos motivaba la necesidad de un acercamiento del ente público al privado, en lo que LAUBADÈRE, MODERNE y DELVOLVÉ definen como “economía concertada”, que tiene por finalidad “*de substituer à la administration traditionnelle par voie de réglementation et de mesures unilatérales une administration plus négociée, plus acceptée par les intéressés et au moyen non plus de simples échanges de vue et de travail en commun, mais de véritables accords*”<sup>761</sup>. El progresivo aumento del consumo tras la guerra favoreció un rápido crecimiento del tejido industrial, al tiempo que empeoraban las condiciones ambientales del entorno de las fábricas. Es por ello por lo que la OCDE reconoce la utilidad del uso de medidas de fomento de reconstrucción de la economía y de la protección del medio ambiente, que además favorecerían directamente una más rápida apuesta por la innovación, como efecto más notable<sup>762</sup>.

<sup>761</sup> Cfr. LAUBADÈRE, A. d., MODERNE, F. y DELVOLVÉ, P., *Traité des Contrats administratifs*, LGDJ, Paris, 1.983, Vol. I., 2ª edición.

<sup>762</sup> Cfr. OECD, *Environnement et économie. Résultat de la Conférence internationale sur l'environnement et l'économie*, 18-21 juin 1.984, OCDE, 1.984, págs. 207 y 211.

La originalidad de la actividad administrativa de protección del medio ambiente en Francia radica fundamentalmente en dos factores: la temprana creación de un Ministerio de Medio Ambiente, que data de enero de 1.971, y la decidida apuesta de este órgano por una política de colaboración y pacto con los industriales, concertando con ellos los programas de reducción de la contaminación<sup>763</sup>. En el Derecho ambiental francés se cumple aún con más fuerza el adagio “demasiadas leyes matan la ley”: un exceso de normas lleva, generalmente, a su inaplicación<sup>764</sup>.

Ambos factores han hecho de Francia el primer país europeo en firmar un acuerdo voluntario para la protección del medio ambiente. Nada menos que de 1.971 data el acuerdo pionero de este tipo firmado en el país vecino, en materia de cementos. En Francia resulta evidente que se ha optado más por el consenso y de la flexibilización de las medias ambientales que por la eficacia económica a toda costa<sup>765</sup>.

Y qué decir de la filosofía que subyace a la negociación de estos acuerdos ambientales: podemos enfrentarnos a ellos desde la ideología política, en lo que sería una manifestación jurídica del liberalismo, o bien, desde una óptica pragmática, políticamente aséptica.

En el primer caso, no se trataría más que de intentar conseguir la protección global del medio ambiente mediante la suma de las mejoras individuales conseguidas por cada industria o sector que firma un acuerdo voluntario con la Administración.

En el segundo, se partiría de una casi total asepsia ideológica previa que haría corresponder la concertación con los particulares con los meros intereses empresariales; la eficacia de los resultados nos abocarían a una filosofía pragmática: no

<sup>763</sup> Buscando más el “trabajemos juntos” que la política de “prohibición de”, en una etapa de negociación con los agentes económicos de la sociedad que hoy en día se incluye en el principio comunitario de integración de las políticas ambientales en las demás políticas comunitarias. Vid. SADELEER, N., *Essai sur la genèse des principes du droit de l'environnement: l'exemple du droit communautaire*, Ministère de l'environnement; Centre d'étude du droit de l'environnement (Belgique), 1.996, pág. 130, accesible en [www.ladocfrancaise.gouv.fr](http://www.ladocfrancaise.gouv.fr) (visitada el 6 de junio de 2.000)

<sup>764</sup> Algo que puede predicarse de todo el Derecho Administrativo francés, como proclama DEBOUY, C., *Le Droit administratif français: tendances recentes. Les petits affiches*, n.º. 146, 5 diciembre de 1.997, edición electrónica, pág. 3, quien destaca la proliferación, inestabilidad y degradación de las normas.

<sup>765</sup> Para GODARD, O., *Concertations et incitations efficaces, deux objectifs incompatibles? Une analyse à partir du dispositif de gestion des déchets d'emballages ménagers en France*, Journées de l'Association Française et des ressources naturelles, Toulouse, 11-12 mai 1.998, págs. 8 a 11, estos dos factores constituyen la doble exigencia de las políticas ambientales públicas de nuestro tiempo. A nosotros, sin embargo, la oposición entre eficacia y concertación nos parece una falacia. Si es cierto, en esa inteligencia, que la opción por los acuerdos ha suavizado la inicial proclividad del Derecho Ambiental a conformarse como “derecho vertical”, para pasar a negociar en el mismo plano con las células del tejido social. Son palabras de MARTIN, G. J., *Le droit de l'environnement, quelles mutations?*, en Les Petites Affiches, n.º. 50, du 27 abril de 1.994, edición electrónica, pág. 2.

importa que se privilegie de alguna manera a cada actor privado y que se tarde más en conseguir resultados generales si se acaba mejorando el medio ambiente<sup>766</sup>.

Es de elogiar la capacidad de percepción del Gobierno francés, que intuyó muy tempranamente la posible escasa utilidad de la reglamentación ambiental, muchas veces de puro carácter cosmético (MASSENET<sup>767</sup>), anticipando antes que en cualquier otro lugar de Europa un abanico de medidas económicas, fiscales y de negociación con los agentes sociales y empresariales que les ha dado, a la larga, buen resultado<sup>768</sup>.

La principal característica de los acuerdos franceses es que, debido probablemente a esa ya larga historia de concertación ambiental, muchos de ellos han servido de base para la regulación ambiental, pasando sus objetivos a integrar las normas en lugar de ser éstas las que originaran los acuerdos<sup>769</sup>, como es tónica habitual en la mayoría de países de nuestro entorno<sup>770</sup>.

<sup>766</sup> LASCOUMES, P., en colaboración con ROBERT, F. y BENGHOZI, M., *Un Droit de l'Environnement négocié. Volet discret d'une politique publique. Contrats et Programmes de branches. Programmes d'entreprises. 2e partie: LES ACCORDS MIS EN OUVRE*, Paris, GAPP-CNRS, junio 1.990, págs. 39 y 49, añade la óptica de la política industrial, que engloba tanto la filosofía democrática liberal como la de la búsqueda de la eficacia, muy al estilo de lo que han sido también las negociaciones desarrolladas en el mundo de la concertación social del derecho del trabajo (pág. 38 y 41).

<sup>767</sup> Cfr. MASSENET, M., *Conclusion Générale, en la obra colectiva Droits de Propriété et Environnement*, bajo la dirección de FALQUE, M., y MASSENET, M., Éditions Dalloz, Paris, 1.997, pág. 348, para quien muchas de las normas ambientales se aprueban de manera puramente demagógica, sin una clara voluntad política de ser aplicadas.

<sup>768</sup> Por "reglamentación", en el campo ambiental, la OCDE ha definido el "abanico completo de instrumentos jurídicos por medio de los cuales las instituciones públicas, a todos los niveles, imponen obligaciones o apremios al sector privado: constituciones, leyes parlamentarias, reglamentos ejecutivos, decretos, ordenanzas, normas, licencias, planes, códigos e, incluso, ciertos tipos de instrucciones administrativas." Vid., OCDE, *Recommendation du Conseil concernant l'amélioration de la qualité de la réglementation officielle*, adoptada el 9 de marzo de 1.995, OCDE/DG(95)95, OCDE, Paris, 1.995, pág. 22. Ya en 1.987, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo económicos advertía que uno de los defectos del uso abusivo de estos instrumentos formalistas para la tutela del medio ambiente era la escasa coordinación entre las normas, a las que entonces faltaba mucho por ser un sistema, así como su limitada esfera de actuación, constreñida a una aproximación de tipo a posteriori más que preventiva de los daños ambientales. Cfr. OCDE, *Pour une mise en oeuvre plus efficace des politiques d'environnement*, Monografía de medio ambiente, n.º 8, Paris, 1.987, recogido en OECD, *Reforming Environmental Regulation in OECD Countries*, Paris, 1.987, pág. 17. Como ha demostrado JULIA, M., *Les Marchés de l'Environnement*, Ministère de l'Industrie, des Postes et Télécommunications et du Commerce extérieur, Direction Générale des Stratégies industrielles, SESSI, Paris Cedex, 1.994, pág. 131, el 45% de las empresas francesas presentes en el mercado ambiental consideraba en 1.994 que el exceso de regulación era el principal obstáculo para su desarrollo.

<sup>769</sup> Así, por ejemplo, las negociaciones mantenidas entre los envasadores y las empresas productoras o importadoras de productos envasados con la Administración central del Estado francés dieron lugar a la creación del sistema Éco-Emballage de adhesión voluntaria para la recuperación de envases, recogido automáticamente en el Decreto n.º 92-377, de 1 de abril de 1.992. La política de concertación ha influido también en el urbanismo, sector éste que exige (ex art. 300-2 del Código de Urbanismo) que los Ayuntamientos concierten con los ciudadanos, asociaciones y otras personas públicas o privadas antes de iniciar determinadas actuaciones urbanísticas. Vid. JEGOUZO, Y., y SANSON, C., *La concertation préalable*, en *Le Guide vert de l'Environnement*, Éditions du Moniteur, Paris, 1.990, págs. 259-262, el comentario del Arrêt de 6 de mayo de 1.996 del Consejo de Estado (Association "Aquitaine Alternatives") realizado por PIVETAU, M., DE LA VERPILLIÈRE, M. y BOUCHOLLE, Me., *C.J.E.G. (Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz)*, Janvier 1.997, págs. 9-25 y CASSIN, I., *La concertation en matière d'aménagement: l'introuvable concept*, Bulletin de Jurisprudence de Droit de l'Urbanisme, 1/97, pág. 6, quien señala cómo la no-expresión de formas de concertación obliga al juez contencioso a indicar casuística y azarosamente mente cuándo no se ha otorgado tal concertación de manera adecuada. La informalidad de la concertación es un problema completamente trasladable al campo del medio ambiente.

<sup>770</sup> AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE, *La Efectividad de los Acuerdos Ambientales*, (1.997), traducción al castellano realizada por el Instituto Catalán de Tecnología, Serie de Cuestiones ambientales, n.º 3, Vol. I, 1.998, pág.

No obstante, no todo han sido parabienes para los instrumentos de pactación: esta nueva forma de administrar el medio ambiente ha sido vigilada de cerca por autores del Derecho Público que, si bien mayoritariamente se muestran a favor de estos nuevos instrumentos, sí han considerado necesario hacer una reflexión de fondo sobre la negociación de las potestades administrativas.

Así, LASCOURMES, posiblemente el más destacado jurista galo en materia de acuerdos voluntarios, se pregunta acerca de los límites de la renuncia a la “puissance publique” que supone el uso de estos acuerdos. La búsqueda del consenso en aras de una mayor efectividad supone “la victoria del pragmatismo sobre la legalidad”<sup>771</sup>. La dejación voluntaria, por parte del Estado, de su función normativa unilateral clásica y su sustitución por nuevas técnicas pacticias conllevan una extensión del mercado a las fuentes del derecho mismo, en lo que él llama el “mercado normativo”<sup>772</sup>. Para este autor, cuando la Administración llega a un acuerdo con un grupo o sector industrial a cambio de subvenciones o ayudas, está comprando un “derecho a la intervención”<sup>773</sup>. De hecho, el histórico intervencionismo que los poderes públicos han llevado a cabo para proteger el medio ambiente hacen del Derecho ambiental un derecho fundamentalmente administrativo<sup>774</sup>.

29. En este documento, se dan cifras sobre acuerdos voluntarios firmados en los 15 países de la UE. Por norma general, el número de ellos que aparecen considerados en cada país es considerablemente más bajo que el que se puede obtener de un estudio detallado –como el que nosotros intentamos llevar a cabo en este capítulo– del derecho nacional concreto. La razón puede estribar en que en el estudio llevado a cabo por la AEMA sólo se contabilizan aquellos acuerdos negociados entre empresas o sectores de empresas con autoridades públicas, las cuales hayan reconocido oficialmente su existencia. Nosotros, en cambio, abundaremos en la idea de que muchos acuerdos, a pesar de ser expresamente suscritos por las autoridades de cada país, no han sido objeto de una recepción formal ulterior, por un cierto temor a obligarse, pero siendo de hecho y materialmente acuerdos voluntarios. Es por ello que el número de acuerdos estudiado en esta investigación será sensiblemente superior.

<sup>771</sup> El consenso se alcanza dando mayor participación a los ciudadanos en la toma de las decisiones de política ambiental, gracias a los llamados métodos de “arbitrajes públicos de intereses legítimos”. En materia de medio ambiente, cita, aparte la concertación, las encuestas públicas, el estudio de impacto ambiental y la Comisión nacional de debate público creada por el art. 2 de la Ley nº. 101 de 1.995, sobre reforzamiento de la protección del medio ambiente. Cfr. LASCOURMES, P., *Les arbitrages publics des intérêts légitimes en matière d'environnement*, Revue Française de Science politique, volume 45, nº. 3, juin 1.995, pág. 406.

<sup>772</sup> No por casualidad la OCDE clasifica los acuerdos voluntarios entre los instrumentos económicos, a los que caracteriza como aquéllos que intentan sacar provecho de los mecanismos del mercado para proteger el medio ambiente. Con esta base Jean-Philippe BARDE, administrador de la OCDE, ha destacado cinco grandes cualidades de estos instrumentos de mercado. A saber, su eficacia económica, su flexibilidad, el fomento de mejora en la tecnología, la fuente de ingresos que suponen y su compatibilidad absoluta con el principio de desarrollo sostenible. Cfr. *Instruments économiques et Protection de L'environnement en France et dans l'Europe de 1.993*, Actes du colloque, Senat, 23 janvier 1.991, edición le Coline, intervención de J.-P. Barde, págs. 5 y 6.

<sup>773</sup> Cfr. LASCOURMES, P., *L'Eco-pouvoir. Environnements et Politiques*, éditions la découverte (série écologie et société), Paris, 1.994, págs. 169 a 171. Para DUCLOS, D., *Les Industriels et les Risques pour l'Environnement*, Editions L'Harmattan, Paris, 1.991, pág. 181, la concertación es, además, una obligación para las empresas, si bien siempre a condición de que la contraparte (Administraciones o asociaciones privadas) se comprometa a cofinanciar el costo de las actuaciones de depolución.

<sup>774</sup> Vid. *Écologie et Actions publiques. Bilan-propositions, Rapport de la commission Écologie et Actions Publiques*, 6 juin 1.991, pág. 4, donde, además, se extrae como conclusión final el exceso y la falta de eficacia de la normativa administrativa ambiental.

LASCOUMES resume el nuevo fenómeno ambiental en tres principios: negociación de las reglas, reconocimiento de un neo-corporativismo empresarial, e instrumentalización del derecho al negociar el régimen de tutela ambiental concerniente a los industriales<sup>775</sup>.

No obstante ello, debemos advertir que se hace imprescindible una tarea de concreción y separación entre lo que constituya el “núcleo duro” de la política ambiental, llamado a ser tutelado por la normativa y las sanciones administrativas, y lo que podríamos denominar como un dominio accesorio de la misma, donde los instrumentos de tutela sean intercambiables (ya sea los tradicionales o los paccionados o de fomento)<sup>776</sup> y donde la elección del más idóneo sea consecuencia de un proceso de negociación con los ciudadanos y las empresas, de los que la Administración tiene siempre algo que aprender<sup>777</sup>.

## II. MARCO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO DE LOS CONVENIOS EN FRANCIA

En Francia nació la planificación económica indicativa, que dejaba en manos del sector público y privado la voluntad de vincularse o no con el programa económico del Estado, por medio de la suscripción de individuales actas de concierto, auténticos y primigenios convenios de colaboración. El Considerando 2º de la STS de 17 de noviembre de 1.983 (Sala de lo contencioso-administrativo) es especialmente esclarecedor de la finalidad y origen de la actividad estatal de fomento por medio de la concertación:

*“Que una de las principales manifestaciones de la actividad de fomento del Estado es la del fomento de la industria nacional, la mejora de la productividad con la intensificación del proceso de industrialización; el Gobierno de nuestra Nación adoptó a tal fin una serie de medidas dirigidas al aumento de la producción en función de unidades de tiempo, de mano de obra y de instalaciones, respondiendo a esa finalidad de política industrial, de naturaleza*

<sup>775</sup> LASCOUMES, P., *L'Eco-pouvoir...*, *opus cit.*, pág. 175.

<sup>776</sup> Vid. FALQUE, M., *Règlementation et Environnement*, en la obra colectiva *Droit et Environnement. Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1.995, pág. 96.

<sup>777</sup> Cfr. VALERIAN, F., *Négocier au lieu de contraindre: la nouvelle protection de l'environnement en Picardie*, *Annales des Mines*, juillet-août 1.992, págs. 95 y 96, habla, en este sentido, de un cambio de rol de la Administración ambiental donde lo importante es influir más que regular las conductas de los administrados. Se trataría, además, de una influencia mutua ya que la Administración debe dejarse aconsejar por los ciudadanos y Ayuntamientos, sobre todo, que conocen mejor el entorno. Para la Administración, este proceso de aprendizaje a partir de sus ciudadanos y empresas supone una “verdadera pedagogía administrativa”.

*metajurídica, las medidas de asistencia a determinadas empresas o sectores industriales otorgándoles la posibilidad de concederles determinado beneficio para que traten de alcanzar un mayor grado de productividad prestándoles asistencia de cooperación técnica, financiera y comercial y el otorgamiento de diversas exenciones o bonificaciones fiscales y tributarias a determinadas Empresas, Sociedades y contratistas para la expansión y modernización de sus instalaciones adquisición de maquinaria y otros bienes de equipo, estudio de nuevas técnicas etc... ”.*

Como vemos, se trata de una actividad de fomento, y, como tal, de carácter meramente voluntario para las empresas que se quieran unir a ella. En el fomento, en palabras de GIMENO FELIÚ, “sobresale la idea de colaboración frente a la de imposición, por cuanto se trata de medidas que ofrecen los poderes públicos a fin de conseguir determinados objetivos, decidiendo libremente el particular si opta o no por la consecución de estos”<sup>778</sup>. Resulta evidente que las finalidades de la política gubernativa son siempre metajurídicas, ya que la teleología, más aún, la razón de ser de una Administración es siempre la búsqueda del interés general, vaga noción cuya gestión o mejora entronca más con la economía o con la moral, no así los medios (la concertación) que son esencialmente y por definición, derecho.

La idea de convenciones con los particulares está dentro y directamente relacionada con la categoría contractual administrativa. En Francia, desde finales del siglo pasado y hasta la segunda mitad de éste, se fue forjando la idea de los contratos administrativos, pero con especialidades y prerrogativas en atención a la peculiaridad del sujeto contratante: el Estado. La Escuela realista de Burdeos (DUGUIT<sup>779</sup>, JÈZE y otros epígonos) se encargó, junto con algún otro autor como LAUBADÈRE o PEQUIGNOT, de dar sustantividad a esta figura. Y ello porque identificaron el criterio fundamental con el que discernir cuándo se encontraban ante un contrato admi-

<sup>778</sup> Cfr. GIMENO FELIÚ, *Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento del desarrollo económico (ayudas y subvenciones)*, en R.A.P., n.º 137, 1.995, págs. 153-159. Sigue: “Se trata de garantizar la satisfacción de unas necesidades que revisten interés público para la comunidad a través de la colaboración voluntaria de los agentes económicos. Así, la misión del Estado no es la de realizar la actividad, sino la de impulsar a la iniciativa privada para que sea ella quien la realice”. Así ocurrió, por ejemplo, con la reconversión industrial, que se llevó a cabo de manera voluntaria por los agentes económicos que quisieron unirse al proceso. Lo mismo ocurrirá, como veremos, con los acuerdos voluntarios para la protección del medio ambiente.

<sup>779</sup> Vid. DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel*, Troisième Édition, Tome Premier, Paris, 1.927. Para Léon Duguit, el contrato administrativo es un tipo de acto multilateral (pág. 369). Todos los contratos son convenciones, pero no todas las convenciones son contratos (pág. 409), ligados a la idea de servicio público. De todas formas, no todo concurso de voluntades es contrato. Ahí están, por ejemplo, las decisiones de órganos colegiados o la unión de las dos Cámaras de un Parlamento para emanar una norma. Hay que excluir también el acto colectivo, que no es más que un acto administrativo compuesto de la suma de muchas declaraciones unilaterales o Gesamtakt. Tampoco es contrato la unión (*Vereinbarung*), acuerdo de voluntades común.

nistrativo: opinaban los dos primeros autores que se encontraban ante contratos administrativos sólo cuando se firmaba un contrato por parte de la Administración con la intención de conseguir una finalidad de obra o servicio público<sup>780</sup>.

En Francia existieron, ya poco después del nacimiento de la categoría, dos jurisdicciones para resolver los problemas planteados por estos contratos, lo cual se adoptaría también en España, fiel seguidora de la doctrina de los contratos administrativos gala. Se pasó de la residencia de los conflictos administrativos en los Parlamentos judiciales prerrevolucionarios a la proscripción de éstos para la Administración de manera absoluta (todos los contratos van, pues a la jurisdicción contenciosa). Posteriormente, comienza la etapa de ajuste jurisdiccional: poco a poco, caso por caso, algunos contratos de la Administración comienzan a ser entendidos por la jurisdicción civil. Los criterios usados son los de actos de autoridad y actos de gestión (desde 1820). Luego, con los arrêts BLANCO (1873) y TERRIER (1.903), se pasa al criterio del servicio público, que desarrollará posteriormente la Escuela de Burdeos. Más tarde, JÈZE<sup>781</sup> creará las bases sustantivas de la diferencia natural de los contratos administrativos respecto a los civiles, que encontrará cabida en el arrêt SOCIÉTÉ DES GRANITS DE MILLE (1.912)... Hasta hoy. A resaltar que es característica endémica de su contratación administrativa el que cada norma jurídica sobre contratación suele ir acompañada de unas instrucciones de uso no articuladas, que explican de manera llana el sentido y finalidad de la norma para técnicos o ingenieros poco avezados en derecho<sup>782</sup>.

Otra de las características de la contratación francesa es el procedimiento negociado de adjudicación del contrato. Éste supone un 50% del total de los contratos administrativos firmados por las Administraciones francesas, pues se parte de una absoluta libertad para establecer el contenido del mismo, sin cláusulas previas. Puede darse con o sin competitividad; en éste último caso, se trata del típico supuesto de la contratación directa, cuando la prestación es tan concreta y técnica que sólo un empresario puede proporcionarla<sup>783</sup>.

<sup>780</sup> Es la llamada Teoría francesa de la sustantividad del contrato administrativo, que en España importara Recaredo Fernández de Velasco. Con la Ley de Bases de 1.963 y la posterior Ley de Contratos del Estado de 1.965 se acoge esta Teoría.

<sup>781</sup> Vid. JÈZE, G., *Principios generales del Derecho Administrativo, Tomo IV, Teoría general de los Contratos de la Administración, Primera parte*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1.950, pág. 3, para quien un contrato es una operación jurídica con 4 elementos esenciales: Acuerdo de voluntades, bilateral, que tiene el propósito de crear una situación jurídica, con carácter individual, no general.

<sup>782</sup> Cfr. CONTRERAS MADRAZO, M., *La Contratación administrativa en Francia*, en Documentación Administrativa, n.º. 42, 1.961, pág. 28.

<sup>783</sup> Vid. GUIBAL, M., *La Celebración de Contratos Públicos*, en Documentación Administrativa, n.º. 239, "El Derecho Administrativo en Francia: Tendencias actuales", Madrid, 1.994, pág. 32.

En la Francia de la segunda posguerra, el “dirigismo” económico (LAUBADÈRE) supuso la institucionalización de la falta de iniciativa empresarial. Las convenciones y los acuerdos firmados por los particulares con el Estado traducían las necesidades sociales en pactos que desconcentraban la unidad del plan colectivo en pequeños planes individuales. Las necesidades sociales, que casi siempre son necesidades económicas, necesitaban de la entrada dentro de las típicas relaciones contractuales privadas, de un poder exterior que revitalizara la vida del Estado sin que éste interviniera como Administración, en el sentido clásico de la palabra. A la ejecución de los planes le siguió, pues, la política económica y social estatal contractual. Si bien el Estado ha contratado siempre de alguna manera con los particulares, la diferencia fundamental estriba en que mientras antes (Estado Absoluto, *Ancien Régime*) el Estado atendía a necesidades propias, hoy en día los fines que éste busca son puramente administrativos, de búsqueda de una mejor gestión del interés colectivo, de la cosa pública.

El Estado ha descendido al ruedo de la competencia. Bajo la forma de sociedades de Derecho Privado, ha descentralizado sus competencias para actuar en el mercado, bien porque no se fie de la mano invisible de éste para ajustar la marcha de la sociedad, bien por celo de eficacia, el Estado se esconde bajo la capa delatora de las sociedades estatales de economía mixta o pública<sup>784</sup>. En Francia antes que en España, estas sociedades se han encargado de la ejecución de trabajos públicos o de la gestión de funciones de giro administrativo. Así, los Organismos de Intervención económica de carácter privado, previstos ya por el Decreto nº. 43-393 del 30 de septiembre de 1.953. Estos organismos se aseguraban, entre otras cosas, de compensar los precios fijados en un sector de actividad industrial en aplicación de la reglamentación administrativa de precios. Gracias a los acuerdos que celebraban con la propia Administración, estas organizaciones conseguían realizar los objetivos públicos por medio de formas privadas, pretendidamente más ágiles e incontrolables económicamente. Estos convenios, como ha dicho VASSEUR, constituían auténticas órdenes contractuales de misión, por medio de las cuales el Estado se introduce, como un empresario más, en el sector. Dentro del propio plan se encuadran los contratos de producción por medio de los que un sector concreto se compromete con el

<sup>784</sup> Que, como recuerda NÚÑEZ MUNAIZ, R., *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Análisis práctico del Texto Refundido*, Dykinson, Madrid, 2.000, pág. 6, a efectos prácticos, se engloban dentro de la expresión “personas físicas o jurídicas de Derecho Privado” [art. 3.1, d) TRLCAP], como reconoce el dictamen de 15 de abril de 1.993 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (citando los Infames 6/1.989, de 4 de abril y 1/1.989 de la misma fecha).

Estado a cumplir determinados objetivos del plan, mientras que el Estado les ayuda de manera financiera y fiscal<sup>785</sup>.

¿Cuál es la relación entre los convenios y los contratos en Derecho francés? Pues bien, dos son las opiniones tradicionalmente sostenidas en este punto:

1). Según una primera doctrina<sup>786</sup>, los convenios serían un género, caracterizados por la existencia de un acuerdo de voluntades<sup>787</sup>, dentro del cual estarían los contratos administrativos, los cuales serían la especie. Los contratos tendrían dos características acumulativas: -crean por sí mismos una obligación; no atribuyen a la contraparte una situación jurídica preconstituida; -además, el contrato crea una situación jurídica subjetiva y cualificada, de manera que los efectos que engendra no serían ni generales ni impersonales.

2). Una segunda posición doctrinal considera que la Teoría general de los contratos no excluye ninguno de los efectos de los convenios no contractuales. O sea, que el contrato se opone a las diversas convenciones susceptibles de engendrar efectos reglamentarios<sup>788</sup>.

Como reproducir el debate doctrinal acerca de las diferencias y matices entre contratos administrativos y convenio o convenciones sería demasiado farragoso, nosotros partiremos de la conclusión, compartida por algún autor francés, de identificar la nomenclatura de ambas figuras, dándolas por sinónimas en el Derecho Administrativo francés, ya que se usan indiferentemente por el Legislador y la jurisprudencia. Por tanto, los convenios de colaboración firmados entre la Administración y los particulares son sólo, para el caso francés, repito, aquellos que tienen carácter contractual administrativo, con un objeto público o de servicio público<sup>789</sup>.

<sup>785</sup> Los conciertos con empresas fomentados desde el Estado para aumentar la producción datan del Soil Conservation and Domestic Allotment Act, de 24 de abril de 1.936, que subordina los beneficios a conseguir por la empresa a determinados niveles de producción. Cfr. MASPETIOL, R., *Les techniques juridiques de l'économie globale*, Archives de Philosophie de Droit, pág. 122 y 137, en la obra de VASSEUR, *opus cit.*, pág. 34.

<sup>786</sup> Principalmente defendida por MM. DE LAUBADÈRE, MODERNE Y DELVOLVÉ, *Traité des Contrats administratifs*, LGDJ, 2 ième. Édition, 1.983, Tome I, pág. 19 a 43.

<sup>787</sup> Algo que diferencia a los convenios de los cuasicontratos, pues en éstos la obligación no nace de un acuerdo, sino de un hecho.

<sup>788</sup> Es por lo que Duguit incluye, dentro de la familia de los convenios o convenciones las uniones (*Vereinbarungen*) y a los contratos en sentido estricto. Vid. DUGUIT, *opus cit.*, pág. 409.

<sup>789</sup> Así, DE BECHILLON, D., *Le Contrat comme Norme dans le Droit public positif*, RFD. adm. 8 (1) janv.-févr. 1.992, pág. 17, para quien el Derecho Administrativo carece hoy en día de la finura de matices suficiente como para nombrar con nombres diferentes figuras casi semejantes. En su opinión, para deshacer el entuerto terminológico habría que empezar desde el principio, cosa imposible, por supuesto, por lo que acaba por hacer equivaler, como sinónimos, los conceptos de convenios y contratos. Vid. el ejemplo de las convenciones suscritas entre Departamentos y entidades privadas para la protección de la salud, en STIRN, B., *La Légalité des Conventions conclues entre le Département et des Organismes privés en Vue de la Lutte contre les Maladies mentales*, Conclusions sur Conseil d'État, 17 mars 1.989, Syndicat des Psychiatres françaises et autres, RFD. adm. 7 (2), mars-avr. 1.991, págs. 268 y ss.

En efecto, los acuerdos de precios, determinados tipos de concesiones (más concretamente, los pliegos de cláusulas particulares), los convenios de Seguridad Social u otros convenios de organización de servicios públicos se denominan indiferentemente, por la doctrina y el Consejo de Estado, como contratos o convenciones<sup>790</sup>. Lo mismo ocurre con los acuerdos para la protección del medio ambiente, firmados entre la Administración Pública y alguna empresa o grupo o sector de ellas. Se trata de acuerdos o pactos generalmente suscritos por un Ministerio (el de calidad de vida, por ejemplo) para reducir voluntariamente las emisiones contaminantes para el aire en un período de tiempo concreto, a cambio de beneficios fiscales o de libertad de actuación. Pues bien, estos acuerdos se denominan bien como contratos, bien como convenios o convenciones<sup>791</sup>.

En España, la recepción de la figura del contrato administrativo fue total y plena. Sin embargo, en la medida en que el concepto del servicio público –como articulador de la categoría– fue ampliándose cada vez más hasta pasar a abarcar un campo casi ignoto, GARCÍA DE ENTERRÍA, consciente de las limitaciones de la doctrina realista de Burdeos, lanzó entre nosotros su teoría del giro o tráfico administrativo para discernir cuándo nos encontramos ante contratos administrativos: se denominan así todas aquellas actuaciones paccionadas con un particular dirigidas a satisfacer el interés común, generalmente de tracto sucesivo, lo que excluye sus actuaciones como si fuera un particular, para satisfacer sus intereses particulares, como ocurre cuando gestiona su patrimonio particular<sup>792</sup>.

Por giro o tráfico se entiende, paradójicamente, el servicio público, *lato sensu*, para cuya satisfacción es competente una Administración: consiste en “cualquier actividad que la Administración desarrolle para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia” (STS de 16 de octubre de 1.986, Sala 1ª), equiparándose al “giro o tráfico” administrativo del órgano administrativo que celebre el contrato (STS de 19 de mayo de 1.986). Ese sentido amplio del concepto de servicio público es el que late en toda la contratación administrativa, de origen galo, y el que aparece, por ejemplo, en el actual art. 13 TRLCAP, referido al objeto de los contratos y en el que se dice que “El objeto de los contratos deberá ser determina-

<sup>790</sup> Así, por ejemplo, CHAPUS, R., *Droit Administratif Général*, Editorial Montchrestien, Paris, 1.996, Tome I, pág. 547, que habla de *conventions* o de *contrats* para designar a los acuerdos con la Seguridad Social, por ejemplo.

<sup>791</sup> Cfr. JEANNENEY, P.-A., *Nature et Portée des Contrats de Programme “Antipollution” conclus par le Ministère de l’Environnement, Conclusions sur Conseil d’État, 8 mars 1.985, Les Amis de la Terre*, en RFD. adm. 1 (3), mai-juin 1.985, pág. 363.

<sup>792</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Figura del Contrato administrativo*, en R.A.P., nº. 41, 1.963, pág. 119.

do y su necesidad para los fines del servicio público correspondiente se justificará en el expediente de contratación”<sup>793</sup>.

Son contratos administrativos aquéllos en que el particular se erige como “colaborador” con la Administración, y en los que la Administración actúa como cliente del particular, por la posición diferenciada que tienen ambas partes en el contrato. Es por ello por lo que hoy en día excluimos del objeto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a los convenios de colaboración que estén fuera del giro o tráfico administrativo. La STS de 8 de junio de 1.984 (Sala 3<sup>o</sup>) ratifica la naturaleza contractual administrativa de los conciertos Administración-particulares. En su Considerando 2<sup>o</sup>, el TS califica como contrato administrativo el convenio de colaboración o concierto (se igualan allí los términos) firmado entre el INAS y una entidad privada social sin ánimo de lucro, alegando:

*“Que la Sala ad quem ratifica la calificación de administrativo que al contrato o convenio de autos otorga la Sala de instancia; puesto que aunque en las cláusulas del contrato no conste una concepción específica (con incumplimiento de lo prescrito en el art. 11 del Reglamento) no por ello puede sostenerse que el convenio quede sometido al régimen de Derecho Privado sino que debe calificarse materialmente el contrato y deducir de tal análisis el régimen jurídico aplicable (art. 4 de la ley y arts. 7 y 8 del Reglamento).*

Se trata de contratos administrativos y no civiles o privados por dos motivos: primero, por un criterio organicista, ya que el INAS es una Entidad de Derecho Público, de las denominadas Estatales Autónomas, y segundo, por un criterio finalístico, ya que la gestión de los fines de esta Administración debe regirse siempre por el Derecho Administrativo, en este caso, actuándose por medio de convenios de colaboración con entidades privadas sin ánimo de lucro<sup>794</sup>.

### III. FASES DE LA POLÍTICA FRANCESA DE CONCERTACIÓN AMBIENTAL

El sector cementero fue el primero que se benefició de un acercamiento consensuado por parte del Gobierno francés. El 25 de agosto de 1.971 se gira una circular

<sup>793</sup> Este artículo viene a consagrar los requisitos esenciales de todo contrato (como dispone el art. 1.261 CC), que no son otros que consentimiento de las partes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca.

<sup>794</sup> Con las que también pueden constituirse consorcios, figura diferente, sobre todo por ostentar personalidad jurídica, y nacida, por tanto, con vocación de permanencia. Vid. arts. 57 y 87 LBRL, 110 del Texto Refundido de Disposiciones legales vigentes en Materia de Régimen local y 37-40 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales.

dirigida a los prefectos en relación con ese sector, que por razones económicas y ambientales era uno de los más apropiados para no ser regulado unilateralmente<sup>795</sup>. Dicha circular formalizaba un acuerdo entre la Administración y el citado sector, celebrado ese mismo verano de 1.971.

De este caso y otros muchos parecidos se colige con cierta claridad una característica de los acuerdos ambientales franceses: ser generadores de efectos *post perfectione contractus*, pero no directamente sino como resultado de otros elementos jurídicos interpuestos, como órdenes prefectorales derivadas de circulares, instrucciones técnicas, reglamentos, actos administrativos o programas de recuperación<sup>796</sup>. La formalización de estos “contratos” en circulares fue práctica habitual; con esto se conseguía generar de estos simples pactos programáticos auténticos efectos *inter partes*, al tiempo que se conseguía acercar a la esfera local los compromisos conseguidos en los acuerdos, a exigir y fijar mediante las de los prefectos<sup>797</sup>. También en la esfera local es de destacar el papel de las Comisiones y Comités locales, órganos de tipo consultivo y asesor en materia ambiental<sup>798</sup>.

<sup>795</sup> Las principales razones económicas que hacían idóneo este sector eran dos: tratarse de un sector muy concentrado, pues tres grandes grupos controlaban el 86% del mismo, y ser una rama industrial en constante crecimiento (hasta un 6% anual), que necesitaba urgentemente la entrada de vectores ambientales de gestión. Las motivaciones ambientales se cifraban en la posibilidad técnica de reducir las emisiones de polvos a la atmósfera con relativa facilidad, y en que el impacto ambiental de su actividad era moderado, nunca extremo o grave, lo que permitían el uso de una herramienta menos coercitiva que la clásica reglamentación. Posteriormente, el 22 de marzo de 1.976 el Ministro de Industria y el presidente del Sindicato Nacional de Fabricantes de cementos y de cal firmaron otro contrato sectorial para reducir el consumo medio de energía, el cual fue a su vez renovado por otro compromiso de gestión de emisiones de CO<sub>2</sub> suscrito el 10 de octubre de 1.996 entre la Ministra de medio ambiente (Corinne Lepage) y el ramo. La originalidad de este último acuerdo –que traza como objetivo la reducción de un 25% de la totalidad de CO<sub>2</sub> emitido por la combustión de combustibles fósiles– es que se fijó la realización de esta meta para el año 2.000, pero teniendo como punto de partida los valores del año 1.990, siendo así que el convenio se firmó en 1.996: se trataba de dar continuidad cronológica, ya que no material, a los acuerdos previos de 1.971 y 1.976 (datos por gentileza del CERNA, Paris, obtenidos del Sindicato francés de la Industria cementera, 41, Avenue de Friedland, Paris).

<sup>796</sup> Los programas de recuperación o *programmes de rattrapage* son generalmente vistos con recelo por parte de las industrias: una vez firmados los acuerdos y observada su marcha general, al cabo de los años ha habido ocasiones en que se ha procedido a revisarlos unilateralmente por parte de la Administración, en términos más severos: no se trata de meras revisiones parciales a realizar por los prefectos sino, generalmente, de instrucciones técnicas o incluso de reglamentos directamente emanados del Ministerio, y con la característica añadida de carecer de contrapartidas financieras a favor de la parte particular firmante.

<sup>797</sup> Un ejemplo de circular que originó importantes efectos jurídicos fue la de 28 de julio de 1.981, en que se comunican a los prefectos los objetivos del programa del ramo del “*equarrissage*” celebrado en 1.977. Este acuerdo originó 24 órdenes prefectorales y 26 más exigiendo la regularización administrativa de las instalaciones de estas industrias. Pero, lo más importante es que el incumplimiento de las órdenes prefectorales por algunos establecimientos dio lugar a 8 casos de ejecución forzosa de las prescripciones de ellas originadas, así como a 4 casos más de sanciones penales y administrativas derivadas del incumplimiento de las medidas previstas en la Ley de Instalaciones clasificadas.

<sup>798</sup> Han venido siendo creadas *ad hoc* en diferentes sectores e intervenciones que pudiesen afectar al entorno: así, la Ley de 30 de diciembre de 1.991, relativa a los desechos radioactivos establece un Comité local de información y seguimiento en cada laboratorio subterráneo adyacente a una zona de depósito de residuos radioactivos. También la Ley de 13 de julio de 1.992, relativa a los residuos, prevé la existencia de Comisiones locales de información y vigilancia en cada sitio de eliminación o almacenamiento de desechos (Decreto nº. 93-1.140, de 29 de diciembre de 1.993). Estos órganos suelen estar presididos por el prefecto, con la participación de asociaciones y del empresario

Los acuerdos franceses son de tipo abierto, esto es, susceptibles de adhesión posterior por parte de nuevos actores, y, al ser mayoritariamente no vinculantes para las partes, permiten una constante adaptación a las nuevas tecnologías industriales<sup>799</sup>. Su escaso determinismo jurídico se evidencia claramente en la expresión que dichos acuerdos se atribuyen cuando se citan a sí mismos en el texto final del propio acuerdo<sup>800</sup>. Además, se han firmado en muy diversos sectores<sup>801</sup>.

Todas estas características, basadas en una aproximación técnica y negociada de las posibilidades de contaminación industrial se han venido a llamar como “the French way” de la política ambiental, en oposición al “American way”<sup>802</sup>.

Cuatro son las etapas temporales que ha atravesado la pactación ambiental en Francia:

concesionario del servicio si existiera. Vid. PRIEUR, M., *Droit de l'environnement*, editorial Dalloz, 3ª edición, París 1.996, pág. 130 y 131 y F.N.E. (France Nature Environnement), Bilan et Analyse de la Mise en Place des Commission locales d'Information et de Surveillance (C.L.I.S.) au 31.08.97. Rapport final, París, 1.997, págs. 6 a 56. La Ley de Desechos de 1.992 también introduce un objeto nuevo (ex art. 1) en la de 1.975, cual es el de asegurar la información al público sobre los efectos para el medio ambiente y la salud pública de las operaciones de producción y de eliminación de desechos. Cfr. ESCOLIN, B., GETTO, S., KUSCHNER, R., MADOU, L., REINTEAU, B y ROBERT, J, *Déchets. De la Communication à la Concertation*, en Cahier de l'environnement, nº. 4.999, 17 septembre 1.999, págs. 32-34, donde recalcan la presencia continua del efecto N.I.M.BY (“Not in my Backyard”) a pesar del reforzamiento de la fase de información. Debe ser finalmente la fase administrativa la que en general permita o deniegue la instalación de un centro de eliminación de residuos.

<sup>799</sup> En 1.998, el Öko-Institut de Darmstadt (Alemania), especializado en el seguimiento de acuerdos ambientales, recogía que sólo el 19% de los acuerdos voluntarios firmados eran vinculantes, si bien es cierto que en esa estadística un alto porcentaje (el 23%) es desconocido para ese Centro. Cfr. BÖRKEY, P., GLACHANT, M. y LÉV QUE, F., con BARDE, J. P., coordinador, *Voluntary Approaches for environmental Policy in OECD Countries: an Assessment*, París, 1.999, pág. 54.

<sup>800</sup> Donde se autodenominan como “el presente documento”, sin hacer nunca referencia al tipo de instrumento que conforma, si contractual, informal o normativo. De todas formas, la denominación evidencia toda una petición de principios de las partes, que reconocen que el acuerdo o pacto no pasa de ser una mera declaración consensuada de buena voluntad.

<sup>801</sup> Han versado sobre ahorro energético, vehículos para el desguace, embalajes, reciclaje, recuperación de suelos contaminados, retirada progresiva de productos, etc. debido a su larga experiencia en el uso de acuerdos voluntarios, podemos observar en la política ambiental francesa actual como lo que será la próxima política comunitaria sobre acuerdos ambientales. En este sentido, Vid. AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE, *La Efectividad de los Acuerdos...*, *opus cit.*, Vol. I, 1.998, pág. 29.

<sup>802</sup> En palabras de GODARD, citando a LASCUMES. Cfr. GODARD, O., *Institutional trajectories and environmental policy instruments: filling the efficiency gap*, en Environmental Comparison and International Comparison, Berlin, édition Sigma, 1.997, pág. 3. El sistema americano de gestión ambiental está casi por completo cedido al juego del mercado. Los “tradable emission permits” no han sido aún aceptados en la UE, donde tal género de soluciones ha sido tachado de espúreo e ilegítimo, y donde el contenido “moral” de todo derecho impediría hablar de un derecho a contaminar y a enriquecerse con su comerciabilidad. Ello iría en contra del “espíritu francés”, acendrado en una larga tradición normativista y de Derecho Público, a pesar de que ya existan a escala local, si bien de manera informal, amparadas por las DRIRE. Cfr. CROS, C. y GODARD, O., *Trajectoires institutionnelles et politiques publiques. “L'esprit français” face aux permis d'émission négociables de SO2*, en la obra colectiva *Quel environnement pour le XXIe siècle? Environnement, maîtrise du long term et démocratie*, Colloque international, Abbaye de Fontevraud, 8-11 septembre, Resumé des communications en atelier (1 à 30), pág. 200.

## 1. Contratos de ramo (*Contrats de branche*)

Esta expresión, que podría traducirse como acuerdos de ramo o convenios por sectores, puede ser aplicable tanto al Derecho laboral como al ambiental<sup>803</sup>. Respecto a este segundo, en un principio atendían a un esquema de concertación usado por el Ministerio de Medio Ambiente y el de Industria en la primera mitad de la década de los 70.

El Ministerio de Medio Ambiente comenzó su andadura en enero de 1.971, y significó el auténtico pistoletazo de salida de una política de acercamiento a los particulares y empresarios, deseoso de darse a conocer y de ejercer su poder político en sucesivos acuerdos, firmados en sus primeros años<sup>804</sup>. Se trata de acuerdos generalmente negociados con sindicatos y/u organizaciones profesionales representativos del ramo industrial concreto, con la intención de mejorar las cualidades de la actividad del sector y su relación con el ambiente del entorno. Generalmente contenían un doble tipo de reglas: unas *pro futuro*, destinadas a los establecimientos nuevos por implantar, y otras *ex post facto*, a aplicar a los establecimientos y fábricas ya en funcionamiento pero que constituían importantes focos de contaminación<sup>805</sup>.

Por otra parte, las contraprestaciones a las que accedían los industriales eran ayudas financiadas por el Ministerio de Medio Ambiente<sup>806</sup> (con un límite máximo del 10%

<sup>803</sup> En derecho laboral los *accords de branche* son una especie de convenios colectivos por ramos. Un caso prototípico lo conforman los suscritos con base en la primera Ley Aubry, de 1.998, sobre reducción de la jornada laboral. Ocurrió que tras ser firmados muchos de ellos y aceptados por la Administración, la próxima aprobación de una segunda Ley Aubry con diferentes postulados plantea la duda sobre la validez de los acuerdos ya firmados con base en la primera ley. Para LE ROUX, D., *Les accords de branche à l'épreuve de la loi Aubry*, en *Le Moniteur*, n.º. 4.999, 17 septembre 1.999, págs. 56 y 57, los acuerdos no serán válidos a no ser que se renegocien para adaptarse a la nueva Ley. Para Ernest-Antoine Seillière, presidente de la Medef (una potente patronal francesa) y para el Consejo Constitucional, en dictamen emanado con ocasión del proyecto de la segunda Ley Aubry (vid. *Le Monde interactif*, edición de 14 de enero de 2.000), los acuerdos concluidos bajo la égida de la primera ley si no es por un "motivo de interés general suficiente". La cuestión aún sigue abierta, si bien se ha dado un paso adelante nada deseñable para atribuir eficacia jurídica *secundum legem* a los acuerdos celebrados entre particulares y las Administraciones que bien nos podría servir en la esfera ambiental.

<sup>804</sup> Nueve fueron los contratos de ramo (*contrats de branche*) firmados entre 1.971 y 1.977 en Francia, involucrando a los sectores de la pasta de papel (12 de julio de 1.972), azucarero (19 de agosto de 1.973), de la fécula (4 de marzo de 1.975), levaduras (también 4 de marzo de 1.975), destilerías (5 de marzo de 1.975), del peinado y lavado de lanas (8 de septiembre de 1.977), del cardado de lana, del esquilado y de la curtiduría (13 de diciembre de 1.977). Según LASCOURMES, P., en colaboración con BENGHOZI, M., y ROBERT, F., *Négocier le droit de l'environnement? Le volet discret d'une politique publique. Contrats et Programmes de branche. Contrats de Entreprise*, GAPP-CNRS, Paris-1, Paris, 1.989, pág. 10, tras la suscripción de estos acuerdos, la contaminación global en esos sectores descendió un 80%, lo que prueba la eficacia de esa inicial política pactista.

<sup>805</sup> Los elementos que se venían a tener en cuenta eran los desechos, las emisiones y los efluentes líquidos.

<sup>806</sup> La forma en que se prestaban estas ayudas era variada: desde la subvención directa hasta los préstamos a bajo interés hasta otras formas más imaginativas. Así, por ejemplo, en el contrato de ramo de 1.971 con las empresas del sector papelero, el Ministerio se ofreció a pagar los cánones de vertidos que estas empresas tenían que realizar a

de la inversión total a realizar por el sector) o las Agencias financieras de cuenca (hasta el 50%). Otra forma de intervención acumulada a la anterior solía consistir en compromisos de futuro a los que la empresa se obligaba de buena fe y voluntariamente –sin vinculatoriedad efectiva–, así como en moratorias o amnistías fiscales y de las sanciones ya interpuestas, para fomentar un clima de confianza con la Administración. MICHEL PRIEUR ha estimado que el total de la ayuda otorgado por el Estado a los contaminadores se elevaba a 75 millones de francos (de los años 70)<sup>807</sup>.

Los contratos de ramo, al igual que los programas de ramo, se basaban en la adopción de una estrategia común por todo el sector respecto a sus expectativas ambientales. Esa estrategia común, a plasmar en un acuerdo con la Administración, no debía variar en exceso las condiciones de competitividad preexistentes, de lo contrario no se habría conseguido un consenso frente a la parte pública del acuerdo. Cuando las opiniones acerca de la postura a adoptar divergen, la efectividad del acuerdo se pone entredicho<sup>808</sup>.

## 2. Programas de ramo (*Programmes de branche*)

La entonces Comunidad Económica Europea llamó la atención al Ejecutivo francés sobre la distorsión que las ayudas públicas otorgadas por medio de contratos de ramo creaban en la competencia entre las empresas galas y las del resto de la Comunidad. Por ello, estos nuevos Programas de ramo se asimilan totalmente a sus

\*\*\*\*\*  
 las agencias financieras de cuenca para la lucha contra la polución una vez realizadas las obras en los establecimientos ya establecidos e introducidas las modificaciones ambientales correspondientes. En este contrato en particular, la Administración fijó en un 80% el máximo del presupuesto a financiar a las empresas del total de inversiones que éstas tendrían que realizar. La eficacia de este acuerdo fue bastante aceptable, a pesar de conseguir objetivos ligeramente por debajo de los esperados: desde 1.972 a 1.977, se registra un descenso del 50% de la contaminación. Esta cifra llega al 60% y al 78% en 1.979 y 1.985 respectivamente. En el plan sectorial de tratamiento de superficies, las empresas que participaron en las negociaciones pidieron contraprestaciones de todo tipo por parte de la Administración: aumento de los conceptos de inversiones amortizables en la legislación, reducción de las tasas y cánones ambientales a pagar a las Agencias financieras de cuenca, etc.

<sup>807</sup> Vid. PRIEUR, M., *Droit de l'environnement...*, opus cit., pág. 129.

<sup>808</sup> Cfr. GLACHANT, M., *The Cost Efficiency of Voluntary Agreements for Regulating Industrial Pollution: A Cosean Approach*, en la obra colectiva *Voluntary Approaches in Environmental Policy*, editada por CARRARO, C., y LÉVÉQUE, F., Fondazione Eni Enrico Mattei y Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1.999, págs. 85 y 86, comenta que en este caso los acuerdos voluntarios son la peor solución, mientras que los instrumentos económicos son más adecuados. En el mismo sentido se manifiestan AGGERI, F., y HATCHUEL, A., *A Dynamic Model of Environmental Policies. The Case of Innovation Oriented Voluntary Agreements*, en la obra colectiva *Voluntary Approaches in Environmental Policy*, editada por CARRARO, C., y LÉVÉQUE, F., Fondazione Eni Enrico Mattei y Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1.999, pág. 175 y 177, donde albergan la opinión de que una de las razones que impulsan a la parte privada a firmar un acuerdo es la simetría de información: en caso de igualdad de conocimientos y de técnicas a emplear, y de un subsiguiente mantenimiento de las posiciones de competencia en el sector, el acuerdo es el instrumento idóneo para provocar sinergias para que el sector avance al unísono.

antecedentes, pero con la diferencia de carecer totalmente de subvenciones estatales<sup>809</sup>. Este dato hace que los programas de ramo se compadezcan más con el principio de “quien contamina paga”, pues casi la totalidad del peso de la descontaminación recae sobre las empresas e industrias firmantes de los acuerdos. Ese principio ha sido reafirmado y desarrollado en la Ley nº. 95-101, de 2 de febrero de 1.995, relativa al Reforzamiento de la Protección del Medio Ambiente. Aunque esta Ley no recoja expresamente la posibilidad de integrar los acuerdos voluntarios como un instrumento de la política ambiental, sin embargo enuncia una serie de principios en los que debe inspirarse la protección, valorización, restauración, recuperación y gestión del medio, todos ellos compatibles y favorables al uso de las técnicas convencionales de protección<sup>810</sup>.

Esta etapa se encuadra cronológicamente en la segunda mitad de la década de los 70, tiempo en el que se firmaron 5 programas de ramo<sup>811</sup>. Paralelamente a estos 5 programas se suscribieron programas de empresa (*programmes d'entreprise*) con determinados grupos industriales (a diferencia de los contratos y programas de ramo, en que el objeto del instrumento paccionado son sectores o actividades<sup>812</sup>), como el firmado en 1.975 con el grupo P.U.K. (Pechiney-Ugine-Kuhlman), importantísimo por ser el que dio origen al *arrêt* del Consejo de Estado sobre los acuerdos voluntarios en materia de medio ambiente, a raíz de un recurso interpuesto por la Asociación de Amigos de la Tierra. Estos programas de empresa consisten en la concertación con el Estado del reparto de las cargas de inversión ambiental entre las

<sup>809</sup> La imposibilidad de conceder ayudas estatales directas se veía parcialmente compensada con la posibilidad que tenían de conceder ayudas indirectas, de tipo financiero. Así ocurrió, por ejemplo, en el programa de ramo firmado el 28 de octubre de 1.980 entre el Ministerio de Medio Ambiente y dos empresas del sector del amianto-cemento. Allí las Agencias financieras de cuenca fueron incitadas por el Estado para que concedieran préstamos a bajo interés para que los establecimientos de cada empresa pudieran acometer las fuertes inversiones comprometidas, que ascendían a más de 80.000.000 de francos. Los órganos encargados del seguimiento de los acuerdos eran los prefectos y las DRIRE (Direction Régionale de l'Industrie, de la Recherche et de l'Environnement).

<sup>810</sup> Esos principios son los de precaución, acción preventiva, quien contamina paga y el de participación. Entre nosotros ha señalado VADRI i FORTUNI, M.T., *Los principios generales de distribución de competencias en el sistema francés de protección del medio ambiente. La "Loi nº. 95-101, de 2 de febrero de 1.995, relativa al reforzamiento de la protección del medio ambiente*, en R. A. P., nº. 140, mayo-agosto de 1.996, pág. 437, cómo este principio se convierte también en la obligación de las Administraciones de colaborar con los ciudadanos, lo que puede entenderse como una invitación a concertar con ellos los términos de depolución de sus actividades. Pero también de un deber de los ciudadanos para con las Administraciones, como recoge el art. 1 de la Ley nº. 76-629, de 10 de julio de 1.976 (“Il est devoir de chacun de veiller à la sauvegarde du patrimoine naturel dans lequel il vit”).

<sup>811</sup> En 1.974, el programa de electrólisis de cloruros alcalinos; en 1.975, el de escayolas; en 1.976, el de papel-cartón; en 1.977, el de Equarrissage, en 1.980, el de amianto-cemento.

<sup>812</sup> En Francia han sido contabilizados 263 sectores industriales, de los cuales, 77 de ellos han respondido de alguna manera al reto que el medio ambiente les ha planteado, realizando inversiones para su protección. Así lo ha revelado el informe “*Industria y Mercados del medio ambiente*”, realizada en 1.992 por el Servicio de Estadísticas Industriales (SESSI), que aclara por vez primera el estado de la industria en relación con el Medio. Cfr. JULIA, M., *Les Marchés de l'Environnement*, Ministère de l'Industrie, des Postes et Télécommunications et du Commerce extérieur, Direction Générale des Stratégies industrielles, SESSI, Paris Cedex, 1.994, págs. 6 y 7.

diferentes fábricas del grupo, planificando su futuro a corto y medio plazo desde el punto de vista ambiental. Su principal característica es, por tanto, fijar los parámetros ambientales de toda la política empresarial del grupo, lo cual se considera más racional que fijar acuerdo por acuerdo las directrices a seguir por cada establecimiento del mismo. Otro de estos programas de empresa fue el firmado con el grupo Creusot-Loire (una importante acería francesa), en el que se invertían 71, 5 millones de francos entre 1.977 y 1.980, para tratar los residuos de las fábricas de aluminio.

Otro programa de ramo fue el suscrito entre EDF el 1 de julio de 1.982 y el 27 de enero de 1.988<sup>813</sup>.

### 3. Los Planes sectoriales (*Plans sectoriels*)

Al margen de los contratos y programas de ramo, el Ministerio de Medio Ambiente desarrolló una serie de planes indicativos en materia ambiental destinados a programar la incidencia para el entorno de algunos sectores y grupos de empresas considerados como aglutinadores de los principales focos y establecimientos contaminantes de Francia. Desde 1.972 a 1.981 se desarrollaron 16 acuerdos, que, al estilo de la planificación económica concertada de los años 60, dieron origen a una serie de contratos individualizados con cada empresa, en los que se otorgaban créditos a cambio de mejoras ambientales de la actividad objeto de la industria<sup>814</sup>. Los rasgos esenciales de estos planes eran los siguientes:

a). Se pactaba con cada empresa particular contaminante la concesión de un crédito individualizado que tenía en cuenta las peculiaridades económicas, técnicas y de implantación de las plantas de producción. El plazo de devolución iba desde los 2, 5 años del contrato “papel-cartón” hasta los 5 años del contrato “amianto-cemento”.

b). Estos planes eran elaborados de manera concertada entre la Administración y los sectores implicados, conteniendo dos tipos de normas: aquéllas dirigidas a establecimientos ya existentes, de carácter progresivo, destinadas a servir de guía en la

\*\*\*\*\*

<sup>813</sup> Convención firmada entre E. D. F. y los Ministros de medio ambiente y de la Energía, para hacer escapar a E. D. F. de determinadas cargas reglamentarias, lo cual es ciertamente discutible. Vid., PRIEUR, M., *La Déréglementation en matière d'environnement*, en *Revue Juridique de l'Environnement*, n.º. 3/1.987, pág. 328.

<sup>814</sup> El cambio político acaecido en Francia en 1.982 no truncó esta política de planificación ambiental, si bien la nueva nomenclatura usada fue la de “plan sectorial anti-polución”.

paulatina adaptación de los mismos a estándares ambientales prefijados; otras, de carácter más imperativo, destinadas a ser aplicadas a los establecimientos aún por implantarse en cada sector.

Un ejemplo relevante de plan sectorial lo conforma el “Plan sectorial anti-polución de tratamiento de superficies”, que traemos aquí a colación por su especial formalización jurídica: en lugar de haberse recogido los compromisos de ambas partes en un acuerdo o programa de tipo contractual el Ministerio procedió directamente a aprobar una orden ministerial<sup>815</sup> por la que positivaba el contenido de las negociaciones mantenidas<sup>816</sup>. El tratamiento de superficies es una actividad conformada por todas aquellas industrias, pequeños artesanos y empresas de tamaño mediano dedicadas al trabajo de revestimientos, aislamientos térmicos o acústicos, pulidos, tratamiento químico, etc. de objetos y materiales.

Como consecuencia de la Orden Ministerial de 25 de septiembre de 1.985, los prefectos han aprobado numerosos *arrêts*, concedido o denegado licencias, acordado contratos de ribera con otras entidades públicas y privadas y elaborado cartas de saneamiento de ríos y riberas (*cartes de assainissement*).

815 A priori podría pensarse que podría resultar indiferente formalizar el contenido de las negociaciones mantenidas entre Administración ambiental y los sectores implicados en un acuerdo o en normas positivas. Pero esta opinión no tendría en cuenta algunas circunstancias diferenciales que, a veces, estimulan a las partes a usar los acuerdos más que la regulación. Aggeri y Hatchuel han destacado tres factores que inclinarían la balanza a favor de los instrumentos paccionados: 1. En un escenario de incertidumbre sobre el verdadero grado de contaminación ocasionada, sobre los agentes que la provocan y sus formas, sería inútil aprobar una norma, que necesariamente falsearía la realidad. 2. Cuando la complejidad de la política ambiental a asumir es alta, el sector se muestra más favorable a un acuerdo, cuyas prescripciones pueden ir modelando poco a poco y cuyos objetivos pueden modificar revisando el acuerdo. 3. Si el proceso de mejora ambiental se plantea como uno de tipo dinámico, en el que las industrias esperan aprender de la tecnología ya empleada por las otras, el acuerdo permite esa permeabilidad, basada en un sentimiento común de necesidad de mejora. Vid. AGGERI, F., y HATCHUEL, A., *A Dynamic Model...*, *opus cit.*, págs. 154 y 155.

816 Se trata del “arrêté” ministerial de 25 de septiembre de 1.985, en cuyo Anexo se integran las instrucciones técnicas para ser aplicado por los prefectos, así como se señala la normativa aplicable a los establecimientos de tratamiento de superficies. La razón principal de esta elección por la reglamentación es que la anterior reglamentación, de tipo contractual, fue distorsionada en la esfera local, bien porque los prefectos no se sentían obligados por ella y no la aplicaban, bien porque se excedían sobremanera en su aplicación al caso concreto. Con la formalización del plan sectorial en un reglamento o disposición administrativa se evitan todos los problemas derivados de la incertidumbre acerca de la vinculatoriedad jurídica de los acuerdos. En este caso, además, se suscitaron interesantes dudas acerca de la posible colisión entre este reglamento de 1.985 y la Ley de 11 de julio de 1.975 relativa a la eliminación de desechos y a la recuperación de materiales, pues aquél imponía obligaciones más severas a las fábricas que ésta, con lo que podía incurrir en vulneración del principio de legalidad. En concreto, el reglamento hacía responsables a las empresas generadoras de residuos en todo caso, cuando la ley citada les eximía de tal carga en caso de que los cedieran a terceras empresas concertadas con la Administración y encargadas de gestionarlas (art. 11 de la ley). Los artículos 17 y 19 de la Orden ministerial de 1.985 –donde se regula la responsabilidad de las empresas en la eliminación de residuos, han sido reafirmados en su validez por el Consejo de Estado francés, en cuyo *arrêt* de 24 de marzo de 1.988 (*Société la Quinoléine*) declara inoponibles frente a la Administración la exención de responsabilidad derivada de los contratos de Derecho Privado suscritos por esta sociedad con otra tercera encargada de transportar y almacenar sus desechos.

#### 4. Acuerdos ambientales de nomenclatura diversa

Más propio de nuestros días resulta la celebración de acuerdos atípicos, no sometidos ni a la nomenclatura ni a los términos ya comentados. Para denominarlos de alguna forma, CARRARO Y LÉVÊQUE usan el genérico anglicismo “voluntary approaches” (algo así como enfoques o instrumentos voluntarios), con el que engloban a todas aquellas formas de encuentro pactado entre la voluntad de los particulares y la de las Administraciones, para proteger el medio ambiente. En Francia, por su tradición, son varios los nombres y tipos de estos acuerdos que podríamos llamar atípicos<sup>817</sup>, y algunos de cuyos ejemplos veremos posteriormente en el epígrafe séptimo de esta sección.

### IV. EL RECURSO A LA NEGOCIACIÓN EN LA POLÍTICA AMBIENTAL FRANCESA

#### 1. Motivos del recurso a la negociación en la administración del medio ambiente

La creación del Ministerio de Medio Ambiente en 1.971 supuso el detonante de la política de concertación de la Administración con las grandes empresas y sectores causantes de una mayor contaminación<sup>818</sup>.

Pudiera pensarse que tras la aparición de un Ministerio *ad hoc*, la política ambiental hubiera debido enfocarse como un reto a la exhibición del nuevo poder recién estrenado, imponiendo a los agentes industriales reglamentos y órdenes que “exhi-

<sup>817</sup> Vid. CARRARO C., y LÉVÊQUE, F., *Introduction: The Rational and Potential of Voluntary Approaches*, en la obra colectiva *Voluntary Approaches in Environmental Policy*, editada por CARRARO, C., y LÉVÊQUE, F., Fondazione Eni Enrico Mattei y Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1.999, págs. 1 y 2, quienes atribuyen a los enfoques voluntarios la característica común de no necesitar una forma *de iure*. Bajo ese nombre dan cobertura a la autorregulación, Cartas ambientales, acuerdos voluntarios, covenants, códigos, etc.

<sup>818</sup> La propia Administración estatal reconocía su proclividad a asumir esta política contractual por la baja incidencia que tenía en la libre competencia a escala estatal e internacional. Al contrario de lo que suele pensarse en la UE (donde el medio ambiente y los acuerdos voluntarios en particular están siendo discutidos por su posible impacto en la libre circulación intracomunitaria de mercancías), en Francia se pensaba –no sin cierta razón– que el uso de estos instrumentos suponía una uniformización de las reglas de juego ambientales, pues las empresas del mismo sector estaban sometidas al mismo contrato en todo el territorio francés. A lo más que podía llegarse era a un desarrollo prefectoral del/de los mismo/s, pero que no solía tener carácter iconoclasta respecto del acuerdo en sí.

bieran” las potestades de la Administración, el imperio de la “puissance publique”. Pero no, un tanto sorprendentemente, el nuevo Ministerio optó por una acción de acercamiento y diálogo que le honraba y que, con la perspectiva que otorga el tiempo transcurrido, puede ser calificada hoy de muy meritoria<sup>819</sup>.

El Ministerio no hubiera proseguido con su política de concertación si no hubiera encontrado solícitas y predispuestas a las empresas: hemos de recordar que en esta primera etapa, 3 de cada 4 acuerdos fueron incitados por ellas mismas (he ahí los casos de Pechiney, del sector de los mataderos cárnicos o del amianto-cemento), bastante preocupadas por la imagen pésima que empezaban a tener entre los consumidores y la población en general.

La firma de acuerdos voluntarios suele suponer para la Administración una reducción muy notable de los costes administrativos de la política ambiental: aunque se mantiene el poder latente de una posible reglamentación o intervención en el contrato, el control, la vigilancia y los sistemas instrumentales de la acción ambiental corresponde a las industrias firmantes del acuerdo, constituyendo una especie de “tercera vía” entre el dogma francés de “service public” de titularidad y gestión administrativa y la desregulación ambiental<sup>820</sup>.

Para la industria o empresa que se sabe contaminadora, no hay nada que perder, *a priori*, por acercarse a la Administración a pedir ayuda para solucionar sus problemas ambientales. Son generalmente las D.R.I.R.E. (*Directions Régionales de l'Industrie, de la Recherche et de l'Environnement*) las Administraciones más próximas a los particulares, y más dadas a las negociaciones con los industriales. Cuando la empresa se acerca a ellas, busca legalizar una situación que no es correcta por los impactos que provoca en el entorno, o bien busca asesoramiento legal, ya que las PYMES no pueden muchas veces permitirse contratar a un técnico que les asesore

<sup>819</sup> Queda no obstante en el aire la interrogación sobre si la elección de una política tal se debió más a la escasa fuerza o autoridad del Ministerio o si en verdad respondía a una sincera “autocontención” motivada por la tolerancia y el afán de diálogo. LASCOURMES centra la cuestión calificando ambas posibles motivaciones como de medida paliativa y de táctica política, respectivamente: siendo consciente de su propia debilidad, el recurso a los acuerdos voluntarios no dejaba de ser un mal menor, un paliativo de una evidente situación de falta de credibilidad, un “simulacro de autoridad”; por el contrario, si entendemos que la firma de aquellos tempranos acuerdos obedeció más a una sabia y calculada filosofía política, debemos hablar de táctica. En efecto, en esta segunda visión, el Ministerio habría actuado paccionadamente por entender que era la mejor manera posible de hacer respetar el medio ambiente, vista la ineficacia de la legislación ambiental, dispersa y casuística (igualmente ineficaz se mostró, años más tarde, la aplicación legislativa de la normativa sobre instalaciones clasificadas, de 1.976). Vid. LASCOURMES, P., en colaboración con BENGHOZI, M., y ROBERTO, F., *Négocier le droit de l'environnement?... opus cit.*, pág. 17.

<sup>820</sup> Frente a ella, PRIEUR, M., *La Déréglementation en matière d'environnement*, en *Revue Juridique de l'Environnement*, nº. 3/1.987, pág. 329 adopta una posición moderada y nos recuerda que la desregulación ambiental en Europa debe ser menor que la que se está produciendo en EE.UU., donde las normas son más estrictas para las industrias. A pesar de que la firma de acuerdos voluntarios implicó en su día en Francia una apuesta por la desregulación, el arret *Les Amis de la Terre* frenó un tanto esa tendencia.

sobre la normativa y la tecnología a emplear. Si ese acercamiento no se hubiera producido, es muy probable que la conducta empresarial hubiera acabado en sanción, pero al existir esa presunción de buena voluntad de la empresa, que se dirige a la Administración para reconocer que tiene un problema con el medio ambiente y que desea que la ayuden, la cosa suele acabar en un acuerdo voluntario, lo que a lo sumo, sólo le supone un mal menor<sup>821</sup>.

## 2. Rasgos descriptivos de las negociaciones previas a la adopción de acuerdos ambientales

Un elemento imprescindible de los acuerdos ambientales en Francia, de carácter definitorio incluso, puede encontrarse en la presencia de los sindicatos como parte firmante y en representación del sector o ramo de la industria concernido. En efecto, el peso específico que tienen los sindicatos en países como Alemania o Francia es muy superior al que detentan en nuestro país, donde la tradición de diálogo social es honda. Su histórica defensa de los intereses laborales de los trabajadores les hizo convertirse, hace tiempo ya, en actores naturales y portavoces de las expectativas ambientales de las industrias contaminantes, si bien en un sentido negativo<sup>822</sup>.

De la intervención de los sindicatos se descuelga un problema de índole secundaria en las formas pero esencial en el fondo, de tal modo que su aparición puede llegar a hacer fracasar el acuerdo. Se trata de la mayor o menor representatividad del sindicato respecto a las industrias y empresas que suscriben el acuerdo. De esta manera, cuando el sindicato es pequeño o carece de implantación suficiente, las industrias que menos se sienten representadas no ven defendidos sus intereses ade-

821 Esta es una de las razones que se apuntan para las industrias de pequeño y mediano tamaño, que no pueden permitirse pagar grandes sanciones o contratar a tiempo completo a un experto. Vid., BINET, L., y LIVIO, C., *Guide vert à l'usage des entreprises*, éditions DÉFIS-AFNOR, 1.993, París, págs. 38 y 39, para quien el Estado francés usó históricamente inicialmente las técnicas restrictivas para con ello incitar después a las empresas a negociar ("Après le bâton, la carotte", pág. 86.)

822 Ya hemos comentado la expresa dialéctica existente entre empleo y defensa del medio ambiente en Francia, especialmente aguda. Los sindicatos conocían el potencial peligro que una defensa a ultranza del Medio por parte del recién nacido Ministerio podría suponer para los puestos de trabajo del sector terciario francés, y rápidamente se convirtió en abanderado de la causa antiambiental de las empresas. Nótese cómo en este campo de defensa del medio ambiente coinciden muchas veces los intereses de los trabajadores con los de la empresa que los emplea, unidos frente a la intervención "verde" del estado: los empresarios suelen entender como primer efecto derivado de una política ambiental el aumento de los costes de producción y la pérdida de competitividad respecto a las demás competidoras extranjeras. Y derivado de ello, los trabajadores ven peligrar sus puestos de trabajo, pues las readaptaciones del sector y la reducción de gastos a veces comienzan con restricciones de plantilla. Pero de todas formas, y muy al contrario, la realidad demuestra que estos instintos negativos suelen verse despejados con la firma de acuerdos ambientales: los riesgos suelen minimizarse cuando se tienen en cuenta los intereses laborales y económicos de la empresa por la Administración.

cuadramente frente a la Administración, y muchas de ellas acaban por no adherirse al acuerdo suscrito entre el Ministerio y el sindicato<sup>823</sup>.

Pero el rasgo más propio de las negociaciones tendentes a la firma de un acuerdo voluntario es la ausencia de una metodología *ad hoc*: la informalidad de las reuniones, la imprevisión acerca de las partes y formas de negociar son nota común<sup>824</sup>.

De todas formas, nos parece preciso no generalizar demasiado los rasgos definitivos de toda la política francesa de concertación de objetivos ambientales, pues nos encontramos en una materia en la que el casuismo y la informalidad se dan la mano. La ausencia de procedimientos objetivables de negociación hace de cada acuerdo un modelo único y que la inducción de reglas de su *modus operandi* sea un método de estudio bastante inexacto. Es por ello por lo que LASCOUMES ha intentado distinguir entre cuatro tipos de negociación entre las Administraciones y los particulares dependiendo de la relación de fuerzas de las partes en las mismas y de los resultados obtenidos<sup>825</sup>:

<sup>823</sup> Así ocurrió, por ejemplo, en el programa del ramo del "equarrissage", en que el sindicato SNIRA (*Syndicat national des Industries de la Récupération animale*) negoció y celebró el acuerdo, cuyos compromisos fueron después incumplidos por algunas empresas –las más pequeñas– en parte porque no se veían reflejadas en las conversaciones y compromisos desarrollados. Si a ello le sumamos la severidad del acuerdo (entre cuyos objetivos se encontraba, por ejemplo, la plena desodorización de los establecimientos y la reducción en un 95% del DBO de los efluentes) y la pasividad del sindicato, podremos entender mejor este hecho. Un caso parecido de falta de representatividad surgió en el plan sectorial antipolución del sector de tratamiento de superficies, donde los artesanos y pequeños empresarios dedicados al modelado y artes plásticas estaba poco representado en el sindicato mayoritario del sector del tratamiento de superficies (revestimientos, aislamientos, etc), el S.A.T.S. (*Syndicat des ateliers du Traitement des Surfaces*). A pesar de su alta representatividad "moral", sólo un 20% de aquéllos estaban adscritos al SATS.

<sup>824</sup> Así lo entiende LASCOUMES, P., *L'Écopouvoir. Environnements et Politiques*, éditions la découverte, série écologie et société, París, 1.994, págs. 294 y 295, pero confirmando la existencia de algunas excepciones: la realización negociada del trazado del TGV-Sud-est (dando prioridad a las opiniones de la esfera local), la carta EPIDOR, concerniente a la cuenca del Dordoña (que obliga a las partes a mantenerse en un plano de igualdad) y las negociaciones previas al establecimiento de cementerios nucleares, con alta participación local y técnica. En esta línea de racionalización de las negociaciones, este autor distingue entre tres formas de llegar a un acuerdo (cualificativa, en que se intenta solucionar un problema, distributiva, en que se reparten las responsabilidades, e integrativa, donde se buscan soluciones concretas o la redefinición de compromisos anteriores) y tres posturas a adoptar en las conversaciones que den lugar al acuerdo (identitaria, en que la parte desea mantener una posición individual y personalista, conflictual y relacional, basada en la ayuda mutua y en el intercambio de información). Vid. págs. 296 y 297, donde informa de que lo normal son los acuerdos del tipo cualificativo-identitario, distributivo-conflictual e integrativo-relacional. Otro autor nos da noticia de un *Code de bonne conduite en amont des projets d'aménagement* (una especie de Carta para la concertación de los actores que participen en la realización de obras de fomento e infraestructuras) redactada en 1.995, al que pueden adherirse empresas y asociaciones, y que cuenta como anexo con un procedimiento de concertación. Cfr. DÉQUEANT, J., *Aménagement. Une charte de la concertation en bonne voie*, en *Le Moniteur*, nº. 4.818, 29 mars, pág. 24. También los contratos de ribera cuentan con un procedimiento de formalización estándar, perfeccionado por las Agencias del Agua y por el propio Ministerio.

<sup>825</sup> Cfr. LASCOUMES, P., en colaboración con ROBERT, F. y BENGHOZI, M., *Un Droit de l'Environnement négocié...*, *opus cit.*, págs. 51-86. Respecto a los resultados que las partes esperan obtener de las negociaciones (*enjeux*), VODOZ, L., *La prise de décision par consensus: pourquoi, comment, à quelles conditions*, en *Les contrats de rivière*, número 13 de *Environnement et Société*, monográfico sobre la materia, Arlon, 1.994, págs. 60 y 61, distingue entre aquéllos que se esperan de la negociación misma y los que resultan, en general, del recurso a la negociación en sustitución de la sumisión a los instrumentos tradicionales.

a). Negociación “contrainte retenue”: en la que la Administración ostenta una posición de superioridad, fijando los objetivos y plazos del acuerdo, a los que se adhiere la parte privada. Suele ser el caso de los contratos de ramo, y da lugar a un tipo de acuerdos en los que las potestades públicas han sido salvaguardadas. El acuerdo del amianto puede servir de ejemplo.

b). Negociación presión: existe una posición de igualdad entre las partes, pero intentando la Administración mejorar los problemas ambientales de la parte privada. Se suele usar en sectores donde la actividad y normativa administrativas han calado poco, bien por los altos niveles de exigencia impuestos, bien por su complejidad<sup>826</sup>. Los acuerdos resultantes son, pues, menos ambiciosos. Un caso prototípico puede ser el del sector “équarrissage” o el del tratamiento de superficies.

c). Negociación emulación: en ella la Administración se enfrenta a un sector diversificado, con actores de diferente calidad y tamaño, por lo que intenta, desde una aproximación dialéctica, conciliar los intereses ambientales, económico-laborales y de competencia de todas las industrias concernidas por el acuerdo. Los acuerdos del sector del papel cartón pueden servirnos de base.

d). Negociación “affichage”: La posición de superioridad aquí es de la parte privada respecto a la Administración, bien por ser un actor de gran tamaño, bien por tratarse de un monopolio, o por conformar una actividad estratégica de la economía del país. En estos casos es donde más contras cabe oponer a los acuerdos por suponer frecuentemente una colusión a la competencia o por conformar y condicionar las potestades administrativas comprometidas en ellos. Fue el caso del acuerdo con el grupo P.U.K.

Otra clasificación de la negociación, dependiendo del espíritu o vocación de las partes a lo largo de las mismas es aquella que distingue entre:

- Negociación integrativa: en que ambas partes se acercan la una a la otra con buena fe, intentando llegar a un acuerdo o resultado constructivo; también llamada negociación *gagnant-gagnant* (ganador-ganador). Nadie pierde. La mayoría de los acuerdos ambientales franceses es de este tipo.

<sup>826</sup> La complejidad que suele atribuirse al medio ambiente como objeto de estudio no debe ser considerada un defecto sino una virtud. Como en tantos otros órdenes de la vida, complejidad equivale a riqueza. En esta inteligencia, la complejidad no sería más que la medida de la multiplicidad de vocaciones posibles de la naturaleza, que engloba espacios vitales tan importantes como el urbanismo, el desarrollo, la biodiversidad, etc. Cfr. *Revue “Année de l’Environnement. 1.980”*, Institut du Droit de la Paix et du Développement, CEDRE, Paris, pág. 28.

- Negociación distributiva: o conflictual, las partes se enzarzan entre sí para obtener las mejores prestaciones posibles, sin ánimo de ceder ante la otra, a la que se considera enemiga. También llamada negociación *gagnant-perdant* (ganador-perdedor)<sup>827</sup>.

## V. CARACTERÍSTICAS DE LOS ACUERDOS AMBIENTALES EN FRANCIA

Del estudio de los acuerdos y contratos ambientales en el país vecino podemos colegir dos grandes rasgos: poseen la mayoría de las cualidades y defectos de los acuerdos del resto de países europeos<sup>828</sup>, si bien con algunas pequeñas matizaciones motivadas por la originalidad de la materia y por la novedad de la medida, que en aquél entonces no tenía parangón en Europa. Así, por ejemplo, en un inicio, el Estado carecía de una organización adecuada de control y seguimiento de la contaminación, por lo que la información con la que contaba sobre el grado de cumplimiento de los objetivos ambientales por parte de las empresas era ínfima. Es por ello por lo que algunos acuerdos se basaron sobre datos exclusivamente aportados por las

<sup>827</sup> Esta clasificación la usa SIMOS, J., *Évaluer l'impact sur l'environnement*, collection META, editorial Lavoisier TEC-DOC, París, 1.990, pág. 56, más como una aproximación filosófica o propedéutica que como una etapa previa a la adopción de acuerdos voluntarios.

<sup>828</sup> A saber, por un lado, flexibilidad, eficacia y simplicidad, y por otro, no vinculatoriedad directa, ausencia de participación democrática en su génesis y desarrollo y falta de mecanismos adecuados de control. Como muestra, podemos poner el ejemplo del contrato de ramo firmado el 12 de julio de 1.972 entre el Ministerio de Medio Ambiente y la industria de la pasta de papel: la mala racha económica que atravesaba el sector fue tenida en cuenta por la Administración, que otorgó financiación mediante la condonación de los cánones que estas industrias tenían que pagar por realizar las obras de adaptación ambiental. Pero es precisamente esa crisis económica la que permite al Estado negociar e imponer un programa de descontaminación. Desde este punto de vista, nos parece más correcto que la situación de la empresa sea "usada" por la Administración para manejar las negociaciones y el acuerdo que al revés, si bien siempre con el respeto por el empleo y los intereses creados por la propia existencia y funcionamiento del sector. A veces, la preocupación estatal por el empleo es asumida de manera un tanto sorprendente por los empresarios. A sabiendas de la sensibilidad social con este tema, los propios empleadores se hacen abanderados de la conservación de los puestos de trabajo para intentar conseguir más subvenciones de parte de las Administraciones, para reducir así el impacto económico que la adopción de medidas ambientales supondría en el sector. Así, LASCOURMES, P., en colaboración con BENGHOZI, M., y ROBERTO, F., *Négocier le droit de l'environnement?...*, *opus cit.*, pág. 87. En el mismo sentido actuaron las dos empresas firmantes del programa de ramo sobre amianto cuando fueron sabedoras de la imposibilidad de recibir ayudas estatales o subvenciones, presionando al Ministerio de Medio Ambiente, quien a su vez incitó a las Agencias financieras de cuenca a conceder préstamos al respecto. No obstante esto, de todos es sabido que cuando una empresa funciona bien desde el punto de vista ambiental ello redundará en las prácticas comerciales de la empresa, no sólo por la imagen que se proyecta en el mercado, y que se traduce en más clientes, sino también por la propia concienciación de los trabajadores y de la empresa misma con el entorno, de cuyo cuidado asume un cierto compromiso al suscribir un acuerdo voluntario (éste fue el caso del programa sobre el amianto, en que los trabajadores se erigieron en paladines del acuerdo, concernidos como estaban de manera directísima por el efecto benéfico que las medidas a adoptar en los establecimientos suponían para su salud). Además, indirectamente, la mejora del grado de calidad y limpieza ambiental de un enclave puede suponer ingresos extra relacionados con el turismo rural o urbano de la zona.

empresas, y, por tanto, susceptibles de falseamiento, con lo que los resultados solían ser menores de los esperados. Afortunadamente, esta problemática se fue superando con la extensión de las redes estatales de indicadores ambientales<sup>829</sup>.

Usando una terminología más propia de las ciencias naturales podríamos decir que son cuatro los “endemismos” de los acuerdos y convenios suscritos entre la Administración y las empresas francesas para mejorar la protección del medio ambiente:

1. Son acuerdos celebrados, en su parte administrativa, por el Estado francés. Al ser una herramienta de política ambiental generada por el Ministerio de Medio Ambiente, desde un principio se excluyó a los Departamentos y a las Corporaciones locales de una posible intervención en la concertación ambiental, no sólo en la suscripción de los acuerdos sino también en las negociaciones que les precedían. Es más, como ha ocurrido tantas veces, el Estado ha usado un instrumento como éste, en principio aséptico desde el punto de vista competencial, para centralizar en lo posible todas las materias conexas a la protección del medio ambiente, fomentando una fuerza centrípeta que atraía a la esfera estatal las posibilidades de actuación descentralizada en materia ambiental, basadas, principalmente, en la potestad de aplicar la legislación sobre instalaciones clasificadas.

2. Los acuerdos ambientales se conciben como un escalón más de una escalera normativa. Al contrario de lo que sucede en otros países de nuestro entorno, los acuerdos no se entendían en Francia como un fin en sí mismos, sino como el resultado contingente de una política de diálogo emprendida por el Ministerio con los principales sectores industriales del país. Fruto de ese primer eslabón –esto es, la voluntad política de dialogar para conocer los problemas y situación reales de las empresas más contaminantes– podía parecer más lógico dar un salto hacia una serie de compromisos y pactos de tipo moral o conductual como suponían los acuerdos ambientales<sup>830</sup>. Pero también era posible que el pacto se frustrara y los resultados obtenidos de la negociación se emplearan por parte del Estado para regular unilateralmente y ordenar de

829 Vid. DELACHE, X, y GASTALDO, S., *Les instruments des politiques d'environnement*, en *Problèmes économiques*, Hebdomadaire n°. 2.328, 2 juin 1.993, La documentation française, págs. 12 y 13.

830 Así vistos, los acuerdos ambientales franceses se conformaban como una especie de obligación de medio, pero nunca de resultado. A las autoridades les interesa más provocar un acercamiento de posturas con los particulares, o responder a una invitación al diálogo de las industrias que conseguir logros ambientales pretenciosos. Y ello le dio buenos resultados al Ministerio de Medio Ambiente, que se granjeó una buena fama de negociador, por ejemplo, entre los principales pesos pesados de la química o cementeras de Francia.

manera más realista el sector en cuestión. En el caso de que se hubiera firmado el acuerdo, generalmente el Ministerio francés de Medio Ambiente procedía a una posterior formalización de sus conclusiones en forma de directivas o circulares dirigidas a los prefectos departamentales. Con ello se procedía a sumar una garantía a la aplicabilidad de los acuerdos, pues los prefectos tenían la misión de modular y aplicar caso por caso en la esfera local los términos del contrato estándar previamente alcanzado. Se conseguía de esta manera una especie de vinculatoriedad indirecta muy deseable, pero que podía acarrear resultados no queridos para ambas partes. Así, por ejemplo, no fueron pocos los casos en que los prefectos realizaban una relectura de los acuerdos al proceder a interpretar y aplicar el pacto mediante la emanación de órdenes, con la consiguiente sublevación de la industria local concreta quien se sentía discriminada respecto de otras de su mismo ramo en otros Departamentos<sup>831</sup>.

De todas formas, al tener naturaleza reglamentaria, las órdenes de los prefectos podían extenderse a las empresas que no se hubieran adherido expresamente al acuerdo, evitando así el famoso problema del *free-riding*; igualmente, estas órdenes no estaban vinculadas por el contenido del pacto, y podían establecer una normativa más severa, pues ni siquiera se llegaba a formalizar una promesa formal por parte del Ministerio de hacer respetar su contenido.

3. Algunos de los tipos de acuerdos ambientales comentados carecían de financiación o ayudas para la industria firmante: en particular, los programas de ramo (*programmes de branche*) y, en menos medida, los programas de empresa y los planes sectoriales. Ante esta falta de incentivos típicos, las empresas tuvieron que buscar otras motivaciones menos crematísticas que las derivadas de subvenciones y ayudas. Y las encontraron en los beneficios a medio y largo plazo que la firma de un acuerdo sin duda acarrearía para su imagen ante la

<sup>831</sup> Dos efectos jurídicos indirectos se derivan de estos acuerdos: su carácter de estándar a aplicar por los prefectos en sus órdenes, y el cumplimiento de las condiciones impuestas por la Administración para la concesión de las subvenciones integradas en los mismos. En relación con esto último, véase PRIEUR, M., *Droit de l'environnement*, editorial Dalloz, 3ª edición, París 1.996, pág. 129. A veces, en la propia circular remitida por el Ministerio se suelen incluir normas técnicas para ayudar a los prefectos a aplicar los acuerdos y reducir así la discrecionalidad de éstos a la hora de desarrollar el pacto en su Departamento. Esto ocurría, por ejemplo, en la Instrucción técnica de 5 de enero de 1.976, en que se introducían especiales directrices sobre la manera de aplicar a la realidad los acuerdos de 1.972 sobre el sector papelero, y de ese mismo año sobre el sector del papel-cartón. Este margen de libertad otorgado a las autoridades estatales en los Departamentos nos parece no sólo deseable sino, además, obligatorio allí donde se den especiales circunstancias. Igualmente, la simple posibilidad de dar efectos jurídicos derivados a los acuerdos era algo que intimidaba a la contraparte privada, que solía recibir un informal compromiso por parte del representante gubernamental de no transponer en las circulares nada más que aquellos que se hubiera pactado, lo cual no siempre fue así.

sociedad<sup>832</sup>. Otro tipo de razones no puramente económicas pueden cifrarse en la posibilidad de ganar tiempo que suponía firmar un acuerdo o, al menos, entrar a negociarlo; tiempo que podía emplearse en empezar a preparar la empresa para el cambio pro ambiental que se avecinaba, y tiempo que implicaba evitar una regulación *ex abrupto* por parte del Ministerio<sup>833</sup>.

4. A pesar de constituir algunos acuerdos ambientales “meros documentos” sin valor vinculante, ha sido una constante –generalmente admitida por la propia empresa o sector interesado– considerarlos como un “mínimo” que debe siempre ser respetado. Quiere esto decir que, si bien los prefectos podían desarrollar *fortiore* las prescripciones del acuerdo, incluyendo reglas más severas que las propias recogidas en él, no podría darse el caso contrario: el compromiso asumido por la parte privada la obliga a mantener, al menos, el nivel de calidad ambiental expresado en el acuerdo, sin que puedan rebajar sus estándares de ninguna manera<sup>834</sup>. Con ello introducimos una nota de relatividad en la anteriormente pronunciada falta de vinculatoriedad de estos pactos o convenios ambientales. Es por ello por lo que hemos dicho que estos acuerdos constituían más una etapa –un determinado nivel o estándar alcanzado– hacia normas más severas o rígidas, un peldaño más hacia el “impacto ambiental cero”<sup>835</sup>.

5. Aunque carecen de vinculatoriedad jurídica, la mayoría de ellos cuentan con algún tipo de órgano de control y/o seguimiento, que desgracia-

832 No comulgamos con LASCOURMES cuando se refiere a una alta sensibilidad ambiental de las industrias de la época, pues nos parece un argumento ingenuo en exceso. Como estamos defendiendo a lo largo de toda nuestra investigación, detrás de todo movimiento empresarial existe siempre un oculto –a veces irreverentemente explícito– interés propio. Vid. LASCOURMES, P., en colaboración con BENGHOZI, M., y ROBERTO, F., *Négocier le droit de l'environnement...*, opus cit., págs. 30 y 31, si bien acaba incidiendo en la influencia económica que la imagen de la empresa suponía en su crédito ante la sociedad.

833 En el programa de ramo sobre amianto de 1.980, las largas negociaciones entabladas entre las dos empresas del sector firmantes y el Ministerio de Medio Ambiente fueron el momento aprovechado por una de ellas para ir tomando medidas en previsión de los compromisos que se avecinaban.

834 Vid. LASCOURMES, P., en colaboración con BENGHOZI, M., y ROBERTO, F., *Négocier le droit de l'environnement...*, opus cit., pág. 92.

835 La moderna sociedad del bienestar de Occidente viene soñando, desde el ocaso del siglo XX, con demostrar la posibilidad de traspasar barreras técnicamente irrompibles hace décadas. Así, la consecución del pleno empleo hace tiempo que dejó de ser una utopía en EE.UU. –donde constantemente se procede a subir los tipos de interés para enfriar la economía y aumentar la tasa de paro hasta crear una opción de reemplazo. Igualmente viene ocurriendo en la UE con la cobertura total a que ha llegado la Seguridad Social–. Con idéntico espíritu constructivo se tiende hoy más que nunca a hablar de impacto ambiental cero o nulo de las actividades industriales, de la que aún nos separan muchos años. Conseguida esa meta, el límite se encontraría entonces en el mayor o menor precio a pagar para mantener tal resultado: esto es, ¿cuánto progreso técnico o tecnológico estamos dispuestos a perdernos? ¿A qué cantidad de actividad económica están dispuestos a renunciar los países ricos para conseguir ese resultado?

damente también en los más casos, está integrado por los propios industriales o empresarios concernidos por el acuerdo<sup>836</sup>, lo que les resta credibilidad, con honrosísimas excepciones<sup>837</sup>.

## VI. LA RELACIÓN DE LOS ACUERDOS AMBIENTALES CON LA REGLAMENTACIÓN TRADICIONAL EN FRANCIA

Como venimos apuntando a lo largo de esta sección de derecho comparado dedicada a los acuerdos voluntarios en Francia, la relación que guarda la concertación ambiental con el derecho y las normas clásicas de control es ambivalente: por un lado, es correcto colegir que de la política de diálogo entablada por el Ministerio se desprende la intención de avanzar compromisos previos a la aprobación de reglamentos. En esta vertiente, los acuerdos ambientales aportarían un signo de avance, de instrumento de política ambiental progresiva e inductiva, que trata de llegar a conclusiones entre las partes a través del estudio individualizado de las circunstancias, problemas y virtudes de cada empresa<sup>838</sup>.

Pero, por otro lado, no podemos obviar que el Gobierno francés, consciente de las insuficiencias jurídicas de estas herramientas, ha optado casi siempre por formalizar de alguna manera estos pactos, actuando según una tradicional postura legalista<sup>839</sup>.

836 La autovigilancia ambiental de la empresa no tiene por qué tener un matiz peyorativo: las DRIRE y las Direcciones departamentales de la Acción sanitaria y social proponen esta medida, en el marco de la legislación de instalaciones clasificadas, como un medio de responsabilizar al industrial en una cultura de respeto voluntario del entorno. En una circular del Ministro de Medio Ambiente de 10 de mayo de 1.991 se aconseja a esas instancias que procedan en tal sentido.

837 Así, por ejemplo, en el Área metropolitana de Lyon se creó a instancias del Ministro de Medio Ambiente y mediante orden del prefecto de Lyon de 10 de diciembre, la Asociación SPIRAL (*Secrétariat permanent pour la Prévention des Pollutions industrielles et des Risques dans l'Agglomération Lyonnaise*), que integra a los políticos, industriales, asociaciones y al Estado, y que tiene por misión favorecer la concertación ambiental y el control del cumplimiento de los acuerdos ambientales en la región, donde la cuarta parte de la población trabaja en el sector primario. Cfr. SPIRAL, *Environnement industriel. La Concertation pour l'Action*, DRIRE Rhône-Alpes, Lyon, págs. 1 y 2.

838 No es casual que en ausencia de normativa en el sector del amianto el Ministerio de Medio Ambiente se propusiera innovar reglas de comportamiento a través de la firma de un acuerdo, en lugar de emanar un reglamento en toda regla. El Ministerio estimaba que una norma de este estilo sería inútil, pues si las empresas del amianto no eran capaces de respetar las licencias a las que se sometían las autorizaciones de este tipo de establecimientos (ex decreto de 21 de septiembre de 1.977, que completaba la Ley de 19 de julio de 1.976, de Instalaciones clasificadas) menos aún serían capaces de corregir sus emisiones y efluentes de manera repentina con una legislación *ad hoc*.

839 En ese sentido, el acuerdo del amianto citado, fue desarrollado a través de una instrucción técnica del Ministerio de Medio Ambiente de 29 de julio de 1.981, donde intitulaba a los prefectos a aplicar el acuerdo suscrito a escala local, por medio de órdenes.

Es cierto también que la experiencia parece querer decirnos que en casos de concentración del sector privado las negociaciones, firma y aplicación de acuerdos voluntarios se facilita sobremanera, haciendo de este instrumento una opción muy creíble. Si a esto se suman determinadas posturas de fuerza mantenidas por la Administración, podemos llegar a convencernos de la firmeza y cumplimiento de estos convenios<sup>840</sup>. A la vez, menos actores suponen menos personas que formen parte de las negociaciones, lo que elimina también de forma decisiva las fricciones que genera un acuerdo de este tipo<sup>841</sup>.

No deja de ser atractiva la forma en que la realidad se empeña en sobrepasar los dogmas y cánones del Derecho Ambiental y de sus instrumentos de policía. Hemos señalado cómo generalmente la opción por la normativa o la reglamentación suele venir defendida por las Administraciones, empeñadas en ejercer un control directo de las actividades y de no dejar escapar por ningún intersticio los intereses públicos que existen de manera importante en la defensa del medio ambiente. Sin embargo, no fueron extraños determinados ejemplos de sectores deseosos de ser objeto de una reglamentación “fuerte” por parte del Estado, elección que podríamos calificar *contra natura* según la línea argumentativa anterior, pero que tiene su propia lógica interna, basada en dos razones de fondo:

a). Muchas industrias contaminantes pueden llegar a sentir una especie de “orfandad normativa” al ver cómo el objeto de su actividad empresarial carece de las mínimas reglas de juego. La experiencia demuestra cómo de una fase de euforia expansiva inicial del sector se pasa a una etapa de desazón provocada por la contaminación que acompaña este tipo de actividades exentas de control administrativo.

840 Como venimos diciendo desde el principio –y hemos verificado igualmente en Francia– el hecho de que la Administración se encuentre en una posición de superioridad sobre la parte privada del acuerdo no es intrínsecamente negativo. Es más, cuando esa posición resulta de las circunstancias objetivas del sector y no de una actitud subjetiva del Estado es todavía más favorable para el acuerdo. Por ejemplo, en el caso del programa de ramo celebrado con las dos empresas del amianto, la pésima imagen que éstas tenían de cara a la Sociedad las hacía muy vulnerables. Las investigaciones médicas y científicas habían revelado una relación de causalidad absoluta entre la manipulación y aspiración de las fibras de amianto y los cánceres de pleura. En tales situaciones de grave riesgo para la salud, las industrias no pudieron menos que esperar la intervención estatal, incluso postulándose a favor de una reglamentación severa. La cooperación y receptividad que la Administración encontró desde el principio se basaba, por tanto, en una debilidad manifiesta. Igualmente estrictos fueron los objetivos marcados por el Ministerio de Medio Ambiente al sector del “equarrissage” (dedicado a la obtención de productos como el cuero, la grasa o harinas y piensos a partir de desechos y despojos animales). Este “programme de branche” fue suscrito el 29 de julio de 1.977 y estuvo marcado por una etapa previa de negociaciones basadas en la prepotencia de la Administración (conocedora de la situación boyante que atravesaba el sector aludido, lo que le hacía capaz de afrontar las medidas ambientales a proponer) y en la sumisión de la parte industrial (que deseaba una reglamentación a la que poder atenerse para así mejorar su imagen ante la Sociedad, muy deteriorada como consecuencia de la contaminación que provocaban en las aguas y en la atmósfera).

841 Como ya describimos en la parte italiana, el azar supone un elemento decisivo en esta fase: acuerdos como el del amianto son modelícos por las afinidades confesadas que se produjeron entre las partes.

b). Una tercera etapa o fase aparece cuando dicha contaminación comienza a ser conocida por las poblaciones adyacentes a los establecimientos, pasando el sector a tener mala prensa para los vecinos. Los medios de comunicación se encargan de trasladar los efectos negativos de la actividad, que desde ese momento es “estigmatizada” y considerada negativamente por el común de la sociedad<sup>842</sup>.

Aun así, podemos extraer como regla general que las relaciones entre las disposiciones administrativas y los acuerdos voluntarios han seguido una tradicional secuencia temporal en Francia: primero se llegaba a un acuerdo, contrato o programa voluntario de descontaminación con el sector o grupo industrial; segundo, se formalizaba tales relaciones paccionadas por medio de *arrêts* prefectorales, que “santificaban”, para la esfera local, las prescripciones morales o meramente indicativas de esos pactos sin valor jurídico.

No obstante esto, se han dado casos raros en que tales reglas se han modificado, llegando incluso a invertirse. Así, verbigracia, en el marco del contrato-programa de empresa firmado entre el Ministerio de Medio Ambiente y el grupo Pechiney (dedicado a la producción de aluminio, a la química y al tratamiento del cuero), donde las disposiciones administrativas del prefecto antecedieron a la firma del programa de empresa del sector Aluminio<sup>843</sup>.

842 El programa del ramo del “*equarrissage*” es un exponente aparte en la dinámica aludida entre los intereses legislativos y contractuales: en este caso particular los papeles se invirtieron, y las industrias aceptaron someterse a un programa voluntario de descontaminación sólo cuando el Estado aprobó la Ley 1.336/1.975, de 31 de diciembre, sobre “*equarrissage*”. La adopción de una ley que fijara los perímetros mínimos de los establecimientos era una aspiración albergada por la mayoría del sector, que veía en la concentración empresarial la salida a muchos de los problemas de las pequeñas industrias que lo integraban. A cambio de la aprobación de esta norma, de efectos fundamentalmente económicos, éstas industrias consintieron en la iniciación de las negociaciones destinadas a la adopción de medidas ambientales. Otro ejemplo de reglamentación deseada se daba en el plan sectorial para el tratamiento de superficies, de 1.985, antes del cual los vendedores de materiales anti-polución se frotaban las manos ante un posible reglamento en la materia, que estableciera altos estándares ambientales que obligasen a las empresas a invertir en la compra de esos productos. Estos vendedores estaban integrados en la rama ambiental del sindicato SITS (sindicato de tratadores de superficie).

843 Se trata de un caso excepcional que debe ser explicado: el 9 de noviembre de 1.976 se firmaron tres programas de empresa que desarrollaban el acuerdo marco o contrato-programa de empresa suscrito el 23 de julio de 1.976 entre el grupo Pechiney y el Ministerio de Medio Ambiente. Lo que ocurrió fue que el 3 de junio del mismo año, el prefecto del Departamento de los Altos Pirineos aprobó un *arrêt* que regulaba las medidas a adoptar por la fábrica que el grupo poseía en la Región, concretamente en Lannemezan, para acallar las críticas y quejas vertidas por los propietarios de ganado y agricultores de la Barthe de Neste contra la contaminación derivada de la misma. Ante la vaguedad de los objetivos impuestos, el programa de empresa aplicable a la rama Aluminio quiso ser un remedio a ese laxismo reglamentario, pero se quedó en la intenciona, pues se trató más de una medida política para hacer ver a los ganaderos y agricultores que se estaba trabajando en ello, pero llegando a los mismos resultados poco ambiciosos del *arrêt* citado. En la mente del Ministerio de Medio Ambiente se jugaba con la confidencialidad del programa voluntario, desconocido por los grupos aludidos, quienes no pudieron acceder al documento en aras de un supuesto interés profesional a proteger por parte del grupo Pechiney y su rama del Aluminio. Al trascender la escasa severidad del programa, el Ministerio tuvo que incitar al prefecto a que emanara sendos *arrêts*, de 10 de diciembre de 1.979 y de 5 de diciembre de 1.986, reemplazando a un inexistente y más estricto programa de empresa prometido. Estos avatares no fueron sufridos en la fábrica que Pechiney tenía en la Saboya, donde directamente se aprobó un *arrêt* el 5 de marzo de 1.973, que venía a recoger el producto de unas intensas y ejemplares negociaciones mantenidas por ambas bandas desde más de una década antes.

## VII. LOS LÍMITES DE LA DISPONIBILIDAD DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS POR LA VÍA CONVENCIONAL EN FRANCIA: EL ARRÊT “LES AMIS DE LA TERRE”, DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS, DE 8 DE MARZO DE 1.985

No es exagerado decir que esta sentencia del Consejo de Estado francés ha marcado un hito a escala europea acerca de la naturaleza jurídica y validez de la política de concertación llevada a cabo por las Administraciones con los empresarios para proteger el medio ambiente: marcó un hito esencial en la concepción de los acuerdos ambientales, en una época histórica en la que se desconocía profundamente su contenido, su encaje en el Ordenamiento jurídico y su alcance en el desenvolvimiento de la actividad administrativa. Además, dada la alta autoridad del *Conseil d'État*, posiblemente haya influido sobremanera en las prácticas homólogas que se estaban desarrollando en otros países europeos a finales de los 70 y primera mitad de los 80, hasta el punto de ser un referente esencial para conocer la verdadera dimensión de los acuerdos voluntarios en materia de medio ambiente, y por ende, de la contractualización de los poderes y potestades administrativas en general.

La Asociación ecologista “Los Amigos de la Tierra”, fue creada en 1.970 en Francia para proteger a la ciudadanía de los daños ambientales provocados por la actividad industrial o de los poderes públicos.

El grupo P.U.K. (*Pechiney-Ugine-Kuhlman*) se dedicaba a la producción de aluminio, a la química ya al tratamiento del cuero, y a mediados de los años 70 su imagen en la sociedad era bastante mala, debido a la importante contaminación que provocaban sus fábricas, sobre todo en las aguas (residuos de taninos, flúor, cromo, etc.)<sup>844</sup>. Es por ello por lo que el 23 de julio de 1.975, el grupo llega a un acuerdo-

<sup>844</sup> A pesar de su mala fama, el grupo Pechiney se ha destacado por su política de pactos con la Administración. Aparte del que se está describiendo, firmó también un acuerdo voluntario de reducción de los gases de efecto invernadero, por el que se comprometía a reducir para el año 2.000 y con relación a 1.990, un 19% de la cantidad total de CO<sub>2</sub> emitido por cada tonelada de aluminio producida, así como un 73% de las emisiones de tetrafluoruro de carbono (un gas 5100 veces calorífugo que el CO<sub>2</sub>). Como recuerda el Ministerio de Medio Ambiente, ese objetivo se cumplió ya en 1.997. Vid. *Ministère de l'Aménagement du Territoire et de l'Environnement, Engagements volontaires de réduction des émissions de gaz à effet de serre dans l'industrie française*, 1.999, págs. 1 y 3. Mientras que en Alemania el acuerdo para la reducción de GHG (*Green House Gases*) cubre 14 sectores industriales, en Francia, el acuerdo GHG se ha firmado entre el Ministerio de Medio Ambiente y el grupo Pechiney, exclusivamente, prometiéndose en ambos casos por parte de la Administración (en el caso alemán y en el francés) no emanar una regulación *ad hoc* mientras se cumplan los objetivos del acuerdo. El acuerdo fue firmado a mitad de 1.996, y Pechiney. La razón por la que una sola empresa ha firmado el acuerdo es que ella sola copa el 70% del mercado de Aluminio en Francia. Vid. BÖRKEY, P., GLACHANT, M. y LÉV QUE, F., con BARDE, J. P., coordinador, *Voluntary Approaches for environmental Policy in OECD Countries: an Assessment*, París, 1.999, págs. 53, 56 y 57.

marco con el Ministerio de Medio Ambiente para convenir un calendario de descontaminación periódica y de producción más limpia, posteriormente desarrollado a través de tres programas de empresa (uno para cada ramo: Química, Aluminio y Cuero) celebrados el 9 de noviembre de 1.976.

A la vista de esta actuación concertada, con fecha de 6 de diciembre de 1.976, la Asociación interpone siete recursos ante el Tribunal administrativo de París. El primero se dirigió contra el contrato-programa de empresa de 23 de julio, el 2º, 3º y 4º frente a las decisiones del Ministro de perfeccionamiento de los 3 programas de empresa de 9 de noviembre de 1.976, y los otros tres finales frente a esos 3 programas en sí.

## 1. La decisión del Tribunal administrativo de París

Una vez impetrada justicia por parte de la Asociación, la pelota pasó al tejado de la Administración estatal. Una serie de actuaciones poco diligentes desde el punto de vista procesal denotaron una cierta relajación del Ministerio al ejercer su defensa: interpelada la Administración por el Tribunal, el 13 de mayo y el 20 de junio de 1.977, para que presentase la contestación a la demanda, ésta no sólo no cumple con su obligación en el plazo de los 15 días previsto, sino que es el 26 de septiembre de 1.978 cuando entra en el registro del Tribunal la memoria de defensa (esto es, 21 meses más tarde de lo fijado)<sup>845</sup>.

El abogado de la Asociación ecologista era el famoso ambientalista FRANCIS CABALLERO, conocido en el Derecho Ambiental francés por su decidida oposición

<sup>845</sup> Esta y otras actuaciones de menor calado extrañaron mucho al grupo P. U. K., un tanto escandalizado de la débil defensa que estaba interponiendo el Ministerio, que parecía querer claudicar frente a la Asociación y que sólo muy tardíamente y tras varias intimaciones del Tribunal accede a redactar un proyecto de contestación a la demanda. Se ha elucubrado mucho sobre esta clara actitud pasiva del Ministerio, y no cabe llegar a otra conclusión que la siguiente: la inercia del Ministerio, su falta de diligencia quizás se debiera a su falta de confianza en la política de pactos y concertación desempeñada con tanto celo en la primera mitad de los años 70. A comienzos de los ochenta, posiblemente la opinión del Ministerio sobre un acercamiento pacticio a los industriales hubiera cambiado, un tanto desengañada de los resultados reales que con esa política se habrían obtenido para el interés público. Con esa dejación de funciones en su defensa, el Ministerio perseguía desembozarse de la maraña de pactos en la que se hallaba inmersa (muchos ya firmados y otros tantos en proceso de conclusión) cosa que sólo podría hacer sin descrédito si una decisión externa así se lo imponía. Los recursos interpuestos por la Asociación "Los Amigos de la Tierra" hicieron que la Administración viese el cielo abierto para desembarcar de la nave en la que con tanta decisión ella misma se enrolara, ante el asombro de sus compañeros de viaje, los industriales y empresarios.

al derecho negociado, como bien dejó claro en su Tesis Doctoral<sup>846</sup>. Consciente de la dificultad de que el Tribunal admitiera un contencioso interpuesto por un tercero frente a un contrato, recurre también por exceso de poder los actos de adjudicación de los contratos por parte del Ministro, actos separables de los contratos en sí<sup>847</sup>. Los argumentos aducidos por este jurista fueron los siguientes:

a). Ataca la mentalidad ministerial en estos acuerdos porque privilegia los intereses de las industrias y descuida la protección del medio ambiente<sup>848</sup>.

b). Solicita al Tribunal la anulación del acto de perfeccionamiento del contrato de 1.975 y, por traer causa de él, de los programas de empresa firmados en 1.976, ya que todos ellos vulneraban el principio de indisponibilidad de las potestades administrativas<sup>849</sup>. En efecto, los tres programas firmados el 9 de noviembre de 1.976 se enmarcan en los arts. 2 y 6 del texto de 23 de julio del mismo año: el primero de ellos permite a la Administración establecer el programa de descontaminación tras llegarse a un acuerdo con el grupo P. U. K. El segundo, posibilita la modificación del programa con base en un acuerdo común entre el Ministerio y dicho grupo.

c). Llama la atención sobre el desapoderamiento material y espúreo que, en materia de policía de instalaciones clasificadas, supone para el prefecto tener que aceptar en el ámbito local los programas firmados a escala nacional. El art. 4b) del acuerdo de 1.975 vincula las órdenes prefectorales a las disposiciones de los programas de empresa, que deberán dictarse o revisarse a tenor de las mismas<sup>850</sup>.

\*\*\*\*\*

<sup>846</sup> Vid. CABALLERO, F., *Essai sur la notion juridique de nuisance*, LDGJ, 1.981.

<sup>847</sup> Sería igualmente complicado que el Tribunal descartara la naturaleza contractual de los textos recurridos y les adjudicara naturaleza unilateral administrativa, pues el Consejo de Estado había dicho esto de los acuerdos de precios, pero con la diferencia de que en ellos la naturaleza reglamentaria se desprendía del hecho de estar insertos en órdenes ministeriales, cosa que no pasaba en este caso. En el *Arrêt* del Consejo de Estado Sieur Valet, de 23 de octubre de 1.974, se declara la naturaleza reglamentaria de los contratos de programa en materia de precios celebrados entre el Ministro de finanzas y las organizaciones profesionales.

<sup>848</sup> Vid. LASCOURMES, P., en colaboración con BENGHOZI, M., y ROBERTO, F., *Négocier le droit de l'environnement?...*, *opus cit.*, pág. 5 del Anexo 1.

<sup>849</sup> Este importantísimo principio (prohibición de alienación de los poderes de policía por medio de técnicas contractuales) ha sido corroborado por el Consejo de Estado en el *arrêt affaire Syndicat national du commerce en gros des équipements de véhicules*, de 2 de marzo de 1.973, REC. 181. Valedor incansable de este principio en sede ambiental, y, por ende, muy receloso del uso de los acuerdos y contratos de ramo en Francia, CABALLERO, F., *Essai sur la notion...*, *opus cit.*, pág. 153., donde afirma que la Administración no puede alienar mediante contrato el poder reglamentario que le ha sido concedido por ley. En sus propias palabras, "...Lo que puede ser impuesto unilateralmente no debe ser negociado bilateralmente". Caballero parece partir de la ilegalidad de los acuerdos ambientales que constriñan o condicionen las potestades administrativas. Pero ello supone atribuirles carácter vinculante, cosa que no es cierta en Francia. Por lo demás, la mayoría de los acuerdos ambientales franceses, si no todos, salvan expresamente en su tenor literal la capacidad de la Administración de emanar normas más restrictivas en caso de incumplimiento del convenio.

<sup>850</sup> Lo que es más, los programas de 1.976 suspendían la validez de las órdenes prefectorales dictadas durante el plazo que los programas otorgaban de validez y desarrollo de los mismos. El art. 4º del texto del acuerdo de 1.975 sólo otorgaba validez a dichas órdenes si eran previas o posteriores a ese lapso de tiempo.

d). La Asociación se queja irónicamente de que no entiende por qué el Ministerio tiene que recurrir a contratos para aplicar eficazmente las prescripciones de la Ley de 1.917 sobre establecimientos clasificados.

El Ministerio de Medio Ambiente intenta contrarrestar los motivos de la Asociación con estas razones:

a'). La política contractual permite a las industrias planificar sus gastos e ingresos a la hora de introducir métodos y tecnología más limpia para el entorno. Con ello escapan, en cierta medida, de los inconvenientes de los compromisos impuestos de golpe por la normativa.

b'). La Administración, más que demostrar la validez de su política contractual, defiende la no admisibilidad de los recursos interpuestos por la Asociación, pues estima que al no derivarse de los programas ningún daño para ella, no cabría interponer un recurso por un tercero ajeno al contrato. Con ello esperaba que el Tribunal administrativo se declarase incompetente.

c'). Trae a colación el art. 4 del acuerdo de 1.975, que afirma que: "las disposiciones de la presente convención no hacen obstáculo a la aplicación de la Ley de 19 de diciembre de 1917, relativa a los establecimientos clasificados como peligrosos, insalubres o incómodos".

d'). Es cierto que los programas de empresa sirven para aplicar al caso concreto las prescripciones de la Ley de instalaciones clasificadas, pero ello no significa, cree el Ministerio, incurrir en el absurdo (al ser las leyes de por sí directamente aplicables y vinculantes, sin necesidad de instrumentos interpuestos) pues el problema sobrepasa el ámbito jurídico para instalarse en el del realismo: la verdad es que a través de convenciones se puede aplicar al caso concreto la Ley, teniendo en cuenta, además, las características intrínsecas del sector en las disposiciones de los programas firmados<sup>851</sup>.

Ante estas dos posturas, el Tribunal Administrativo de París dicta sentencia el 27 de marzo de 1.980, concluyendo lo siguiente:

I. Rechaza la admisión de los 7 recursos en bloque porque la firma de los acuerdos de 1.975 y 1.976 no implica daño alguno para la Asociación,

<sup>851</sup> A este respecto apunta LASCOUMES con mucha finura que, a pesar de la buena fe de la Administración, su pragmatismo traducido al lenguaje jurídico significa debilidad, abandono de sus prerrogativas. Cf. LASCOUMES, P., en colaboración con BENGHOZI, M., y ROBERTO, F., *Négocier le droit de l'environnement?...*, opus cit., pág. 9 del Anexo 1.

pues esos programas iban destinados a acabar con la polución; esto es, no está legitimada ante el tribunal porque allí no se ventila ningún interés suyo que pueda resultar afectado. Ello, además, porque al tratarse de contratos administrativos en razón de su objeto y de sus cláusulas, no pueden ser impugnados por un tercero<sup>852</sup>.

II. El Tribunal no se pronuncia explícitamente sobre el fondo del asunto, o sea, sobre la posibilidad o no de que se puedan alienar los poderes de la Administración y de las autoridades locales. Pero, implícitamente, al atribuir a los programas naturaleza contractual está implícitamente reconociendo que ello vulnera el principio de indisponibilidad de los poderes públicos. El caso es que se trató de una sentencia que declaraba la inadmisibilidad del recurso, y que no se pudo pronunciar sobre el fondo del asunto al admitirse los defectos de legitimación de la actuación de la Asociación.

## 2. El asunto en apelación ante el Consejo de Estado

La Asociación no se dio por vencida en primera instancia, e interpuso recurso de apelación ante el Consejo de Estado el 24 de noviembre de 1.980. El grupo P. U. K., a pesar de la victoria en primera instancia –pírrica, a la postre– decide presentar alegaciones propias, aparte de adherirse a las que la Administración presentara también. La Asociación reacciona con las siguientes observaciones:

a). Las Asociaciones de defensa del medio ambiente<sup>853</sup> sí están legitimadas ante la jurisdicción contenciosa si el asunto toca el objeto de su actividad, esto es, la protección y conservación de la naturaleza<sup>854</sup>. El argumento utilizado por el Tribunal

<sup>852</sup> Al retener la naturaleza contractual administrativa de los textos recurridos, se está admitiendo que han sido redactados unilateralmente por la Administración y que tienen por finalidad la persecución de un interés general X, en este caso, la protección del medio ambiente.

<sup>853</sup> Podemos distinguir entre dos tipos de asociaciones ambientalistas en Francia: las simplemente declaradas y las aceptadas o "agrées". Las primeras son mayoría y sólo necesitan para su constitución que al menos las integren dos personas y ser sometidas a declaración administrativa. Las segundas conforman una categoría introducida por la Ley Barnier de 1.995 y se caracterizan porque la Administración considera que desempeñan actividades de interés general. Esa ley introduce un nuevo art. 252-1 en el Código Rural que atribuye esa calidad a aquellas asociaciones que de manera general tengan por objeto la protección del medio ambiente. En 1.999 se estima que existían en Francia unas 10.000 asociaciones de defensa del medio ambiente, de las cuales unas 1500 son asociaciones "agrées". Vid. COULAUD, N., ELMAN, F. Y MIGUET, L., *Protection de l'environnement. Associations, obstacles ou partenaires?* en Le Moniteur, nº. 4.987, 25 de junio de 1.999, págs. 38 y 39. La calificación como "agrée" supone que la asociación pueda ser consultadas en la realización de planes de suelo (art. L-121-8 del Código de Urbanismo) o deban serlo en la elaboración de planes de salvaguarda y de puesta en valor (art. R. 313-6 del mismo).

<sup>854</sup> Como dispone el art. 40 de la entonces nueva Ley de instalaciones clasificadas, de 19 de julio de 1.976.

a quo al indicar que no se afecta ningún interés de la asociación al tratarse de actuaciones encaminadas a acabar o reducir la contaminación puede llevar al absurdo de hacer intocables todas las decisiones del Ministro que se amparen en ese motivo, lo que sería intolerable<sup>855</sup>.

b). Reitera la imposibilidad de firmar acuerdos en el marco de potestades administrativas. Recuerda al Consejo de Estado que así lo entendía el *arrêt* de 2 de marzo de 1.973, *Syndicat national de commerce de gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages*, Rec., Cons. d'Ét., p. 181, concl. Brabant; Act. jur. D. A. 1.973.323 o en el de 23 de octubre de 1.974, Valet y otros, Rec. Cons. d'Ét., pág. 500, ambos sobre convenios en materia de precios<sup>856</sup>.

El Consejo de Estado, el 8 de marzo de 1.985, sentenció que los tres programas de empresa de 1.976 se hallaban desprovistos de validez jurídica, y anuló las decisiones de adjudicación del Ministerio, de 9 de noviembre. Acepta la naturaleza contractual administrativa de los programas (entiende que formalmente han sido unilateralmente redactados por la Administración, a pesar de que su contenido haya sido materialmente pactado con el grupo P. U. K.) y los anula porque al contratar con un tercero, la Administración hace abandono manifiesto de sus prerrogativas<sup>857</sup>. Con ello le da la razón a la Asociación ecologista.

El Consejo de Estado se pronuncia sobre la validez de los acuerdos a pesar de que sigue pensando que no cabe que un tercero interponga un recurso frente a un con-

<sup>855</sup> La carencia de potestades públicas de las asociaciones de defensa de la Naturaleza se compensa con la legitimación que el Código Rural les otorga ante los Tribunales y como denunciantes de los atentados contra el medio ambiente (artículos L 251-1, L 252-2, L 252-3 et L 252-5, tras la reforma operada por el art. 5 de la Ley nº. 95-101, de 2 de febrero, de "renforcement de la protection de l'environnement"). Vid. ASSOCIATION NATIONALE POUR LA PROTECTION DES EAUX ET RIVIERES, *Enquête-rapport sur l'efficacité des lois de l'environnement*, abril 1.996, París, pág. 121.

<sup>856</sup> Vid. JEANNENEY, P. A., *Nature et portée des contrats de programme "antipollution" conclus par le ministère de l'Environnement*, en R.F.D.A., 1 (3), mai-juin, 1.985, págs. 364 y 365, donde recoge también la cita del *arrêt* del Consejo de Estado de 20 de enero de 1.978, *Syndicat National de l'Enseignement Technique Agricole Public*, Rec. Cons. d'Ét., pág. 22, donde se prohíbe a un órgano administrativo (el Ministerio de Medio Ambiente) actuar bilateralmente (mediante una convención firmada con la Unión nacional de casas familiares de educación y de orientación) cuando la ley le ha atribuido una potestad reglamentaria para regular la situación jurídica del citado sindicato.

<sup>857</sup> LASCOURMES pone de manifiesto las contradicciones y el carácter equívoco de la noción de contrato administrativo, que, por un lado, debe estar redactado unilateralmente por la Administración, pero que, sin embargo, a pesar de esa unilateralidad, si vinculan las potestades administrativas son nulos. Se observa una ruptura latente de la lógica en esta cadena argumental. Lo que no acierta a descifrar Lascoumes en este punto es que la conculcación del principio de indisponibilidad de los poderes públicos deriva (a pesar de su unilateralidad) del hecho de consentir la Administración en obligarse con un particular, al que otorga determinadas prestaciones, yendo ello en contra de la libertad de elección de medios y fines que en todo momento tiene que presidir la actuación administrativa. Vid. LASCOURMES, P., en colaboración con BENGHOZI, M., y ROBERTO, F., *Négocier le droit de l'environnement?...*, opus cit., pág. 12 del Anexo 1.

trato. No se pronuncia, al igual que el tribunal de instancia, sobre la validez del acuerdo de 1.975 porque estima que su enjuiciamiento se le ha sometido demasiado tardíamente.

### 3. Reflexión final

La Administración nunca se tomó en serio el proceso, pues el debate lo había establecido la Asociación “Los Amigos de la Tierra” en términos jurídicos. El Ministerio nunca fue consciente de la posible antijuridicidad de su política de protección de la naturaleza, pues la línea se la marcaba caso por caso, y siempre careció de la perspectiva adecuada para enjuiciar su corrección formal. Le importaba mucho más la efectividad de las medidas a tomar, que se adaptaran a la industria o sector implicado como un guante a una mano.

Una vez pasado el temor inicial, la Administración vio con buenos ojos los recursos entablados, pues vio en ellos la forma de legitimar su nueva política contractual, más estricta para la parte privada de los acuerdos que aquella inicial de los años 70. A la vez, era la excusa perfecta para desmarcarse de la etapa anterior y de la tibieza de los compromisos adquiridos por las industrias durante la misma.

Por ello, su derrota jurídica ante el Consejo de Estado no le acarrió una tacha moral hacia su política de concertación. Aprendida la lección, el Ministerio, fiel a sí mismo, siguió negociando con otros grupos y sectores industriales, pero no formalizó esas conversaciones y compromisos mutuos como contratos sino como reglamentos o simples compromisos morales<sup>858</sup>. En contra de lo que pudiera parecer, el

<sup>858</sup> Como aquella orden ministerial arriba citada que concluye las conversaciones entabladas con el sector del tratamiento de superficies. A través de una disposición reglamentaria como ésta se satisface también una de las finalidades ocultas de los programas de empresa recurridos, que no era otra que la de recuperar cierto poder en la esfera local, imponiendo sus decisiones sobre las de los prefectos, en asuntos que lo requiriesen. A través de meras obligaciones morales (convenciones, acuerdos y demás terminología ambigua) no se cumplía con esta finalidad oculta de manera consciente, por tratarse, por ejemplo, de sectores menos estratégicos o necesitados de un menor dirigismo estatal.

Tal vez la decisión del Consejo de Estado contra la disponibilidad contractual de las potestades administrativas influyera en un caso inmediatamente posterior que relata DYSSLI, B., *Les Accords Volontaires: un Exemple en France, l’Affaire de Marckolsheim*, en la obra colectiva DEIMANN, S., y DYSSLI, B., (editores), *Environmental Rights. Law, Litigation & Access to Justice*, Cameron May, 1.995, Londres, págs. 302 a 327. Se trataba del acuerdo firmado entre el Estado, el Departamento del Bajo Rhin, el Ayuntamiento de Marckolsheim y el organismo público Puerto de Estrasburgo con la Federación de Asociaciones de Protección del medio ambiente y la Industria el 11 de septiembre de 1.990, que no se formalizó bajo el nombre de contrato o convenio sino de “Relevé de décisions”, queriendo darse la impresión de ser sendas declaraciones unilaterales de voluntad, pero siendo, en el fondo, un puro contrato o acuerdo de naturaleza pública. Se quería esconder, tal vez, el compromiso (ilegal a todas luces a la luz de la jurisprudencia

*arrêt* del Consejo de estado de 8 de marzo de 1.985 no ha enterrado la política ambiental concertada o paccionada, sino que ha contribuido a consagrarla en Francia definitivamente, con la precaución ya comentada. De hecho, se ha constatado cómo desde el inicio de los años noventa se ha experimentado un lento pero continuo retorno a estos instrumentos paccionados<sup>859</sup>.

## VIII. DESCRIPCIÓN DE ALGUNOS ACUERDOS VOLUNTARIOS CELEBRADOS EN FRANCIA

### 1. El acuerdo sobre el tratamiento de vehículos para desguace

Desde finales de los años 80 empezó a tomarse conciencia a escala europea de la contaminación provocada por los residuos derivados del procedimiento de fabricación y abandono de vehículos. Así, en Alemania, la BMW comenzó a desarrollar bases de datos sobre el desmontaje y reciclado de sus turismos. En la Unión Europea, la Comisión inició un estudio sobre Flujos de Residuos Prioritarios (FRP), en los que se englobaban los Residuos de Vehículos para Desguace (VPD).

Como no podía ser menos, Francia compartía esa misma sensibilidad, que se acentuaba al tratarse de un país en el que nada menos que el 20% de su empleo se estima relacionado con la industria del automóvil.

El acuerdo se firmó en marzo de 1.993. Es un ejemplo prototípico de acuerdo ambiental francés, sin vinculación jurídica para las partes, basado en puras obligaciones morales. Los actores son 24: los Ministerios de Industria y de Medio Ambiente, Renault, PSA (fabricante que engloba a Citroën y Peugeot)<sup>860</sup>, 12

\*\*\*\*\*  
cia *Amis de la terre*) suscrito por las Administraciones del Ayuntamiento de Marckolsheim y del Puerto de Estrasburgo de renunciar a la futura posible industrialización de la ribera que este pueblo tiene junto al Rhin, como contraprestación pública en el acuerdo. El acuerdo tenía por objeto la autorización de una fábrica de ácido cítrico a cambio de ciertas concesiones ambientales. Esta concesión pública compromete la potestad de planeamiento, por lo que debe ser considerada nula. El conflicto no llegó a los Tribunales sino que fue fruto de dicho acuerdo paccionado.

<sup>859</sup> Así lo cree, por ejemplo, INGRAM, V., *An Environment for Consensus?*, CAVA Working Paper nº. 98/11/2, enero 1.999, pág. 9.

<sup>860</sup> De todos es sabido que Renault, Citroën y Peugeot copan el mercado automovilístico de coches nuevos en Francia: actualmente cuentan con un 60% de cuota de mercado. Sin embargo, desde 1.995, también se han adherido al acuerdo los importadores de vehículos de marcas extranjeras. Como veremos en el capítulo reservado al Derecho Comunitario, es deseable que los mismos se encuentren abiertos a posibles adhesiones, para no perjudicar así la libre competencia dentro de la UE y reducir el fenómeno del *free-riding*.

importadores de vehículos, más ocho asociaciones de comercio que incluyen a desguazadores, trituradores, productores de material y proveedores de equipo. El acuerdo se centra en una mejora de la cantidad de materiales de vehículos nuevos a reciclar, reutilizar o recuperar energéticamente, para lo cual se establecen concretos objetivos<sup>861</sup>:

- para el año 2.002, sólo podían ser destinados al vertedero un 15% del peso total del vehículo (con un máx. de 200 kilos);
- a partir del año 2.002, los nuevos modelos debían permitir recuperar el 90% del peso total del modelo;
- a largo plazo, no más de un 5% podrá ser no recuperable.

De ello podemos inducir que el acuerdo tiene una vigencia de 9 años, esto es, de tracto medio/largo, como es deseable<sup>862</sup>. Sus principales principios o criterios de desarrollo son tres:

1. Responsabilidad compartida: siguiendo el V Programa de acción en materia de Medio Ambiente de la UE. En este caso, más que de responsabilidad compartida podríamos hablar de responsabilidad repartida<sup>863</sup>.
2. Respeto del libre mercado: los objetivos deben perseguirse dentro del libre desenvolvimiento del juego de los agentes económicos, sin ninguna intervención exógena de las Administraciones.
3. Libre elección de las opciones de tratamiento de los residuos: reciclaje, reutilización o recuperación de energía, si bien las partes no esconden su inclinación a priorizar aquel sistema.

<sup>861</sup> Como demandará posteriormente la Comunicación de la Comisión de 1.996 sobre Acuerdos voluntarios. Como siempre ocurre en la política comunitaria, la legislación no es más que la formalización jurídica de posiciones comunes, laboriosamente alcanzadas entre los diferentes criterios nacionales. En materia ambiental, este esquema se atomiza sobremanera, dados los muy diversos niveles de protección ambiental que suelen existir entre los países del Norte y del Sur de Europa. En el caso de acuerdos ambientales esta tradición se invierte en lo concerniente a Francia, primer país Europeo en apoyar los instrumentos paccionados, que ha influido notoriamente en la Comunicación aludida.

<sup>862</sup> Sólo sobrepasado en duración, que nosotros conozcamos, por el compromiso voluntario (*engagement volontaire*) global de la industria francesa de envases de vidrio, suscrito por todo el sector (representado por la Cámara sindical de Industrias del vidrio mecánicas de Francia) con el Ministerio de Medio Ambiente por un plazo de 15 años (1.990-2.005), con la intención de reducir la cantidad de materias primas a usar, de los desechos, de llegar a un nivel de total recuperación del agua gastada y de obtener una tasa de reciclaje igual al 75% al final del mismo.

<sup>863</sup> Pues el acuerdo parte de la consideración de que lo óptimo es distribuir en cada sujeto firmante del mismo determinadas acciones en las que es especialista, sobre las que, lógicamente, tendrá responsabilidad. Así, por ejemplo, los desguazadores vendrán obligados a desarrollar nuevas herramientas para un mejor desmontaje manual de los vehículos; los fabricantes, a mejorar el diseño y un más racional uso de materiales para conseguir los objetivos de recuperación propuestos; los trituradores, a intentar recuperar energía derivada de la combustión de los residuos plásticos, etc.

Como viene siendo habitual en los acuerdos voluntarios estudiados hasta este momento, este en particular carece también de un correcto sistema de monitorización, de representatividad pública, de sanciones en caso de incumplimiento y de vinculatoriedad jurídica.

Respecto a la monitorización y a la participación pública, se estableció un sistema de control (*Instances de Suivi*) encargado de vigilar el desarrollo del acuerdo, que, en 1.998 aún no había emanado ningún documento de valoración del cumplimiento de los objetivos perseguidos<sup>864</sup>. Tan sólo se hace público, en 1.996, un Informe sobre las medidas adoptadas por cada parte, pero sin proceder a un paralelo enjuiciamiento de su eficacia. Las críticas vertidas sobre la escasa trascendencia de la información disponible al público llevaron a que varias ONGs fueran invitadas a asistir a ciertas reuniones del Comité de Monitorización.

Por otra parte, no existen sanciones de ningún tipo en caso de infructuoso cumplimiento de los objetivos acordados, lo cual está íntimamente relacionado con el carácter no cogente del acuerdo<sup>865</sup>. En efecto, en el mismo se dispone que el acuerdo implica exclusivamente compromisos de voluntario cumplimiento por las partes, asentados sobre una benéfica obligación moral al respecto. La única posibilidad de coerción consiste en una implícita amenaza del Gobierno de aprobar una hipotética normativa sobre residuos de VPD en el caso de absoluta insatisfacción con el logro del acuerdo<sup>866</sup>.

864 Muy bien ha funcionado hasta hoy en día la obligación de emanar informes de control impuesta a las dos empresas suscriptoras del programa amianto antes del 1 de marzo de cada año. Además, un organismo informal de intercambio de pareceres ha nacido espontáneamente al respecto, el llamado Comité permanente amianto.

865 Se trata de una característica común a todos los acuerdos ambientales franceses, concebidos como obligaciones morales en sí mismos (Vid. PRIEUR, M., *Droit de l'Environnement...*, *opus cit.*, pág. 132 y ss. y 90e CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE, *Protection de l'Environnement. De la Contrainte au Contrat, Tome I*, Nantes, du 8 au 11 mai 1.994, pág. 326); no así ocurre respecto a su formalización jurídica a través de instrucciones, reglamentos u órdenes prefectorales. Por ejemplo, las órdenes prefectorales que aplican el programa sobre amianto firmado en 1.980 concedían o denegaban las autorizaciones de instalación de nuevas plantas o de ampliación de las ya existentes dependiendo o no del respeto previsto o confirmado (respectivamente) del acuerdo, lo que no deja de constituir una suerte de "penalización".

866 Esta amenaza implícita parece ser el marchamo de los acuerdos ambientales holandeses –llamados *covenants*– y belgas, y de algunos franceses y alemanes. Entre los más fervientes autores a favor de esta "ayuda" para la celebración de acuerdos voluntarios están BÖRKEY, P., y GLACHANT, M., *Les engagements volontaires de l'industrie dans le domaine...*, *opus cit.*, págs. 29 a 33. Comulgamos con estos investigadores alemán y francés, respectivamente, en la legitimidad de las presiones por parte de la Administración. La Administración siempre ha de actuar movida por la obtención del máximo interés general: más que lícito, es un deber de la Administración al firmar acuerdos voluntarios. Por otra parte, la amenaza consiste en el ejercicio de una potestad absolutamente regular como la reglamentaria. Además, el hipotético perjuicio al bien común que podría suponer un acuerdo por lo que tiene de compromiso –siempre moral, casi nunca jurídico– unilateral de la Administración quedaría conjurado cuando se imponen, con la mayor severidad posible, determinados objetivos ambientales a una empresa o sector. En Francia, por ejemplo, la amenaza de un sistema reglamentado estimuló a las empresas que comercializaban productos envasados a organizar un sistema de adhesión voluntaria de recuperación de los residuos de envases.

Podemos entresacar algunas características jurídicas de este acuerdo que nos han parecido especialmente interesantes:

a). En primer lugar, en este caso se ha creado una especie de cadena de exigencia en todos los operadores comerciales: en efecto, los dos fabricantes de automóviles citados están relacionados a través de *joint ventures* con sus principales proveedores de suministros, a los que exigen una mejora constante en la calidad de sus productos para así facilitarse un mejor diseño de los vehículos. También han exigido a los desguazadores un certificado para seguir colaborando con ellos: no se trata tanto de sistemas de etiquetado o ecoauditoría de estilo EMAS o ECOADIT sino de contratos de servicio condicionados, centrados originariamente en una mejora de la calidad de su servicio y, recientemente y gracias a los consejos de ADEME, también de un desarrollo de los criterios ambientales en el ejercicio de su actividad<sup>867</sup>.

b). Este acuerdo tiene por finalidad directa e inmediata la consecución de un concreto interés ambiental (reducir el impacto de los residuos de VPR). Pero podemos observar igualmente una implícita *causa contrahendi* por parte de la Administración estatal, consistente en asegurar el empleo de todo el entramado de PYMEs que rodea el mercado del automóvil, y que pudiera peligrar en un momento dado si no se hubieran tomado medidas tendentes a armonizar el crecimiento económico del sector con las evidentes exigencias ambientales de la vida moderna<sup>868</sup>.

c). Es opinión común de la industria automovilística francesa la existencia de un cierto temor a las consecuencias derivadas de los sistemas holandés y alemán entonces vigentes de reciclado de VPD. En esos sistemas se impone la obligación a los últimos propietarios de vehículos, sin contraprestación alguna, de hacerse cargo de la entrega de los mismos a los centros adecuados de desguace mecánico, unido al establecimiento de una tasa para la eliminación de VPD, a pagar por esos mismos usuarios. Esto era criticado porque podía llevar aparejada una creciente venta de vehículos alemanes de segunda mano a consumidores franceses. Con ello vemos la necesidad de establecer una posición común en esta materia, que no provoque dis-

<sup>867</sup> Los desguazadores en Francia se han preocupado poco del impacto ambiental de su labor, y si a ello sumamos el hecho de que sólo 900 de unos 3.000 son establecimientos dados de alta y oficiales cabe pensar en lo acertado de una medida de certificación del género, que de seguro supondrá una remodelación adecuada del sector, siempre que se realice de manera progresiva y voluntaria.

<sup>868</sup> No sólo el Estado, sino también los propios trabajadores de las fábricas han tomado conciencia de que buena parte de su futura estabilidad laboral depende de que su empresa instaure un sistema estable de compatibilidad ambiental, puesto que no son pocas las empresas que han tenido que cerrar al tener que afrontar la reparación de los daños que han provocado en su entorno. Vid. BEAUVILLARD, S., *L'Entreprise face à la contrainte environnementale*. Memoria de Investigación DEA, Limoges, 1.997, pág. 25.

torsiones entre Estados según la mayor o menor onerosidad ambiental de sus normas o acuerdos<sup>869</sup>.

d). Las partes se muestran muy comprometidas con el acuerdo: los fabricantes son conscientes de los beneficios económicos que la imagen derivada del acuerdo puede conllevar para sus ventas nacionales e internaciones. Los trituradores y desguazadores se esfuerzan por desarrollar sistemas que les ayuden a seguir colaborando con los fabricantes franceses y con los importadores de vehículos extranjeros, que son su única fuente de suministro. También están integrándose en sistemas de certificación con idéntico objetivo. Indirectamente, todos reconocen que con el acuerdo se ha ganado en confianza mutua, en intercambio de información sensible y en el nacimiento de un espíritu de comunidad que no existía. Tanto es así que Renault, Citroën y Peugeot se acabaron obligando en más de lo que inicialmente preveía el tratado, consiguiendo resultados asombrosos en calidad e índices de recuperación de materiales<sup>870</sup>.

Pero no todo es favorable en este acuerdo. Dos son los principales problemas a los que se enfrenta la Administración y los sujetos firmantes: por un lado, el creciente aumento del empleo del plástico en la fabricación de coches en Francia puede perjudicar los logros de reciclaje previstos<sup>871</sup>. Por otro, la lentitud del proceso de certificación de las empresas desguazadoras, pues sólo una minoría de ellas había accedido en 1.998 al certificado (en torno a un 4% de las 900 oficialmente existentes en Francia). Esto puede retrasar los objetivos generales a conseguir. No estimamos conveniente, al contrario de la opinión de AGGERI y HATCHUEL, optar por un sistema obligatorio de certificación, pues experiencias similares en Italia no han dado buenos resultados, ya que se confunde el deseo con las reales posibilidades del sector, aunque sea inevitable la desaparición de aquellas empresas que no puedan hacer frente a las inversiones necesarias para obtener la certificación.

<sup>869</sup> La Comisión presentó la una propuesta de directiva sobre V.P.D. el 9 de julio de 1.997, que ha sido modificada el 28 de abril de 1.999 y el 1 de octubre de 1.999. El 3 de febrero de 2.000 el Parlamento aprobó la posición común del Consejo con algunas enmiendas, algunas de las cuales han sido aceptadas por la Comisión. En la nueva Directiva 2.000/53, de 18 de septiembre, se prevé un sistema gratuito de entrega de los VPD desde los usuarios finales a los centros de desguace adecuados, con lo que parece ponerse punto final al sistema alemán de tasa. Los objetivos de la directiva se fijan en reciclar un 85% del peso total del vehículo para el año 2.006, y un 95% para el año 2.015.

<sup>870</sup> Así, en unos estudios desarrollados por PSA en Saint Pierre de Chandieu sobre el tratamiento de VPD sobre 7.000 vehículos arrojaron un dato esperanzador: es técnicamente viable hoy en día reciclar, reutilizar y recuperar energéticamente hasta un 94% del peso total de un turismo. Ahora empieza la fase experimental de adaptar esta experiencia a los sistemas manuales de desguace francés, reputados más eficaces y menos costosos que sus homólogos mecanizados alemanes.

<sup>871</sup> El acero y el aluminio son los materiales más reciclables o susceptibles de reutilización. No así los plásticos, que, a lo sumo, únicamente admiten una problemática y contaminante incineración selectiva con fines de recuperación energética.

A pesar de que no existen datos oficiales sobre la efectividad del acuerdo, todo hace pensar que los objetivos serán conseguidos en las fechas previstas. La única tacha que podríamos poner en todo este proceso de acercamiento es el coste social que la política de certificaciones está provocando entre el sector del desguace, inevitable como decimos, muchas de cuyas pequeñas empresas están abocadas irremisiblemente a inmolarsse en aras de una mayor eficacia en la gestión de los residuos de VPR. Entre sus aspectos positivos, la concienciación que en los compradores de vehículos está aflorando al empezar a elegir coches que respeten los mayores niveles de reciclaje<sup>872</sup>.

Un acuerdo parecido se ha suscrito en el sector de los residuos de material eléctrico y electrónico, desde que los Ministerio de Industria y Medio Ambiente confiaran a J. P. Desgeorges, presidente de GEC-Alsthom, la tarea de crear un sistema voluntario de recogida y reciclaje de estos desechos, quien rindió un informe favorable al uso de un acuerdo voluntario en noviembre de 1.994.

## 2. Otros ejemplos sectoriales

Anticipábamos en el epígrafe segundo de esta sección cómo la diversidad y la ausencia de una nomenclatura formalizada era la clave de nuestros tiempos en la celebración de acuerdos ambientales voluntarios en Francia. Exponemos brevemente parte de esta tipología:

– Por ejemplo, el 17 de diciembre de 1.979 se suscribió entre el Ministerio de Medio Ambiente y diversas organizaciones profesionales un acuerdo (*accord*) relativo a la protección del medio ambiente y de la economía de la energía en relación con las materias primas para el envasado de líquidos de alimentación. Este acuerdo intentaba revalorizar los envases de vidrio usados, sus residuos, y fomentar el reciclaje de los envases de plásticos de alimentos líquidos. Su plazo de aplicación fue hasta el 31 de diciembre de 1.984.

– Otro tipo de acuerdo ambiental “atípico” fue un contrato celebrado el 9 de diciembre de 1.983 entre el Secretario de Estado para el Medio Ambiente y el sec-

872 Como recuerdan AGGERI, F., y HATCHUEL, A., *A Dynamic Model of Environmental...*, *opus cit.*, pág.165, el acuerdo preveía la difusión entre los compradores de coches de cierto compromiso con los objetivos del mismo, al aconsejarseles que los repuestos y accesorios de vehículos fueran adquiridos igualmente según criterios de reciclabilidad.

tor del papel, con el objeto de la valorización del papel usado en la fabricación de papel y cartón reciclados, cuya tasa de empleo debería pasar del 37% en 1.981 al 43% en 1.986<sup>873</sup>.

– Otro término, éste menos usual, es el de *engagement de progrès*, que hace alusión a programas privados unilaterales a los que se adhieren las empresas de un determinado sector, y que carecen de una contraparte administrativa: estaría, por tanto, al margen del objeto de nuestro estudio, al no llegar a constituir desde nuestro punto de vista, un acuerdo voluntario en sentido estricto. Un ejemplo de este tipo de programas lo constituye el *engagement de progrès* suscrito en 1.990 para la gestión ambiental, la seguridad y la salud de la industria química. Inicialmente, el origen de este compromiso se halla en el proyecto *Responsible Care* canadiense de 1.984. El esquema voluntario francés consiste en un documento que explicita 9 principios generales carentes de todo tipo de coercibilidad jurídica, a tener en cuenta por las industrias del ramo químico francés que voluntariamente deseen adaptarlos. En 1.995, 360 empresas eran ya signatarias, sumando el 90% del volumen de negocios de la química francesa<sup>874</sup>.

– Otro caso de acuerdo no clasificable en la categoría de acuerdo voluntario, como la venimos entendiendo<sup>875</sup>, es el de las cartas ambientales, una suerte de acuerdo moral inter-privatos que podríamos integrar en el género de los Códigos privados de conducta o de las Cartas<sup>876</sup>.

<sup>873</sup> Ambos acuerdos son descritos por PRIEUR, M., *Droit de l'environnement...*, opus cit., pág. 130.

<sup>874</sup> Vid. CHRISALIS ENVIRONMENTAL CONSULTING, *Voluntary Approaches and sustainable development*, Essex, pág. 7.

<sup>875</sup> Dos destacados economistas franceses del medio ambiente, integran bajo el género "acuerdo voluntario" varias estirpes de pactos y programas no bilaterales, como los esquemas voluntarios administrativos de adhesión voluntaria por parte de las empresas, códigos de conducta y cartas ambientales. Tal vez la utilidad práctica de esta clasificación es consecuencia de su carácter no jurídico.

<sup>876</sup> MONDELLO, G., *Environmental Industrial Regulation and the Private Codes Question*, en la obra colectiva en la obra colectiva *Voluntary Approaches in Environmental Policy*, editada por CARRARO, C., y LÉVÊQUE, F., Fondazione Eni Enrico Mattei y Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1.999, pág. 122, los define como un compromiso propio a que se obligan un grupo de empresas y que conforma una especie de contrato con la Comunidad. Aboga por la posibilidad de que el incumplimiento de la Carta por alguno de los firmantes pueda ser subsanado ante "profesional courts", dada su falta de coerción jurídica, haciendo alusión a arbitrajes o comités compuestos por miembros del mismo sector a que pertenece el incumplidor. Un ejemplo de estas Cartas es la llamada Carta "Vehículos limpios" ("Vehículos propios"), adoptada en junio de 1.996 por el Alcalde de París, los Ministerios y organismos nacionales, las Administraciones locales, regionales y departamentales, las grandes empresas públicas (como EDF GDF, France Telecom o RATP), las grandes empresas privadas representantes de la profesión del automóvil (taxis, sociedades de arrendamiento de automóviles, sociedades de autocar) y las grandes sociedades de distribución (sociedades logísticas o grandes tiendas parisinas). Por medio de esta carta, unos 50.000 vehículos deberán pasar revisiones periódicas con menor periodicidad y más exigentes que las requeridas por la ley, a la vez que se adquieren compromisos para promover una conducción "dulce" o más suave y menos contaminante. A cambio, se adquiere el derecho a lucir un logotipo. No es muy normal que ocurra, pero en este caso, la Carta prevé, además, la creación de un Comité técnico encargado de evaluar los objetivos a perseguir y un organismo de seguimiento que se reunirá anualmente. Vid. Ministère de l'environnement, *Le Verdissement de l'administration: colloque*, París, 6 mars 1.997, 1.997, pág. 22.

TAMET considera que cabe distinguir entre dos tipos fundamentales de cartas ambientales<sup>877</sup>:

- las Cartas intermunicipales de ordenación y de desarrollo (*Chartes intercommunales d'aménagement et de développement (CIDA)*), instituidas por el art. 29 de la Ley nº. 83-8, de 7 de enero de 1.983 (arts. L 112-4 a 112-7 del Code Rural), relativa al Reparto de Competencias entre Municipios, Departamentos, Regiones y el Estado (llamada Ley de la Descentralización)<sup>878</sup>;

- las Cartas para el medio ambiente, que proliferaron desde que en 1.990 se aprobara el Plan Nacional para el Medio Ambiente, elaborado por el entonces Ministro de Medio Ambiente Brice Lalonde, en cuya propuesta 6ª (de las ocho que integraba) planteaba “la experimentación de una nueva forma de democracia”, en clara alusión a las carencias de la democracia representativa y a su rejuvenecimiento por vía de la participación y del consenso. Consisten en cartas en las que el Ministro de Medio Ambiente concierta con los alcaldes, por vía contractual, un enfoque integrado del medio ambiente en la política, urbanismo o economía local<sup>879</sup>.

Por la importancia que tuvo en su momento y por lo ambicioso del proyecto, merece la pena citar el caso de la Carta del valle del río Dordoña. En febrero de 1.991, los seis Departamentos ribereños de este cauce de agua (Puy de Dôme, Cantal, Corrèze, Lot, Dordogne y Gironde) crean EPIDOR (*Établissement Public Interdépartemental Dordogne*), Administración instrumental prevista en la Ley de la Descentralización de 1.983 para la gestión de la cuenca del río *Dordogne* y de su entorno ambiental. Desde un primer momento EPIDOR es consciente de que la pluralidad de actores (53 organismos administrativos en total y numerosas asociaciones y sindicatos) aconsejaba el uso de instrumentos paccionados para la búsqueda del más amplio consenso posible. Es por ello por lo que, tras largas y fructuosas conversaciones, fue aprobada en Bergerac, el 2 de febrero de 1.992, la Carta del Valle del Dordoña, como un acuerdo de caballeros carente de forma y vinculatorie-

<sup>877</sup> Vid. TAMET, M., *La Place de la Concertation dans le droit de l'environnement: l'exemple d'EPIDOR et de la Charte Vallée Dordogne*, Mémoire DEA, sept. 1.998, Université de Limoges, págs. 37-39.

<sup>878</sup> Dicho artículo dice así en su párrafo primero: “Los Municipios pueden elaborar y aprobar cartas intermunicipales de desarrollo y de ordenación que definan las perspectivas a medio plazo de su desarrollo económico, social y cultural”. La circular de 12 de diciembre de 1.984 califica estas cartas de contratos administrativos. Estamos, sin embargo, con TAMET, quien considera que a pesar de ello, el estado actual de la jurisprudencia contenciosa impediría llevar estos compromisos ante el juez. Vid. TAMET, M., *La Place de la Concertation...*, *opus cit.*, pág. 38.

<sup>879</sup> Vid. PRIEUR, M., *Plans et Chartes*, en *Droit et Ville*, nº. 41, pág. 91. Según el director del Centre de Recherches Interdisciplinaires en Droit de l'Environnement, de l'Amenagement et du l'Urbanisme, en 1.996 eran ya 35 las cartas de este tipo firmadas en Francia, a las que habrá que sumar muchas otras ya que en ese momento cincuenta más estaban en curso de elaboración.

dad jurídicas. A pesar de ello, la opinión que esta Carta ha merecido de la doctrina ha sido altamente favorable, por la unanimidad con que se redactaron sus objetivos y por el grado de cumplimiento de los mismos<sup>880</sup>.

Otro caso prototípico fue la Carta ambiental del ICME (*International Council on Metals and the Environment*). El ICME es una organización creada en 1.991 por una decena de grandes empresas dedicadas a la minería, que en 1.997 ya reunía a una treintena de grandes empresas internacionales, una de las cuales, Metaleurop, S.A., es de capital franco-alemán. La carta es meramente simbólica, puesto que no prevé sistema alguno de control y/o seguimiento<sup>881</sup>.

Otras veces, las menos, las cartas son sufragadas en parte por la Administración, pasando de ser un concierto privado a convertirse en un convenio público. Verbigracia, el acuerdo firmado el 13 de enero de 1.999 por el Grupo Accord, líder en programación de viajes y en turismo, con un total de 2.600 hoteles repartidos por todo el mundo, y la ADEME (*Agence de l'Environnement et de la Maîtrise de l'Energie*). Este acuerdo continúa con la política ambiental iniciada en el grupo en 1.993 y trata de impulsar y ampliar a escala nacional y mundial, por tres años, los compromisos ya alcanzados por la "Carta Ambiental del Hotelero", que se firmó en 1.998 y preveía entonces una aplicación total en el plazo de dos años. Sus principales objetivos comprendían 5 sectores de actuación<sup>882</sup>.

<sup>880</sup> El acuerdo se plasmaba en más de 500 páginas para recoger 402 objetivos en materias tan dispares como industria, desechos, espacios naturales, señalización, restauración de las orillas, fauna, patrimonio cultural, educación ambiental, etc. a cumplir en el plazo de 10 años, de los cuales sólo 370 han sido reafirmados por todos los actores. A pesar del éxito inicial, BARRAQUÉ, B., *Problématique sociologique de la gestion intégrée des rivières*, en *Les contrats de rivière*, número 13 de Environnement et Société, monográfico sobre la materia, Arlon, 1.994, pág. 72, explica cómo en los compromisos alcanzados que implicaban altas inversiones económicas encontraron mayores dificultades de realización, con lo que se demuestra la fragilidad del consenso cuando es excesivamente ambicioso.

<sup>881</sup> Vid. BÖRKEY, P. y GLACHANT, M., *Les engagements volontaires de l'industrie dans le domaine de l'environnement: nature et diversité*. Avec la collaboration de PESARO, G., Étude réalisée pour le Ministère de l'Amenagement du Territoire et de l'Environnement et l'Ademe (Agence de l'environnement et de la Maîtrise de l'Energie, CERNA, París, junio 1.997, pág. 81.

<sup>882</sup> Gestión y reciclaje de desechos: el grupo se comprometía a reciclar un 30% de todos los residuos sólidos y desechos hoteleros; además, deberían empezar a instalarse sistemas de reutilización del agua y de control para vigilar el exceso de consumo; energía: los establecimientos turísticos del Grupo Accord han empezado a apostar por la energía renovable, instalando sistemas de paneles solares para calentar el agua; construcción y arquitectura: se han adoptado criterios "verdes" de construcción de los hoteles, como el ejecutado en Sidney: ahorro de energía, luz solar, materiales locales, etc. coadyuvan a la compatibilidad ambiental de la industria turística; plantación de árboles y plantas en los alrededores de los hoteles, al menos uno cada año; compra de coches eléctricos para la filial Europcar, a alquilar con rebajas del 20% en la tasa final a pagar por el cliente. Sobre el acuerdo Accord-ADEME y la Carta Ambiental del Hotelero, véase el Comunicado conjunto de prensa titulado L'environnement, *"Matière première" des métiers de l'hôtellerie et du tourisme*, editado por ADEME, París, 1.999, págs. 3 a 14. La ADEME se compromete a otorgar subvenciones a los establecimientos Accord, moduladas según los objetivos más o menos ambiciosos a conseguir, hasta un máximo del 50% del total, a cambio de la adopción de las líneas ambientales comentadas y del permiso para que la ADEME pueda controlar y estudiar como prototipo los logros alcanzados por el grupo Accord.

– Una variante de la Carta Ambiental convencional son las Guías Ambientales. Consisten en una especie de memento ambiental redactado por la Administración y enviado a las empresas ambientalmente deficientes para que cada una, de suyo, las coteje con su política particular e intente mejorar aquellos aspectos que fallan. Se trata de una especie de plantilla a aplicar para cada caso particular por el propio industrial<sup>883</sup>.

– Desde mediados de los años ochenta MICHEL PRIEUR viene estimando que el marco jurídico ideal para la celebración de acuerdos ambientales entre la Administración y los industriales se encuentra en los “contratos de plan” previstos en la Ley de 29 de julio de 1.982 sobre Planificación y su Decreto de 21 de enero de 1.983<sup>884</sup>. Sin embargo, el Consejo de Estado ha puesto en entredicho la auténtica naturaleza jurídica contractual de estos contratos<sup>885</sup>.

– Otros autores, sin embargo, han visto en los contratos de objetivos el método ideal para comprometer a las empresas con su entorno humano, especialmente con los habitantes asentados en los alrededores de la fábrica o industria<sup>886</sup>. Así, por ejem-

883 Verbigracia, la Guía “*Empresa y medio ambiente*” elaborada por la Delegación Regional en la Región Limousin de la ADEME y el Consejo Regional de Limousin, en 1.995.

884 Como botón de muestra cita la convención celebrada entre Saint Gobain y el Ministro de Medio Ambiente de 15 de febrero de 1.983, en materia de aguas. Cfr. PRIEUR, M., *Droit de l’environnement...*, *opus cit.*, pág. 120.

885 En su arrêt de 25 de octubre de 1.996 (*Association Estuaire-Écologie*), comentado por LE NOAN, C., *Recueil Dalloz*, 34e Cahier, Jurisprudence, 1.997, págs. 441-445, el Consejo de Estado francés ha negado cualquier tipo de efecto jurídico directo a los contratos de plan Estado-Región, conformando a esta figura como contratos puramente formales “por determinación de ley”, pero no materialmente, ya que la excesiva generalidad de sus cláusulas y el condicionamiento de los compromisos financieros adoptados por el Estado a las disponibilidades presupuestarias no se compadecen con la naturaleza de los contratos administrativos. La Asociación citada vio cómo se desestimaba su acción contra la firma del contrato-plan firmado entre el Prefecto de Pays-de-la-Loire (en nombre del Estado) y la Región Pays-de-la-Loire el día 18 de abril de 1.994 porque la existencia de este instrumento por sí mismo no suponía atentado alguno contra sus intereses (a pesar de que el programa de acción n.º 11 de este contrato de plan tuviera por objeto la extensión de las instalaciones del puerto de Nantes-Saint-Lazare sobre una extensión que ella estima de naturaleza ambiental a proteger). Sólo –estima el Consejo de Estado– una ulterior ejecución del plan en el sentido indicado puede fundar indirectamente un hipotético recurso contra el contrato de plan. Con ello se consagra una mera virtualidad jurídica indirecta de este tipo de contratos, lo que les hace no susceptibles de fundar un recurso contencioso por sí mismos. Tal conclusión rompe con el antecedente sentado en el arrêt de 8 de enero de 1.988 (Ministre chargé du plan c/ Communauté urb. Strasbourg, RFD adm. 1.988, pág. 25, concl. S. DAËL, AJDA 1.988, pág. 137) donde se afirmaba implícitamente la naturaleza contractual de los contratos de plan Estado-Región. La decisión de 1.996 sólo atribuye efectos mediatos a este tipo de contratos, en la medida en que preconfiguran los actos a dictar y las convenciones (contratos *particulaires* –*contrats particuliers* del art. 11 de la Loi n.º 82-653 du 29 juillet 1.982 portant réforme de la planification) a suscribir a posteriori. Véase cómo el fundamento común de estos contratos hace que se llegue a conclusiones semejantes a las extraídas del arrêt *Les Amis de la Terre* en relación con los contratos ambientales suscritos entre la Administración y los particulares (empresas o sectores de empresas en este caso).

886 Y a los que se podrían añadir, como partes integrantes del contrato, las autoridades públicas locales y las asociaciones ecologistas, que les darían estabilidad, seriedad y fuerza moral. Se ha vertido esta opinión en el 90E CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE, *Protection de l’Environnement. De la Contrainte au Contrat*, Tome I, Nantes, du 8 au 11 mai 1.994, págs. 324 y 325, planteando el otorgamiento a los notarios de la formalización jurídica de estos contratos, en los que, además, actuarían como árbitro de las disputas de las partes.

plo, a raíz de un contrato-marco de enero de 1.993<sup>887</sup> –figura ésta más o menos usual de la concertación ambiental francesa– se firmaron el 6 y el 20 de mayo de 1.994 dos contratos de objetivos (*contrats d'objectifs spécifiques de maîtrise des déchets industriels*), materialmente equivalentes a contratos de ramo. Como ellos, estos contratos llevan aparejados la financiación por medio de subvenciones públicas, en este caso del FRAC (*Fondo Regional de Ayuda al Consejo*). Probablemente ahí se encuentre la razón de no llamarles contratos de ramo, al prohibir la CEE a Francia, desde finales de la década de los setenta, la financiación pública de estos acuerdos<sup>888</sup>. Bien es verdad que las ayudas del FRAC no eran muy cuantiosas, debiendo pechar el sector privado con casi la totalidad de los gastos de mejora ambiental. Estos 2 contratos fueron firmados respectivamente por la Cámara Sindical de Plásticos de Oyonnax y por la Cámara Sindical de la Química Rhône-Alpes, Región especialmente castigada por los establecimientos y polígonos industriales. Se trata de contratos de 5 años de duración, de vagos objetivos pero de notables resultados.

– Recientemente ha sido usado también el nombre de “plans environnement” (planes medio ambiente o planes ambientales) para designar los programas de integración de la gestión ambiental en la estrategia de la empresa, concertados con el Ministerio de Medio Ambiente, principalmente suscritos con los grandes grupos industriales<sup>889</sup>.

– Un caso especialmente interesante y también atípico nos ha parecido el *Contrat pour l'Environnement* (contrato por el medio ambiente) suscrito entre el Municipio de Tullins-Fures (pequeño pueblo de Grenoble) y sus administrados. La especialidad

<sup>887</sup> El contrato-marco (*contrat cadre*) fue firmado el 14 de enero de 1.993 entre la Región Rhône-Alpes y la Cámara regional de Agricultura, con tres objetivos: la participación técnica y financiera de la Región en las operaciones departamentales de recogida de residuos, la realización de un estudio dedicado a determinar el flujo exacto de desechos fitosanitarios producidos en la Región y la firma de un contrato de objetivos entre la Región, la profesión agrícola, los fabricantes y distribuidores de productos fitosanitarios, abierto a otros actores eventuales. Vid. REGION RHONE-ALPES, *Les contrats d'objectifs spécifiques de maîtrise des déchets industriels*, Agence Régionale pour la gestion et la qualité de l'environnement, Lyon, pág. 3.

<sup>888</sup> Según la Comisión, sería muy difícil imaginar “que un estado miembro pueda controlar en nombre del interés comunitario, las ayudas que conceda él mismo por propia iniciativa” (cita textual extraída del XXII Informe sobre la competencia). De todas formas, la Comisión precisó en una Comunicación dirigida a los Estados miembros que entre el 1 de enero de 1.975 y el 31 de diciembre de 1.980 (período prolongado posteriormente hasta 1.986), autorizaba la concesión de ayudas a favor de las inversiones a favor del medio ambiente en la medida en que determinados límites no fueran sobrepasados. Un baremo al respecto fue publicado el 10 de marzo de 1.994 (Carta a los Estados miembros, en el IV Informe sobre la Política de la Competencia /SEC(74) 4264, 6 nov. 1.974; IX Informe sobre la Política de la Competencia (SG(87) D/3795, 23 marzo 1.987); (94/C72/03): JOCE nº. C72, 10 marzo 1.994).

<sup>889</sup> Vid. *L'Environnement en France. Rapport sur l'état de l'environnement en France*, édition 1.994-1.995, IFEN-DUNOD, 1.994, pág. 301. El informe concluye que muchos de estos planes son considerados a menudo como un simple elenco de acciones dispares, a realizar para ser comunicadas a las Administraciones, más que como una verdadera andadura que afecte a toda la empresa.

radica aquí en que la parte privada del acuerdo no son solamente empresas sino también ciudadanos individualmente considerados<sup>890</sup>.

Toda esta política está siendo apoyada recientemente por nuevas opiniones doctrinales asumidas por la Administración estatal, por lo que parece que el compromiso por avanzar en el desarrollo sostenible a través de la negociación con los particulares sigue vigente<sup>891</sup>.

– Dentro de este *mare magnum* de nombres y denominaciones diversas, un instrumento nuevo de política ambiental se aprovecha de la fuerza de los medios de comunicación para obtener ingresos con que financiar la protección del medio ambiente. Se trata de los acuerdos de colaboración de esponsorización, que pueden suscribirse por las empresas con asociaciones privadas o con Administraciones encargadas de la gestión del medio ambiente. La empresa se compromete a dar a la asociación ecologista o a la Administración una cantidad de dinero predeterminada por cada unidad de producto suyo vendido. A cambio, la asociación o Administración presta su imagen para atraer al consumidor comprometido con la conservación del medio ambiente a comprar ese producto en cuestión<sup>892</sup>.

890 En enero de 1.990, el Alcalde, André Vallini, dirigía a cada uno de los 2.700 hogares del pueblo una carta donde se les invitaba a participar en este "contrato", que se les adjuntaba en el sobre. En él, el Ayuntamiento se comprometía a acometer 10 acciones específicas en el entorno del pueblo, invirtiendo unos 4 millones de francos (instalar una depuradora mayor, zonas verdes...) a cambio de que los particulares firmaran el contrato comprometiéndose a otras 10 acciones en favor del medio ambiente y que podían realizar en su vida cotidiana: ahorrar agua, recuperar los aceites y pilas usadas, separación de las basuras domésticas, luchar contra el ruido, limitar el uso de aerosoles, etc. La carta fue firmada por 400 vecinos y cada día aumenta el número de ciudadanos comprometidos. Al margen de la naturaleza de este compromiso, no contractual, por supuesto, a pesar de su nombre, podemos extraer una intuición: el efecto motivador que un documento escrito provoca entre los administrados. Cfr. PAYEN, C., *Contrat pour l'environnement. Les Tullinois s'engagent*, en *Journal des Maires*, nº. 134, mars 1.991, págs. 19 y 20.

891 En un Informe realizado por LAURENCE TUBIANA, miembro del Consejo de Análisis económico, para el entonces primer Ministro Lionel Jospin, se resalta el principal reto de la Administración ambiental francesa, que será el de pasar de la etapa de compromisos generales (a escala internacional, en materia de reducción de gases causantes del efecto invernadero, en materia de biodiversidad, bioseguridad y lucha contra la desertificación) a la fase de definición nacional de los instrumentos económicos y jurídicos (acuerdos voluntarios, entre otros) para asegurar la aplicación de los compromisos y de evaluar los resultados obtenidos. Vid. TUBIANA, L., *Environnement et Développement. L'enjeu pour la France. Rapport au Premier Ministre*, abril 2.000, págs. 87 y 88, accesible en [www.ladocfrancaise.gouv.fr](http://www.ladocfrancaise.gouv.fr). También ha visto la luz el Plan plurianual de modernización del Ministerio de Ordenación y medio ambiente, accesible desde [www.environnement.gouv.fr](http://www.environnement.gouv.fr), donde se aboga definitivamente por la integración de la gestión ambiental en la práctica de las empresas (pág. 6), por el reforzamiento del mundo asociativo (pág. 33) y por la simplificación de las autorizaciones ambientales (pág. 34).

892 Así, podemos citar el acuerdo entre la empresa Bondex y la Oficina Nacional de Bosques (O.N.F., organismo público de carácter industrial y comercial bajo la tutela de los Ministerios de Agricultura y Pesca y de Ordenación y medio ambiente) por el que aquélla revierte a ésta 10 céntimos de franco por cada bote de cinco litros vendido para la reforestación de los bosques alpinos de la Alta Provenza. Igualmente, la Sociedad Auxiliar de Molineros de grano (*Société Auxiliaire de Meunerie*) cede a la O.N.F. 50 céntimos de franco por cada kilogramo de harina vendida a los panaderos franceses.

Para un consumidor sensibilizado la conducta de las empresas firmantes de estos acuerdos puede merecerles un reproche moral: parece que busca exclusivamente el lucro más que la mejora de las condiciones ambientales, más un lavado de imagen que una auténtica convicción conservacionista. A pesar de ello, las campañas de este tipo suelen funcionar bien ya que el consumidor acaba comprendiendo que comprando el producto X al menos supone un acto de pragmatismo ambiental (ya que no de militancia ecológica) que repercute beneficiosamente en el medio ambiente<sup>893</sup>.

De todas formas, la mejora de las condiciones ambientales del sistema de producción o de los productos de una empresa no pasa necesariamente por un compromiso con las Administraciones Públicas. Muchas son las empresas que han asumido el respeto al medio ambiente de manera voluntaria y sin presiones o ayudas de agentes exteriores<sup>894</sup>. La pregunta aparece entonces nítida y dura: ¿qué es entonces lo que aporta la firma de un acuerdo voluntario para una empresa que no pueda ser aportado de suyo por un compromiso puramente interno de las empresas de respetar y mejorar su relación con el medio ambiente? A ella trataremos de dar respuesta en las páginas siguientes, según el Derecho Administrativo francés.

## IX. LA GESTIÓN CONVENCIONAL DE LOS ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS

### 1. Líneas generales

No deja de ser curioso que el país que consagró con más absolutismo el derecho de propiedad, otorgándole un carácter sagrado e inviolable, fuera también el pionero en hablar de su función social<sup>895</sup> (autores como JOSSERAND (*De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1.927).

<sup>893</sup> También para las asociaciones ecologistas o para los organismos públicos encargados de la gestión ambiental estos acuerdos pueden despertar recelos. Es por ello por lo que suelen imponer algunas cláusulas de cautela, como exigir que la colaboración se extienda durante un periodo de tiempo más o menos largo o un importe financiero mínimo. Verbigracia, la OFN sólo acepta empresas que les garantice un mínimo de 500.000 francos por acuerdo, al margen de las ventas realizadas. Cfr. VIARDOT, E., *L'Environnement dans l'Entreprise*, Éditions L'Harmattan, Collection Environnement, París, 1.997, págs. 45 a 47.

<sup>894</sup> Por ejemplo, Rank-Xerox, 3M, Compagnie des Sablières de la Seine, Verniland, etc. Vid. MEYRONNEINC, J.P., *Le management de l'Environnement dans l'Entreprise*, AFNOR, París, 1.994, págs. 195-205.

<sup>895</sup> El art. 544 del Código Civil Napoleón reclama define la propiedad como "el derecho de disfrutar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga un uso prohibido por las leyes o los reglamentos". Se observa una configuración de este derecho basada en la libertad del propietario, y limitado solamente por las leyes. Recordemos que la revolución de 1.789, de clara inspiración burguesa, aspiraba a otorgar a los cultivadores y campesinos la propiedad de las tierras que antes trabajaban –como meros detentadores del dominio útil– para los señores y terratenientes.

Sin embargo, fiel a su herencia histórica, los espacios protegidos en Francia han venido siendo administrados con los tradicionales instrumentos de la “puissance publique”: reglamentación<sup>896</sup>, propiedad pública o servidumbres de utilidad pública han monopolizado desde el siglo pasado la conservación de los espacios protegidos. No fue sino desde la Cumbre de Río de 1.992 cuando se acentuó una tendencia ya sentida desde algunas décadas antes, que consiste en dar entrada a los particulares, asociaciones y personas jurídicas de Derecho Privado en la gestión de esos espacios. En concreto, el art. 1 de la Ley 76-629, de 10 de julio de 1.976, relativa a la protección de la naturaleza, anticipaba ya el tenor del actual art. L. 200-2 del Código Rural, que rezaba así:

- es deber de todos cuidar por la salvaguardia del patrimonio en el que vive;
- que las actividades públicas y privadas deben conformarse a las mismas exigencias.

Esta entrada de las personas sujetas al Derecho Privado en el núcleo duro de la acción en los parques y zonas de especial interés ambiental ha supuesto en abstracto el nacimiento de un modo negociado o convencional de gestionar. La gestión convencional de los espacios naturales se basa en una mayor implicación de las personas físicas o jurídicas sometidas al Derecho Privado (las asociaciones en defensa de la naturaleza, sobre todo<sup>897</sup>) en la tenencia y conservación activa de los espacios naturales, de manera que, por ejemplo, la Administración ceda, previo contrato, la gestión de los mismos a esas asociaciones, a cambio de subvenciones de todo tipo. También, a veces, esas propias asociaciones adquieren a las propias Administraciones o a otros particulares, y con sus propios medios (contribuciones que pagan sus

<sup>896</sup> La Ley de 2 de mayo de 1.930 ha sido la primera en albergar la creación de reservas y monumentos naturales, seguida de la Ley de 22 de julio de 1.960, relativa a la creación de los parques nacionales. La Ley de 10 de julio de 1.976 y el Decreto nº. 77-1.295, de 25 de noviembre de 1.977 desarrollan esta reglamentación, completando la Ley de 1.930 y atribuyendo competencias a los prefectos en la declaración de biotopos, respectivamente.

<sup>897</sup> Los particulares han participado más de forma pasiva en la política de gestión compartida de espacios protegidos, como vendedores o arrendadores de propiedades a las asociaciones ecologistas, que éstas se encargarían de administrar. Como nos dice GIRAUDEL, C., (coordinadora), *La Protection conventionnelle des Espaces naturels*, Presses universitaires de Limoges, Limoges, 2.000, pág. 25, suelen ser agricultores que siguen explotando sus tierras incluso después de la adquisición de sus terrenos por los conservatorios regionales. Hemos de agradecer a la profesora Catherine Giraudel, Maitre de conférences honoraire en Droit privé à la Faculté de Droit de Limoges, por su total disponibilidad en Limoges y por poner a nuestra disposición el borrador del libro citado (hoy ya publicado) y la transcripción escrita del congreso celebrado en el CRIDEAU-CNRS de Limoges en 1.997, de idéntico título. Por medio de ayudas económicas, el agricultor arrendatario modula su modo de explotar las tierras haciendo que sea ambientalmente compatible. Existen, por ejemplo, ayudas para zonas boscosas (Decreto de 6 de diciembre de 1.991) o para eliminar la contaminación de origen agrícola (programa de 8 de octubre de 1.993). El contrato deviene así el marco ideal para las convenciones ambientales. Vid. NAQUET, F., *Le rôle du contrat dans la protection de l'environnement en milieu rural*, en Petites Affiches nº. 50, du 27 de abril de 1.994, edición electrónica, pág. 3.

socios, ayudas estatales, donaciones y legados que reciban en caso de ser asociaciones reconocidas de utilidad pública, etc.) tierras dignas de protección, que cuidarán con métodos ambientales y destinarán para fines educativos o de estudio<sup>898</sup>.

Distinguiendo según los actores que intervengan en estos contratos y convenios, podemos clasificarlos en dos tipos:

1. Contratos y convenios a celebrar entre personas de Derecho Privado (asociaciones, particulares...) y Administraciones, que pueden ser tanto de derecho común como de Derecho Administrativo, dependiendo que se cumplan o no unos determinados requisitos<sup>899</sup>.
2. Contratos y convenios a celebrar entre particulares entre sí, que no estudiaremos aquí por carecer de trascendencia para el Derecho Administrativo, si bien con alguna matización<sup>900</sup>.

<sup>898</sup> La relación de estos contratos con la reglamentación sobre espacios naturales protegidos es ambivalente: por un lado, suelen complementar la normativa en aquellos espacios de menor interés ambiental: mientras más importante sea el espacio desde el punto de vista ambiental, más regulado estará y menos margen de actuación quedará para el derecho convencional y al contrario. Si pensamos que sólo el 2% del territorio francés goza de una protección "fuerte" (parques nacionales, reservas naturales, sitios clasificados, adquisiciones del Conservatorio del espacio litoral y de riberas lacustres), podremos intuir cuán importante se ha tomado el concurso de estos instrumentos en el futuro (el dato es de *Espaces naturels de France, La protection des paysages au quotidien*, Les éditions de l'Épargne Paris, 1.996, pág. 21. Por otro lado, es en estos espacios "virgenes" de la reglamentación sobre espacios naturales donde la iniciativa privada es la primera en hollar jurídicamente la tierra, preparando el terreno para una posterior regulación de la misma.

<sup>899</sup> Entre los contratos privados, hemos de citar, principalmente, los contratos de compra-venta, los contratos de adquisición derivados del derecho de tanteo y/o retracto a favor de las Administraciones (art. R-243-4 del Código Rural), los arrendamientos realizados a favor de particulares o los censos enfiteúticos. En relación con estos últimos, como nos recuerda, pág. 66, pueden existir censos enfiteúticos civiles y administrativos (en los que un Departamento o un Municipio cede a un particular un terreno de su propiedad para que éste lleve a cabo, por cuenta de la colectividad, una misión de servicio público de competencia del censista; art. 13 de la Ley de 5 de enero de 1.988pp. También son contratos de Derecho Privado las servidumbres que puedan constituir las industrias sobre las propiedades de los habitantes colindantes, impidiéndoles construir (por su propio beneficio, cuando la empresa entienda que la peligrosidad intrínseca de la misma puede afectar a la salud de las personas allí establecidas) en las que la empresa habrá de indemnizar a los habitantes del entorno. Se trata, en este caso, de una especie de acuerdo voluntario de causa no onerosa, pero que al sujetarse a las formas del derecho civil obtendría la calificación de Derecho Privado. Cfr. 90e CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE, *Protection de l'Environnement. De la Contrainte au Contrat, Tome I*, Nantes, du 8 au 11 mai 1.994, pág. 306 y ss, donde se hace hincapié en la posibilidad de firmar estos contratos sólo cuando normativamente no se prevea una servidumbre de Derecho Público al respecto, como las previstas por los artículos 7-1 de la Ley de 19 de julio de 1.976 (modificada por la Ley nº. 92-646, de 13 de julio de 1.992, sobre desechos y por la Ley nº. 93-3, de 4 de enero de 1.993, sobre canteras).

<sup>900</sup> La mayoría de la doctrina sostiene que todos los contratos y convenios firmados entre personas sometidas al Derecho Privado estarán sujetos al derecho común, pues falta el requisito subjetivo para poder constituir contratos administrativos: si no hay Administración no hay contrato administrativo. Sin embargo, existen autores que excluyen el criterio subjetivo como esencial para hacer depender ese carácter más en el objeto del contrato en sí. En Francia, por ejemplo, existe una jurisprudencia asentada del Tribunal de conflictos que ha juzgado que los contratos de obras que una sociedad de economía mixta concesionaria de la construcción y explotación de una autovía celebre con otra empresa son contratos administrativos, al ser el objeto del contrato la misma construcción de la autovía (T. C., 8 de julio de 1963). Sin embargo, alguien podría pensar que la publicidad del contrato deriva más del carácter mixto de la sociedad que del contrato en sí. En contra de esta impresión, el arrêt del Consejo de Estado de 3 de marzo de 1.989, *Société des autoroutes de la Région Rhône-Alpes*, Rec. 69, concl. Guillaume: R. F. D. A. 1.989, 619, note Pateu, llega a la misma conclusión anterior incluso cuando la sociedad concesionaria contratante es puramente pri-

3. Contratos realizados entre personas de Derecho Público o Administraciones. Un ejemplo de estos puede ser el de los parques naturales regionales, creados a partir de 1.967 y ejemplo de concertación interadministrativa. Se crean mediante decreto del Ministerio de Medio Ambiente, por una duración máxima de 10 años, pero se dirigen y gestionan con base en una Carta que es negociada entre la Región, los Departamentos y los Municipios incluidos dentro del territorio del parque que se adhieran voluntariamente a ella. No se excluye que otros colaboradores puedan ser sujetos privados (ex art. 2 de la Ley nº. 93-24, de 8 de enero de 1.993, sobre la Protección y Puesta en valor de los paisajes, que modifica el art. L. 244-1 del Código Rural, luego de nuevo modificado por el Decreto nº. 94-765, de 1 de septiembre de 1.994, para la aplicación del art. L. 244-1 del Código Rural y relativo a los parques naturales regionales)<sup>901</sup>.

Históricamente, gran parte de la actividad administrativa de espacios naturales ha girado en torno al "Droit Foncier", esto es, al Derecho Hipotecario aplicado a los espacios naturales. Este método de protección consiste en la adquisición por parte de las Administraciones (y recientemente también por los particulares y asociaciones ambientalistas) de las tierras y fundos de especial interés medioambiental, biológico o abiótico. Una vez compradas, las fincas serán gestionadas por sus nuevos propietarios de manera sostenible y siempre enfocada al mantenimiento de la flora y fauna, a su promoción, e incluso al aumento progresivo de la superficie adquirida<sup>902</sup>.

vada. Nosotros estimamos que según esta jurisprudencia cabría calificar igualmente de administrativos los contratos que celebre una asociación privada concesionaria de la gestión de un espacio natural con otros particulares. Otro autor se hace eco de la influencia del medio ambiente en los contratos de compraventa de terrenos sobre los que se asiente una explotación industrial sometida a autorización, como dispone el art. 8-1 de la Ley de 19 de julio de 1.976, de instalaciones clasificadas (introducido por la Ley de 13 de julio de 1.992, sobre residuos) El vendedor del terreno tiene la obligación de comunicar al comprador los peligros e inconvenientes -también ambientales- que resulten de la explotación del terreno; en caso contrario, el comprador puede rescindir el contrato o hacerse restituir, por el vendedor, una parte del precio de compra. Vid. CHESNELONG, J. D. *Introduire dans les contrats une dimension environnementale*, en Petites Affiches, nº. 50, du 27 abril de 1.994, edición electrónica, pág. 1.

<sup>901</sup> Actualmente existen 30 de estos parques, que tienen vocación de proteger la economía, empleo, agricultura y patrimonio cultural amenazados de una región. Más datos en la página web de "Parcs naturels régionaux de France", <http://www.parcs-naturels-regionaux.tm.fr/>, visitada el día 28 de julio de 2.000.

<sup>902</sup> Uno de los últimos logros de esta forma de proteger el patrimonio cultural, en general, y ambiental, en particular, ha sido la compra por parte de la ONG "Asociación Amazónica" de nada menos que 172.000 hectáreas de la Amazonia brasileña. La ONG brasileña cuenta con financiación de la italiana Fondo per la Terra y otras ONGs europeas. Para esta operación ha recibido dinero también de la Walt Disney Interactive, de EE.UU. La operación ha supuesto la compra de las tierras de cientos de familias, que recibieron entre 20.000 y 40.000 ptas., mensuales y de la continuidad de sus explotaciones agrícolas, pero transformando sus métodos de trabajo por otros más respetuosos con la selva: por ejemplo, se les prohíbe talar más selva o sacrificar animales en peligro de extinción. Sin embargo, este tipo de operaciones espectaculares suelen levantar los recelos.

El desarrollo de un derecho negociado de los espacios protegidos está indisolublemente ligado a dos realidades metajurídicas “de fondo” que han afectado posteriormente al mundo del derecho de los espacios naturales, al igual como los movimientos de las placas tectónicas cambiaron la configuración de la pangea en el origen de la Tierra:

- las carencias económicas de las Administraciones para hacer frente a la cada vez mayor demanda ciudadana de protección de espacios de especial riqueza paisajística o ambiental, lo que ha motivado un repliegue cuantitativo de la inversión pública en su adquisición, y paralelamente a esto,

- el nacimiento de numerosas agrupaciones ecologistas plenamente insertas en la conocida afición francesa al asociacionismo laico con fines de interés general, que han tomado el relevo de la actividad administrativa en este campo, en aplicación de un no escrito principio de subsidiariedad<sup>903</sup>.

En un primer momento, los Parques Nacionales fueron la estrella del medio ambiente en Francia. Se creaban en las décadas de los 60 y 70, cuando el Derecho Administrativo, y el Ambiental por tanto, no tenía aún ningún pudor en hacer valer una intervención incisiva en la conducta de los administrados. Sólo posteriormente, desde los años 70 y ante el fracaso de muchas de estas políticas se empiezan a usar los acuerdos y los contratos de gestión<sup>904</sup>.

La actividad administrativa en materia de espacios protegidos puede llevarse a cabo en Francia a través de expropiaciones o compras amistosas de tierras a particulares, a través de la concesión de subvenciones a las asociaciones para que éstas compren bienes inmuebles de especial interés ambiental<sup>905</sup>, o, finalmente, a través de

<sup>903</sup> Así, los Conservatorios Regionales de Espacios Naturales, insertos en *Espaces Naturels de France*, que son asociaciones sin ánimo de lucro que por vía de adquisición, de arrendamientos o de convenios de gestión, siempre por vía convencional, gestionan la propiedad rural; la Liga de Protección de los pájaros, creada en 1912 para poner fin a la masacre de frailecillos en la Bretaña, y que fue reconocida Asociación de utilidad pública en 1.986, y que tiene por finalidad la protección de los pájaros y de los ecosistemas de los que dependen, en particular, de la fauna y la flora a ellos asociados; “Espacios para mañana”, asociación de utilidad pública que complementa la actuación del Conservatorio del Litoral y de las riberas lacustres; W.W.F. France, rama francesa de W.W.F. (*World Wound Found*), probablemente la organización ecologista privada más importante del mundo; *France Nature Environnement*; la Fundación Nacional para la protección de los Hábitats franceses de la Fauna salvaje, etc.

<sup>904</sup> Los Parques Nacionales se instituyeron como establecimientos públicos de carácter administrativo, dirigido por un Consejo de Administración en los que sólo recientemente se está dando cabida a las Corporaciones locales. A pesar de que se conocían a los Alcaldes, asociaciones ecologistas y otros actores que actuaban dentro de los parques, se trataba de un “pluralismo mudo”, en palabras de PATRICE DURAN. El recurso a los acuerdos ambientales para la gestión de los espacios naturales no sólo se justifica aquí por motivos de eficacia, sino de integración de las opiniones de los múltiples actores concernidos. Cfr. DURAN, P., *Les Parcs nationaux et les Difficultés de la Négotiation institutionnalisée. Le cas du parc national des Pyrénées Occidentales*, Paris, en BARRAQUÉ, B, THEYS J., *Vingt ans de politiques d'environnement*, Paris, éditions Recherches, 1.999.

<sup>905</sup> Como las que conceden los Consejos regionales.

contratos. Pero veamos algunos casos de contratos entre Administraciones y particulares para la gestión de espacios naturales:

1. La Ley “Paysage”, de 8 de enero de 1.993, que regula el Régimen de protección de las masas boscosas lineales, prevé la posibilidad de firmar contratos de conservación (*d’entretien*) por parte de asociaciones y privados con el propietario del mismo.

2. Hábitats: en el marco de la directiva 92/43/CEE, del Consejo, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, se han ubicado ZECs en Francia (Zonas de Especial Conservación), espacios así declarados mediante acuerdos concertados con los prefectos, los consejos municipales, las asociaciones ecologistas y los particulares para el mantenimiento en un estado favorable de las especies y los hábitats en que éstas moran<sup>906</sup>.

3. Las Unión Nacional de Federaciones Departamentales de Cazadores y las Asociaciones locales de cazadores suelen adquirir a los Ayuntamientos algunas zonas de especial valoración cinegética para practicar la caza, si bien estos contratos están considerados de Derecho Privado<sup>907</sup>.

4. Las convenciones de gestión, en que las Administraciones ceden a una Asociación de defensa del patrimonio ambiental la gestión de unos terrenos dignos de protección, estén o no declarados como tales. Verbigracia, los Conservatorios regionales pactan estas actuaciones con los presidentes de los Consejos generales, que actúan en nombre de los Departamentos<sup>908</sup> o con algunos Municipios<sup>909</sup>. O, por ejemplo, la persona pública propietaria puede

906 El Museo Nacional de Historia Natural y el Consejo Nacional de Protección de la Naturaleza, encargados del inventario científico, han contabilizado 1300 sitios dignos de ser declarados incluidos en la red Natura 2.000. Cfr. DÉQUEANT, J., *Protection de la nature. Les petits pas de l’inventaire Natura 2.000*, en *Le Moniteur*, nº. 4.833, 12 juillet 1.996, pág. 19. Aunque no dejan de surgir propuestas para que el Estado regule específicamente este tipo de contratos de explotación, por los que la Administración se comprometería a otorgar subvenciones a los propietarios o detentadores de derechos de uso interesados en la conservación de la fauna cinegética, al estilo de los contratos territoriales de explotación entre agricultores y Administraciones. En este sentido, vid. la propuesta nº. 32 de PATRIAT, F., *Propositions pour une chasse responsable et apaisée. Rapport au Premier ministre*, 1.999, págs. 73 y 74.

908 Por ejemplo, una convención celebrada entre los Consejos generales de los Departamentos del Bajo-Rhin, Alto-Rhin y Alsacia con el Conservatorio de sitios alsacianos, para la gestión de los medios acuáticos sensibles. En enero de 1.998, la ministra de medio ambiente, la señora Dominique Voynet, y el presidente de ENF (Espaces naturels de France) firmaron una convención para un plazo de 6 años con la intención de continuar con la política de gestión negociada de los espacios naturales, que en ese año cubría un total de 30.000 hectáreas y 900 convenciones o acuerdos concretos.

909 Por ejemplo, El Conservatorio de sitios alsacianos vela por la gestión sostenible de las parcelas comunales de la rivera del río Moder en el término municipal de Fort-Louis. Veintitrés hectáreas le han sido alquiladas por medio de un censo enfiteúutico. Otro ejemplo ha sido la colaboración (*partenariat*) llevada a cabo entre el Conservatorio de sitios naturales de la Alta Normandía y la Comunidad de Municipios Seine-Eure, para la restauración, mantenimiento y preservación de la biodiversidad. Para saber más de éstos y otros ejemplos, vid. Science & Nature, *Hors-série: Les espaces naturels protégés par les conservatoires*, 2.000, pág. 7, 32 y ss.

contratar la gestión del espacio concernido con personas públicas y privadas, en caso de no optar por la gestión *en régie* (art. L. 142-10 del Código de Urbanismo). O, sobre todo, las convenciones de gestión a que llegan los Ayuntamientos con los Conservatorios regionales de espacios naturales<sup>910</sup>.

5. Los contratos de acompañamiento financiero realizados con base en el Fondo LIFE, por los que se conceden subvenciones a cambio de la gestión de espacios naturales<sup>911</sup>.

6. No llegan a constituir contratos las reservas naturales voluntarias, si bien las citamos aquí por lo que suponen de encuentro de las voluntades de los particulares y Administraciones. La reserva natural voluntaria se regulaba en el art. 24 de la Ley de 10 de julio de 1.976, relativa a la Protección de la Naturaleza, y, actualmente en los arts. L. 242-11 y L. 242-12, L. 242-13 a L. 242-28, R. 242-26 a R. 242-35, R. 242-36 a R. 242-49 del Código Rural. Allí se dice que, con el fin de proteger, sobre las propiedades privadas, la fauna y la flora salvajes de interés para la ciencia o la ecología, los propietarios podrán demandar la declaración de su propiedad como reserva natural voluntaria<sup>912</sup>.

A veces, el terreno sobre el que se asientan los agricultores no es especialmente valorado, pero las Asociaciones ecologistas lo consideran importante para otros usos no económicos: educación ambiental, esparcimiento... y por ello llegan igualmente a convenios, contratos o meros compromisos éticos por medio de los que los agri-

<sup>910</sup> Así, por ejemplo, la firmada el 7 de junio de 1.995 para la gestión ecológica de los bosques renanos de Estrasburgo en trámite de declaración de reserva natural, suscrito por los Ayuntamientos de Rohrschollen, Robertsau, Neuhof y Strasbourg y el Conservatorio de sitios alsacianos.

<sup>911</sup> Así, por ejemplo, La Office National des Forêts, que gestiona muchas zonas protegidas en Francia, está intentando, dentro del Programa "Holm Oak" LIFE, reconciliar las tres funciones del campo: protección ambiental, ocio y explotación agrícola y económica, con el apoyo y concertación con grupos locales, a los que subvenciona con los fondos LIFE; hecho que aumentará también el turismo rural de regiones deprimidas. Este Programa está dirigido a gestionar con métodos ambientales los bosques de robles de dos zonas del Languedoc-Roussillon: la de macizo de Clape, cerca de Narbona, y la del macizo de Gardon, en el valle del Garda, sumando un total de 10.000 hectáreas. Este programa sienta juntos a las autoridades locales, asociaciones conservacionistas y a particulares. Vid. DE MEAUPEOU, G., *Natura 2.000 and people: a partnership, proceedings of a Conference held in Bath*, on 20-30 June, 1.998, organised for the UK Presidency of the European Council and the Unit of Natural Protection, coastal Zones and Tourism of the European Commission, págs. 72 y 73.

<sup>912</sup> Será el Ministro de Medio Ambiente el encargado de otorgar su consentimiento a la demanda, después de consultar a las Administraciones locales interesadas. La demanda, en cambio, la dirigirá el particular al prefecto, cuyo contenido se detalla en el art. 17 del Decreto de 25 de noviembre de 1.977. En el art. 20 del mismo se otorga validez de seis años al consentimiento administrativo. Las facultades de las partes de negociar el contenido de la reserva están limitadas ya que propiamente la enumeración de las medidas a adoptar pertenece al propietario, pero serán definitivamente conformadas –junto con las obligaciones del propietario– por el Ministro al emanar el acto de aceptación de la demanda (*agrément*), ex art. 18 del Decreto. En ningún momento llega a haber negociación de tipo contractual por lo que el procedimiento para la declaración de este tipo de reservas se aproxima más a la concesión de una licencia. Cfr. DESPAX, M., *Droit de l'Environnement*, Librairies techniques, París, 1.980, págs. 651-653 y SAINTENY, G., *Politiques environnementales et droit de propriété*, en la obra colectiva *Droits de Propriété et Environnement*, bajo la dirección de FALQUE, M., y MASSENET, M., Éditions Dalloz, París, 1.997, pág. 344.

cultores acuerdan introducir criterios ambientales de explotación. La presión social del pueblo o de los líderes políticos locales hace el resto. Se trata pues, en estos casos, de convenios unilaterales sin contraprestaciones, las más veces, por parte de los poderes públicos<sup>913</sup>.

## 2. La posible calificación de los convenios de gestión de espacios naturales como contratos administrativos de delegación de servicio público

La forma más típica y extendida de gestión paccionada de los espacios naturales es a través de convenciones de gestión. Por medio de ellas, el propietario de un inmueble (personas privadas o Administraciones) pone el bien a disposición de una persona, que procede a gestionarlo por sí misma o a delegar la gestión a un tercero<sup>914</sup>.

Las convenciones o convenios de gestión carecen de una regulación general, razón ésta por la que quizás se prefiera no llamarlas contratos<sup>915</sup>. Sin embargo, sectorialmente se recogen en el Código Rural, art. L. 243-9, como negocios a suscribir entre los Conservatorios del Litoral y las asociaciones especializadas, y en su art. L. 126-6, donde se prevé la firma de contratos de conservación entre el prefecto y el propietario de bosques lineales, setos o plantaciones protegidas por orden prefectoral<sup>916</sup>; y en el art. L. 130-5 del Código de Urbanismo, a celebrar entre los Municipios y Departamentos y los propietarios para la apertura al público y la conservación de los espacios naturales, boscosos o no<sup>917</sup>.

913 Otras veces el Estado decide entrar en el acuerdo para estandarizarlo y dar estabilidad al mismo, bien emando reglamentaciones que recojan sus objetivos, bien otorgando subvenciones públicas para sostenerlos. Cfr. BEURET, J. E., *Petits arrangements entre acteurs... Les voies d'une gestion concertée de l'espace rural*, en *Natures-Sciences-Sociétés*, vol. 7, nº. 1, 21-30, pág. 23, ha recogido algunas de estas experiencias de escala intradepartamental, de base espontánea pero basadas en la concienciación ambiental de los agricultores y en la amenaza de las Corporaciones locales.

914 Definición dada por GIRAUDEL, C., en el *Rapport General France*, expuesto en el Congreso sobre la Gestión convencional de los Espacios naturales, CRIDEAU-CRNS, Limoges, 21 y 22 de enero de 1.997, pág. 15.

915 A pesar de que las palabras "convention" y "contrat" son usadas generalmente como sinónimos, GIRAUDEL, C., en el *Rapport General France*, expuesto en el Congreso sobre la Gestión convencional de los Espacios naturales, CRIDEAU-CRNS, Limoges, 21 y 22 de enero de 1.997, pág. 15, denota una diferencia: mientras que la convención es un acuerdo de voluntades destinado a producir un efecto jurídico cualquiera, el contrato es una especie de la convención, creador en de derechos y obligaciones concretos.

916 La Ley nº. 85-1.273, de 4 de diciembre de 1.985, relativa a la gestión, valorización y protección del bosque refuerza en su art. 1 la necesidad de apertura al público de los espacios forestales.

917 Según LE LOUARN, P., *Les Politiques departamentales de protection des espaces naturels sensibles sur le littoral*, en *Les Petits Affiches*, nº. 1, du 02 janvier 1.995, edición electrónica, pág. 5, en 1.995 sólo eran tres los Departamentos que habían suscrito este tipo de convenciones. Más activos se muestran los Conservatorios del espacio del litoral y de las riberas lacustres firman convenios con las colectividades locales o con otros organismos públicos o privados (asociaciones ecologistas, por ejemplo). Así, el 61% de su patrimonio lo adquiere por adquisición

Se trata de contratos generalmente innominados inspirados en los contratos de gestión suscritos entre la ONF (*Office National des Forêts*) y los propietarios particulares para la conservación de los bosques privados y *en régie* mediando una remuneración anual, del art. L. 224-6 y R. 224-4 y ss. del Código Forestal. En general, la política francesa de restauración de bosques y de repoblaciones se basa en la concesión de subvenciones o préstamos a bajo interés por el FFN (Fondo Forestal Nacional)<sup>918</sup>.

En caso de que el bien sea de propiedad pública, cabe que el contrato sea privado o administrativo. Será de este tipo cuando incluya cláusulas exorbitantes del derecho común<sup>919</sup>.

Al tratarse de contratos atípicos e innominados, pueden celebrarse por todas las Administraciones públicas, pudiendo tener por objeto inmuebles sitios en Parques Nacionales<sup>920</sup> (como complemento a las medidas de control negativas o a las servidumbres de dominio público) o en las Reservas naturales (antes de su declaración sobre todo) o en las órdenes de biotopos<sup>921</sup>. También por parte de los Conservatorios Nacionales del Litoral (con base en el art. L. 243-9 del Código Rural), etc.

La Profesora Catherine GIRAUDEL sostiene que nos encontramos ante auténticos contratos administrativos de delegación de servicio público, nueva categoría salida de la Ley nº. 92-125, de 6 de febrero de 1.992, de la Administración Territorial de la República y de la Ley nº. 93-122, de 29 de enero de 1.993, sobre Prevención de la Corrupción, también llamada “Ley Sapin”. El régimen de estos contratos ha sido reforzado por la Ley de 8 de febrero de 1.995, relativa a los Contratos públicos y a las Delegaciones de Servicio público, y por la Ley de 2 de febrero de 1.995, de Refuerzo de la Protección del Medio Ambiente, que ha introducido reglas específicas a las delegaciones de servicio público en materia de medio ambiente (agua, desechos, saneamiento). A esta conclusión llega la autora al cum-

\*\*\*\*\*

amistosa, el 29% por derecho de tanteo y retracto, 8% por expropiación y un 1% por donaciones y herencias recibidas. Vid. 90E CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE, *Protection de l'Environnement. De la Contrainte au Contrat, Tome II*, Nantes, du 8 au 11 mai 1.994, págs.237-243 y COULAUD, N., *Aménagement du territoire Rôle accru pour le Conservatoire du littoral*, en *Le Moniteur*, nº. 4.866, 28 février 1.997, pág. 48.

<sup>918</sup> Vid. SCHIMMT, T., *Les mesures incitatives et fiscales de protection des forêts*, pág. 323 y ss. quien comenta la superioridad de las medidas fiscales sobre cualesquiera otras de fomento en la protección de los bosques franceses.

<sup>919</sup> Como la convención entre EDF (*Électricité de France*, empresa nacionalizada de servicio público) y el conservatorio de sitios alsacianos para la gestión de los prados, en cuyo art. 7 se habla de la potestad de resolución unilateral del mismo a favor de la Administración.

<sup>920</sup> Como las del Parque Nacional de Cévennes.

<sup>921</sup> Celebradas entre el Estado y las asociaciones o conservatorios para la gestión de la zona de protección de biotopo, donde se definen los objetivos generales de la protección. Cfr. GIRAUDEL, C., coordinadora de la obra colectiva *La Protection conventionnelle des Espaces naturels*, edit. PULIM, Limoges, 2.000, pág. 58 y ss.

plirse los tres requisitos exigidos por la jurisprudencia para que exista delegación de servicio público:

1. Que haya un servicio público. La protección del medio ambiente puede ser perfectamente entendida hoy como un servicio público administrativo, ya que protege un interés general como la defensa del medio ambiente<sup>922</sup>.

2. Que éste sea delegado. No basta con que el particular se encargue de las obras sino también de la actividad de explotación, como es aquí el caso<sup>923</sup>. Más concretamente, la concesión de subvenciones públicas a una asociación condicionada a un programa de gestión ambiental puede ser analizada como delegación de un servicio público.

3. Que la remuneración del contratante esté sustancialmente asegurada por los resultados de la explotación. Mientras no medie un precio en el contrato (la subvención otorgada a la asociación no puede calificarse como tal) cabrá hablar de delegación de servicio público y no de contrato público (*marché public*) propiamente dicho. Además, nada obsta a que la asociación se financie mayoritariamente de los frutos que le proporciona la tierra que gestiona, que deberá afectar al objeto de la convención, al espacio en sí. Además, un *marché public* tiene por objeto una prestación o un trabajo, mientras que en la delegación el servicio público está asegurado, y la subvención sólo ayuda a su ejecución<sup>924</sup>.

<sup>922</sup> Por ejemplo, el art. 19 del Reglamento 2.078/92, de 30 de junio, del Consejo, de medidas agro-ambientales, recoge la idea de la función de servicio público que los agricultores están llamados a prestar en la medida en que integren medios de cultivo más ambientalmente compatibles.

<sup>923</sup> Ya la opinión de 7 de octubre de 1.986 del Consejo de Estado asiente la posibilidad de delegar a un particular un servicio público, al margen de toda prescripción legislativa: "*Le caractère administratif d'un service public n'interdit pas à la collectivité d'en confier l'exécution à des personnes privées, sous réserve toutefois que le service ne soit pas au nombre de ceux qui, par leur nature ou par la volonté du législateur, ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle-même*".

<sup>924</sup> Muchos contratos celebrados entre Colectividades locales y empresarios para proteger el medio ambiente se pueden clasificar como concesiones. El dato de que el contrato tenga por objeto la realización de obras no lo califica como contrato público de obras, ya que la concesión de prestación de servicio incluye las posibles obras que se puedan realizar de apoyo al mismo. Vid. Conseil d'État, 10e et 8e sous-sect., 6 mai 1.991, req. n.º 65.846; *Syndicat intercommunal du Bocage*. Una de las diferencias fundamentales de la concesión con el régimen general de los contratos públicos es que no exige la aplicación del principio de libre competencia, pudiéndose adjudicar al mismo concesionario nuevos volúmenes de obra sin necesidad de concurso, lo cual, salvadas las distancias lógicas, suele ser también una característica de los convenios firmados entre Administraciones y particulares del art. 3.1, d) de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas en España. Vid. ROUSSEAU, N., y GABAI, S., *Contrats des collectivités locales et environnement*, en *Environnement & Techniques*, janvier-février, n.º. 123, 1.993, pág. 60.

## X. EL SISTEMA FRANCÉS DE RECUPERACIÓN DE RESIDUOS DE ENVASES DOMÉSTICOS

Tras el D.S.D. alemán, el sistema francés de recuperación y valorización de residuos se ha basado en la creación de una sociedad privada a la que pueden sumarse los distribuidores, los empresarios que introducen en el mercado productos envasados (lo que excluye a muy pocos) y los importadores de esos productos, etc.<sup>925</sup>.

El Decreto nº. 92-377, de 1 de abril de 1.992, ha desarrollado para los residuos de envases domésticos la Ley nº. 75-633, de 15 de julio de 1.975 (posteriormente modificada por la Ley nº. 92-646, de 13 de julio de 1.992), que establece el marco de la política francesa en materia de residuos. En este decreto se aboga por una gestión integrada de los residuos, cargándose a los envasadores con la responsabilidad de gestionar la eliminación de los residuos de envases de productos consumidos por los particulares<sup>926</sup>. El reglamento prevé la posibilidad de que el empresario opte entre tres posibles opciones: por la instauración de un sistema individual de recuperación, autorizado y visado por los poderes públicos<sup>927</sup>, que ha sido minoritariamente seguido; por pagar a una empresa aprobada por la Administración; o bien por un sistema de adhesión voluntaria a una sociedad privada encargada de gestionar la eliminación y valorización de los residuos, que ha sido el modelo que se impuso desde el principio entre las empresas<sup>928</sup>.

El sistema de adhesión voluntaria está integrado por diferentes actores, todos ellos ligados por relaciones paccionadas, razón por la cual nos interesa:

925 DEFFONTAINE, P., *De la nécessité du partenariat*, en *Environnement & Technique*, juillet-août, nº. 158, 1.996, Tribune libre, pág. 1, que pese a otorgar al sistema DSD alemán (*Dual System Deutschland*) la originalidad del enfoque, lo contrapone al francés calificándolo de "brutal, costoso y monolítico, mientras que considera el francés como progresivo, pragmático y basado en la colaboración".

926 Por gestión integrada se entiende la colaboración intermunicipal y entre Administraciones y empresas concesionarias o contratadas para el reciclaje, de manera que todos los actores se integren en un sistema de apoyos horizontales, más que verticales. Vid. BERTOLINI, G., *Vers un nouveau concept de gestion intégrée des déchets? Le marché des déchets: aspects méthodologiques et pratiques*, en *Environnement & Technique*, janvier-février, nº. 183, 1.999, pág. 28.

927 Como el que puso en marcha CYCLAMED, por ejemplo, para los envases de medicamentos.

928 Gran parte del contenido del decreto de 1.992 se basa en los informes que el estado francés pidió a los presidentes de las dos mayores empresas francesas del sector envasador y de consumo: Antoine Riboud, por Danone, y Jean-Louis Beffa, por Saint Gobain, quienes establecieron una estrategia común con determinados objetivos a conseguir. Vid. NEUMANN, F., y BUCLET, N., *Business strategies and voluntary agreements: a comparative analysis of the Dutch packaging covenant and the French Éco-Emballages scheme*, artículo presentado en la Greening of Industry Conference, Santa Barbara, 19 de noviembre de 1.997, pág. 3.

- la sociedad ÉCO-EMBALLAGES S.A.<sup>929</sup>, fundada sobre la base de una contribución financiera de las empresas adherentes, pieza central del sistema, encargada de velar por los intereses del sector y por la realización correcta de toda la cadena de actividades de recuperación de los envases, desde la recogida selectiva y la separación hasta el reciclaje y la valorización de los mismos<sup>930</sup>. Además, debe intentar fidelizar a las empresas adherentes y captar a otras nuevas aún reacias al sistema, base de un mejor funcionamiento de todo el proceso<sup>931</sup>.

- Los Municipios y Departamentos (colectividades locales) tienen la labor de recoger selectivamente los envases usados, y ponerlos a disposición de las *filières* de materiales de envases. Para ello necesitan cubrir el sobrecosto que ello le ocasiona (con relación a una recogida indiferenciada tradicional) con las aportaciones económicas recibidas directamente de ÉCO-EMBALLAGES. En 1.999, eran 19.417 los Municipios que habían firmado contratos de partenariat con ÉCO-EMBALLAGES<sup>932</sup>, que aúnan a 30.000.000 de habitantes. Los Ayuntamientos se encargan de poner a disposición de los ciudadanos tres tipos de contenedores para la basura: uno con la tapa amarilla, para los envases a reciclar, otro con la tapa verde para el vidrio, y otro con la tapa azul, para los periódicos, revistas y prospectos<sup>933</sup>. La Ley de 1.992 prevé también la elaboración de planes departamentales de residuos que están tardando más de lo pensado en redactarse y publicarse<sup>934</sup>.

929 Compuesta por las sociedades ECOPAR (*Compagnie pour la participation à Éco-Emballages*), que agrupa a productores e importadores de productos envasados, y ÉCO-EMBALLAGES, S.A., que aúna a distribuidores, *filières* de materiales e instituciones financieras.

930 Como ha destacado GODARD, O., *Concertations et incitations...*, *opus cit.*, pág. 12, la valorización puede ser de tres tipos: material, esto es, el reciclado de productos, propiamente dicho; biológico, como es el compostaje de papeles y cartones, por ejemplo; y energético, o recuperación de energía a partir de la incineración de los desechos de los envases. Sobre la prioridad del tipo de medida de recuperación a adoptar, el Decreto concede absoluta libertad a las colectividades locales.

931 El sistema de acuerdos voluntarios en materia de gestión y tratamiento de residuos ha dado lugar, en Francia, a tres organismos diferentes: ÉCO-EMBALLAGES, S. A., para la gestión de los residuos de envases, ADELPHÉ, para los residuos de vidrio del sector del embotellado de vino y espirituosos, y CYCLAMED, para los envases farmacéuticos.

932 Datos oficiales ofrecidos en [www.ecoemballages.fr](http://www.ecoemballages.fr) (visitada el 1 de mayo de 2.000)

933 Por medio de la circular dirigida a los prefectos, de 5 de enero de 2.000, del Ministerio de Ordenación del Territorio y medio ambiente, relativa a la nomenclatura de las instalaciones clasificadas para la protección del medio ambiente, clasificación de las instalaciones de compostaje y de los puntos de aporte voluntario selectivo de desechos domésticos, se establece que los puntos de aporte voluntario podrán contener un único contenedor destinado a un producto o varios de ellos, cada uno destinado a un material o producto diferente.

934 Vid. DÉQUEANT, J., *Déchets. La longue marche des plans départementaux*, en *Le Moniteur*, nº. 4.809, 26 janvier 1.996, pág. 56. Para este autor, la causa principal de los retrasos que estos planes departamentales vienen sufriendo para su aprobación se encuentra en la dificultad en poner de acuerdo a todas las colectividades locales sobre los métodos de valorización y las prioridades sobre reciclaje de residuos. A fecha de 19 de diciembre de 1.995 sólo 19 planes de este tipo habían sido adoptados, de la centena prevista.

- Las empresas que introducen en el mercado productos nacionales envasados, las importadoras de productos envasados y los distribuidores de productos envasados de ambos orígenes podrán adherirse voluntariamente a la sociedad ÉCO-EMBALLAGES, contribuyendo mediante una cuota a su mantenimiento económico<sup>935</sup>, que la sociedad a su vez necesita para financiar a los Municipios y Departamentos por su labor de recogida selectiva<sup>936</sup>. Como contraprestación, adquieren el derecho a imprimir sobre el envase el símbolo del punto verde<sup>937</sup>.

- Los consumidores, que arrojan cada año 80.000.000.000 unidades de envases. Una de las labores de ÉCO-EMBALLAGES es la de concienciarlos para que separen en sus casas los envases, dependiendo que sean de vidrio, de papel o cartón, metálicos o de plástico. Aunque son contribuyentes, las tasas que pagan al Ayuntamiento por la recogida de basuras no se incrementa en este tipo de sistemas, pues es financiado por las empresas arriba indicadas.

- Los poderes públicos, quienes dieron el visto bueno a la creación de la sociedad ÉCO-EMBALLAGES, el 12 de noviembre de 1.992. Fueron 5 ministerios los encargados de otorgar este placet: el de Economía y Finanzas, el de Agricultura, el de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente, el de Industria y el del Interior, éste en representación de las colectividades locales (Municipios y Departamentos). En el acuerdo de aprobación de la sociedad, se fijó un ambicioso objetivo para 2.002: valorizar un 75% del total de los residuos de envases recogidos.

- Las *filières*, que son cinco, una para cada tipo de envase según el material de que estén compuestos mayoritariamente: SOLLAC, para los de acero<sup>938</sup>, FRANCE ALLUMINIUM RECYCLAGE, para los de aluminio<sup>939</sup>, REVIPAC, para los de papel y cartón, VALORPLAST, para los de plástico y la CHAMBRE SYNDICALE DES VERRERIES MÉCANIQUES DE FRANCE, para los de vidrio. Firman acuerdos con ÉCO-EMBALLAGES para adqui-

<sup>935</sup> Cuyo montante global ascendió en 1.998 a 505 millones de francos. Vid. [www.ecoemballages.fr](http://www.ecoemballages.fr)

<sup>936</sup> Según datos de la propia ÉCO-EMBALLAGES, en 1.999 eran 9.417 las empresas adheridas. Vid. [www.ecoemballages.fr](http://www.ecoemballages.fr)

<sup>937</sup> De origen alemán, formado por una flecha verde clara y otra verde oscura que se entrelazan en el sentido de las agujas de un reloj en el interior de un círculo. En Europa, otros nueve países más usan este símbolo para distinguir los productos reciclables: Alemania, Austria, Bélgica, España, Irlanda, Luxemburgo, Portugal, Noruega y Letonia. El 91% de los productos envasados disponibles en el mercado francés muestran este logo.

<sup>938</sup> Que integra tres grandes cuerpos como RECYOET, RECIPEHT y RECYPVC.

<sup>939</sup> Compuesta por Pechiney, Alcan, Vaw y Alusuisse-Lonza.

rir los envases recogidos y separados por los Municipios. Después, ellas eligen a las empresas encargadas de reciclarlos. ÉCO-EMBALLAGES, además, financia sus actividades de I+D, que habrán de redundar beneficiosamente en el conjunto del sistema.

Los Ayuntamientos (36.500 en Francia, nada menos) tienen la competencia de recogida de basuras. En el sistema Eco-Emballages, éstos reciben tres tipos de ayudas por parte de esta sociedad: una primera, contractualmente acordada, consistente en el pago de un sobreprecio por el sobrecosto que al Ayuntamiento le supone la recogida selectiva en comparación con la simple recogida y su posterior incineración (al igual que ocurre en España); una segunda, por medio de la garantía de que los materiales recogidos les van a ser comprados, a un precio que también ha sido contractualmente fijado por un plazo de 6 años; y, por último, un tercer tipo de ayuda es la que se realiza en forma de apoyo técnico y financiero a los Ayuntamientos, para comunicar a la gente el funcionamiento del sistema y los puntos de recogida selectiva<sup>940</sup>. Ya en 1.994, se llegó a un acuerdo entre Éco-Emballages y la Asociación de Alcaldes franceses (*Association des Maires de France*) compuesta por 34.000 miembros, donde se definían las relaciones contractuales entre esta sociedad y los Ayuntamientos para la recogida selectiva de basuras. Desde entonces, muchos contratos han sido firmados entre Éco-Emballages y las Administraciones<sup>941</sup>.

El sistema gallo ha sido el principal referente para la instauración del sistema voluntario español.

## XI. LA GESTIÓN PACCIONADA DE LA AGRICULTURA

### 1. La nueva dimensión ambiental de los contratos de gestión agrícola

La integración de la dimensión ambiental en las medidas de acción comunitaria es uno de los principios de la política ambiental de la UE, como se empezó a recoger desde 1.986, objetivo fijado por el artículo 130R del Acta Única Europea. Esta

<sup>940</sup> Vid. *Éco-Emballages, Éco-Emballages. The french solution, 1.996, The Year the european Directive "on Packaging and Packaging Waste" is implemented*, Victoires-Éditions, París, septiembre 1.996, pág. 7.

<sup>941</sup> 128 contratos a fecha de 30 de junio de 1.996, según datos de Éco-Emballages, *Éco-Emballages. The french solution, 1.996, The Year the european Directive "on Packaging and Packaging Waste" is implemented*, Victoires-Éditions, París, septiembre 1.996, pág. 11.

nueva forma de enfocar la agricultura ha sido bautizada por GUY PAILLOTIN como “agricultura razonada” (*agriculture raisonnée*)<sup>942</sup>.

En el ámbito de la agricultura, la entrada del vector de la protección del medio ambiente ha revolucionado las bases de gestión y explotación tradicionales. El desarrollo sostenible propugnado por el V Programa Europeo de Medio Ambiente, junto con la atribución de una función social a la agricultura<sup>943</sup> han servido para que los diversos países miembros desarrollen medidas de acción agro-ambiental.

El espíritu que ha movido esta reforma tiene una base filosófica y otra pragmática:

- filosófica, porque la necesidad de integrar las políticas ambientales en el resto de sectores económicos de la política comunitaria ha llevado a crear, también en la agricultura, una dimensión ambiental propia<sup>944</sup>;

- pragmática, puesto que el descenso de la natalidad en Europa, el aumento de la producción agrícola ligada a las nuevas tecnologías y, por consiguiente, el descenso comparativo de la demanda, ha creado un volumen de 17.000.000 millones de parados en los últimos treinta años provenientes en su mayor parte de las zonas rurales de Europa. La anterior política europea de fomento de la producción se revela ahora inútil, por lo que se ha visto en el medio ambiente una nueva fuente de recursos y trabajo para los agricultores<sup>945</sup>.

<sup>942</sup> Que define como “la ambición de organizar, de la mejor manera posible, al nivel de la explotación considerada en su conjunto, los efectos, positivos y negativos, de la actividad agrícola sobre el medio ambiente, asegurando al tiempo la calidad de los productos alimentarios y el mantenimiento, incluso la mejora, de la rentabilidad económica de las explotaciones”. Vid. PAILLOTIN, G., *L'Agriculture raisonnée, Rapport au Ministre de l'Agriculture et de la Pêche*, París, febrero 2.000, pág. 39. Este autor aboga por un sistema de cualificación ambiental parecido al de las normas de certificación ISO 14.001, pero enfocada directamente a la calidad ambiental de las explotaciones. Sería apropiado, en su opinión, redactar Cartas de excelencia ambiental, a las que se adhirieran voluntariamente cuantos agricultores quisieran, pero concretando aún más su responsabilidad a través de acuerdos de tipo contractual para el caso específico (págs. 47 a 50).

<sup>943</sup> Ya sentida como necesaria desde hace décadas y explicitada, por ejemplo, en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo sobre indicadores para la integración de las consideraciones medioambientales en la Política Agraria Común (PAC), Bruselas, 26.01.20, COM(2.000) 20 final, pág. 7. Ver también ROMI, R., *Environnement, Droit de Propriété et Liberté d'Entreprendre*, Les Petites Affiches, nº. 50, du 27 abril de 1.994, edición electrónica, págs. 2 y 3.

<sup>944</sup> Como expone muy sugestivamente HOSTIOU, R., *Aménagement, Environnement et Propriété privée*, en la obra colectiva *Droits de Propriété et Environnement*, bajo la dirección de FALQUE, M., y MASSENET, M., Éditions Dalloz, París, 1.997, págs. 103-105, en la agricultura se ha pasado del principio “polluer-payer” al de “protecteur-payeur”. Quiere esto decir que mientras que los daños ambientales ocasionados al entorno por la mala gestión de los agricultores eran soportados por éstos en concepto de servidumbre administrativa no indemnizable (al estilo de las urbanísticas), desde 1.992 la importancia del medio ambiente ha invertido la situación, hasta el punto que los agricultores se comportan como “delegados” de los poderes públicos encargados de la protección del medio natural, cuidando en sus terrenos de la sanidad y belleza de los paisajes rurales. Ahora es la Administración la que soporta el coste de la política ambiental, como última responsable de la protección del entorno, en un enfoque preventivo más acorde con la naturaleza frágil del medio ambiente.

<sup>945</sup> Como propone DE L'ESCAILLE, T., *La Propriété rurale face à l'environnement en Terme d'avenir*, en la obra colectiva *Droits de Propriété et Environnement*, bajo la dirección de FALQUE, M., y MASSENET, M., Éditions Dalloz, París, 1.997, págs. 290 y 291.

En particular, el Reglamento nº. 2078/92, del Consejo, de 30 de junio de 1.992, relativo a los métodos de Producción Agrícola compatibles con las exigencias de Protección del Medio Ambiente y la Conservación del Espacio, dispone en su art. 4 que será otorgada una prima anual por hectárea o por unidad de ganado deducida a los explotadores agrícolas que suscriban, por al menos 5 años, uno o más compromisos para mantener o modificar sus modos de producción agrícola en función de los programas determinados por cada Estado miembro. El Reglamento deja libertad a cada Estado para disponer los medios de otorgamiento de estas subvenciones, lo que ha motivado que Gran Bretaña haya optado por los contratos entre la Administración estatal y los agricultores o Italia por concesiones mediante actos unilaterales administrativos<sup>946</sup>.

La función ambiental de la propiedad rústica ha llegado también a las relaciones *inter privatos*, desde el momento en que la Ley Barnier modificó el art. 411-28 del Código Rural obligando al arrendatario rústico a solicitar el permiso del propietario-arrendador para cualquier tipo de trabajos u obras de mejoramiento que pudieran atentar contra el medio ambiente rural<sup>947</sup>.

Ya desde el punto de vista administrativo, en Francia, el mecanismo de otorgamiento de ayudas a los agricultores ha sido establecido mediante el Decreto nº. 93-738, de 29 de marzo de 1.993, en cuyo art. 1 dispone que los explotadores agrícolas pueden “suscribir un compromiso contractual (*engagement contractuel*) que dé lugar a la contrapartida financiera en forma de una prima al cultivo (*prime à l’herbe*). Es de destacar el tenor literal del artículo, que habla de “compromisos contractuales” pero no de “contratos”, como si en esa perífrasis se alberga-

946 El Reglamento 2.078/92 aludido, ha quedado derogado por el art. 55 del Reglamento (CE) nº. art. 55 del Reglamento (CE) N° 1.257/1.999 del Consejo, de 17 de mayo de 1.999, sobre la ayuda al desarrollo rural a cargo del Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola (FEOGA) y por el que se modifican y derogan determinados Reglamentos. Este Reglamento establece el vigente marco de apoyo comunitario al desarrollo rural sostenible a partir del pasado 1 de enero de 2.000, derogando los reglamentos anteriores relativos al FEOGA y las medidas complementarias de la política agraria común, así como las ayudas a la selvicultura, y supliéndolas por otras. En concreto, el Capítulo VI (“Medidas Agroambientales”) del Título II (“Medidas de Desarrollo rural”), recoge el régimen jurídico de las nuevas ayudas, cuyos términos principales serán: el mantenimiento de los compromisos ambientales por parte del agricultor por un periodo mínimo de cinco años, la modulación de las ayudas dependiendo del lucro cesante provocado por la adopción de técnicas de producción ecológicas (más caras), de los costes suplementarios derivados del compromiso y de la necesidad o no de proporcionar un incentivo al agricultor para que asuma estos compromisos. Aunque en ningún momento se hable de compromisos contractuales para las medidas agro-ambientales (sí, por ejemplo, para la mejora y mantenimiento de la sostenibilidad ecológica de los bosques y para mantenimiento de los cortafuegos con medidas agrícolas, art. 32), parece que serán acuerdos contractuales los que articulen estas ayudas, ya que pueden ser moduladas, así como el alcance de los compromisos a los que se obliga el agricultor.

947 Esto ha supuesto una trascendental renovación ecológica de la propiedad inmobiliaria rústica, según HUDAULT, J., *La fonction écologique de la propriété agricole*, en *Revue de Droit Rural*, nº. 263, mai 1.998, págs. 273 y 274.

ran las propias dudas del estado francés acerca de la auténtica naturaleza de estos pactos. Su articulación encaja perfectamente en los acuerdos ambientales que venimos estudiando, ya que la Administración se obliga a conceder ayudas<sup>948</sup> a cambio de una mejor gestión ambiental por parte de los agricultores<sup>949</sup>: para evitar que las zonas extensivas de praderas y landas puedan perderse por falta de cultivadores, los campesinos y pequeños ganaderos se comprometen a la recogida de la hierba, al mantenimiento de la superficie herbácea, setos, y puntos de agua y de la ganadería de baja intensidad. Precisamente es la pequeña extensión de las tierras lo que hace especialmente eficaces los acuerdos voluntarios firmados entre autoridades locales y los granjeros, ya que los costes de la política ambiental se racionalizan al ajustarse las medidas a tomar a la precisa escala de cada explotación<sup>950</sup>.

Aparte estos convenios o contratos entre el Estado y los agricultores, otras medidas agro-ambientales han sido tomadas a menor escala, por ejemplo regional o local, basadas en circulares que el Ministro de Agricultura envía a los prefectos y a los alcaldes<sup>951</sup>. Las medidas regionales consisten en la reconversión a la agricultura biológica, en la reconversión de tierras arables en tierras para ganadería extensiva, en la disminución de la carga de ganado o en la protección de especies amenazadas<sup>952</sup>, tomadas mediante órdenes prefectorales que deben aplicar el Decreto.

El problema que existe con las medidas organizadas a través de circulares es que pueden incurrir en un posible defecto de falta de base legal. Muchas de estas circulares regulan medidas que se refieren al Decreto n.º. 70-488, de 8 de junio de

<sup>948</sup> A fecha de 31 de diciembre de 1.996, como cita HERNANDEZ-ZAKINE, C., *De l'affichage au droit: l'analyse juridique des contrats agri-environnementaux*, en *Revue de Droit Rural*, n.º. 263, mayo 1.998, pág. 279, ya se habían firmado 98.965 contratos agro-ambientales entre la Administración estatal y agricultores, que cubren 4, 43 millones de hectáreas contra 26.522 contratos agro-ambientales regionales, prefectorales o locales.

<sup>949</sup> Esa indefinición sobre la naturaleza jurídica de estos compromisos ha llevado a HERNANDEZ-ZAKINE, C., *De l'affichage au droit: l'analyse juridique des contrats agri-environnementaux*, en *Revue de Droit Rural*, n.º. 263, mayo 1.998, pág. 276, a afirmar que estaríamos ante actos administrativos condicionados a la solicitud del particular: niega, pues, el carácter contractual en sentido estricto de estos convenios, justificando su opinión en la mera adhesión que le cabe a los agricultores en la determinación de la cuantía de las ayudas y en la forma de llevar a cabo sus obligaciones de gestión ambiental de las tierras que cultivan.

<sup>950</sup> La conducta individual de cada propietario suele ser conocida por las autoridades locales, quienes ayudan al explotador sólo en la justa proporción en que les sea necesario, reduciendo mucho los costes de abonos o del cuidado propio del fundo. Vid. STEENBLIK, R., *When farmers fend for the environment*, *The OECD Observer*, n.º. 203, december 1.996/January 1.997, pág. 16.

<sup>951</sup> Vid. TORRES, E., *Contrats et Conventions de Developpement patrimonial: la regulation locale des rapports environnement-economie*, en *Revue d'Économie Régionale et Urbaine* n.º. 1, 1.995, págs.111-115, pone el ejemplo de la convención *bocage boulonnais* como prototipo de una: las convenciones patrimoniales (esto es, convenios de gestión rural en los que se insertan modos y formas de conservación del medio ambiente).

<sup>952</sup> Siguiendo la evolución comunitaria al respecto de las medidas agro-ambientales, desde 1.998 estos objetivos habrán de conseguirse sin ayudas económicas. Así lo establece la circular agro-ambiental DEPSE/SDSEA/C98 n.º. 7002 de 23 de enero de 1.998.

1.970, que fija las Condiciones de Atribución de Ventajas para favorecer la Realización de Operaciones Grupales de Ordenación del Territorio. Las circulares deben, en principio, ser meramente interpretativas de la normativa, y lo que ocurre es que las circulares del Ministro de Agricultura hacen referencia expresa a este decreto, pero cambiando el régimen de concesión unilateral de ayudas que allí se establece por la adopción de órdenes prefectorales que atribuyan las ayudas mediante procedimientos contractuales: esto, evidentemente, es contradictorio<sup>953</sup>. Las circulares dejan de ser meramente interpretativas para hacerse reglamentarias, lo cual no es en sí ilícito si se cumple la condición de que el órgano administrativo que aprueba la circular sea también competente para aprobar un reglamento en la materia<sup>954</sup>.

Pero, es más, no sólo en ello se altera el régimen del Decreto de 1.970, sino que además se atribuye a los prefectos la potestad para sancionar a los agricultores que incumplan las condiciones establecidas en las órdenes prefectorales. Comoquiera que las circulares son emanadas por el Ministro y el Decreto fue aprobado por Consejo de Ministros, podemos afirmar que estas circulares incurren en vicio *ultra-vires*, pudiendo las sanciones ser recurridas por los agricultores disconformes por falta de base legal.

Por otro lado, en octubre de 1.993 fue firmado un acuerdo entre los representantes de los Ministerios de Agricultura y de Medio Ambiente y los sindicatos agrícolas, organizando el Programa de Gestión de la Contaminación de Origen Agrícola (*Programme de maîtrise des pollutions d'origine agricole*). Mediante este programa los agricultores se responsabilizaban de adoptar sistemas de agricultura ambientalmente compatibles a cambio de ayudas otorgadas por el Estado, Departamentos, Regiones y agencias del agua. La formalización de estos compromisos se ha realizado por medio de contratos de gestión de la contaminación agrícola (*contrats de maîtrise des pollutions agricoles*), cuyo éxito ha sido aplastante (casi el 90% de los agricultores concernidos por el programa –aquéllos incluidos en la Ley de 19 de julio de 1.976, sobre Instalaciones Clasificadas para la Protección del Medio Ambiente– han suscrito uno de estos contratos) no les ha evitado ciertas críticas. Así, ISABELLE

<sup>953</sup> La concesión de subvenciones se establecía de manera reglada a las Administraciones, por lo que dar entrada a medios paccionados de concesión, de suyo discrecionales, no sería posible.

<sup>954</sup> La jurisprudencia del Consejo de Estado en el arrêt Notre-Dame du Kreisker, de 29 de enero de 1954 así lo recogía. Vid. CHAPUS, *Droit administratif général*, editorial Montchrestien, edición 13ª, Paris, 1.999, Tomo I, pág. 490.

DOUSSAN los tacha de ser poco transparentes (las ayudas otorgadas por las Agencias del agua no son notificadas a las Administraciones, por ejemplo), y de carecer de un régimen jurídico diáfano que permita controlarlos judicialmente<sup>955</sup>.

## 2. Los contratos territoriales de explotación (C.T.E.)

En la reciente Ley de Orientación Agrícola (la Ley no 99-574, de 9 de julio de 1.999, *d'Orientalion Agricole*) ha visto la luz un tipo de contratos que están llamados a ser la avanzadilla y la formalización jurídica de los acuerdos ambientales en el importante ámbito de la agricultura en Francia. Nos referimos a los contratos territoriales de explotación (*contrats territoriaux d'exploitation*), diseñados como una forma de encuentro entre la explotación agropecuaria por parte de los particulares y la dimensión ambiental de esas explotaciones (paisaje, fauna, flora, recursos naturales).

Por medio de un contrato territorial de explotación, el agricultor o grupo de agricultores se compromete a desarrollar la labor de cultivo y/o ganadería a la que se venían dedicando pero introduciendo la preocupación ambiental en sus tierras, a cambio de subvenciones y ayudas de carácter público. Continúan explotando la tierra como agricultores (cual es su misión primera), a condición de mirar por la salvaguarda del medio natural, garantizando, además, una alimentación sana de todos los franceses<sup>956</sup>. Se trata de seguir produciendo, mejorando las técnicas incluso para hacerlo, pero de una manera sostenible<sup>957</sup>. El Código Rural regula estos contratos en sus arts. L. 311-3 y 311-4, 341-1 y 313-1. El art. 4, coma primera, de la Ley no 99-574 de 9 de julio de 1.999, *d'Orientalion Agricole*, (actual art. 311-3 Code Rural) establece que:

<sup>955</sup> Vid. DOUSSAN, I., *Pour un Analyse critique des "contrats de maîtrise des pollutions d'origine agricole"*, en Droit de l'Environnement, n.º 45, 97/1, págs. 20 y 21, donde apuesta por aplicarles el Derecho Administrativo en cuanto a su elaboración y preparación, pero no en lo tocante a su régimen jurídico y a los efectos que pudieren acarrear (usando la teoría de los actos separables los está calificando implícitamente como contratos privados, ya que en paralelo se muestra escéptica de poder hablar de una finalidad de servicio público en ellos). A nosotros nos parecen auténticos contratos administrativos, puesto que cabe modular la cuantía de las ayudas y, además, son aplicativos de la normativa de instalaciones clasificadas, de naturaleza eminentemente administrativa, reformada a este respecto con los *arrêtés* de 29 de febrero de 1.992 y de 13 de junio de 1.994, que fijan las reglas técnicas aplicables a la cría de cerdos, ganado bovino y aviar sometido a autorización.

<sup>956</sup> Cfr. COLAUD, N., *Les agriculteurs, gardiens et gestionnaires du paysage*, en Le Moniteur, n.º. 4.853, 29 noviembre 1.996, pág. 60.

<sup>957</sup> Los C.T.E. se conciben como la respuesta francesa a la nueva política agraria común impulsada desde Bruselas, en la que la integración del medio ambiente en el resto de las políticas comunes y el desarrollo sostenible son ejes fundamentales. Cfr. LE PENSEC, L., *Le projet de loi d'orientation agricole*, Courier de l'environnement de l'INRA, n.º. 34, juillet 1.998, págs. 88 y 89.

*“Toda persona física o moral que ejerza una actividad agrícola en el sentido del art. L.311-1 puede suscribir con la autoridad administrativa un contrato territorial de explotación que comporta un conjunto de compromisos en relación con la producción de la explotación, el empleo y sus aspectos sociales, la contribución de la actividad de explotación a la preservación de los recursos naturales, a la ocupación del espacio o a la realización de acciones de interés general y al desarrollo de proyectos colectivos de producción agrícola”.*

Los objetivos ambientales del contrato suelen ser una concreción de los objetivos ambientales establecidos por el Ayuntamiento o en los Planes de Desarrollo Sostenible (*plans de développement durable*)<sup>958</sup>. Estos contratos globales han servido de base e inspiración para los contratos territoriales de explotación típicos. Han supuesto un enfoque original de la agricultura desde el momento en que se inserta la gestión de una determinada propiedad en el sistema ambiental de su pequeña región<sup>959</sup>. La coma segunda de este artículo dispone que el objetivo del C.T.E es incitar las explotaciones agrícolas a desarrollar un proyecto económico global que integre las funciones de la agricultura mencionadas en el art. 1º de esta ley (funciones económica, ambiental y social).

Dos son las finalidades de las ayudas administrativas: la instalación de jóvenes agricultores (lo que deja ver una política de fomento del empleo, de la agricultura y de la despoblación rural, beneficios públicos secundarios muy típicos también de los convenios de colaboración en España), y la adaptación del sistema de explotación a las exigencias económicas, ambientales y sociales (art. 7, I, párrafo segundo).

\*\*\*\*\*

<sup>958</sup> Los Planes de Desarrollo Sostenible tuvieron una fase inicial de experimentación que podríamos centrar entre 1.992 y 1.997, en que la preocupación por los resultados cuantitativos deja paso a una segunda fase en que la calidad ambiental de los modos de gestión se convierte en la meta a conseguir. Desde 1.998, se han firmado unos 1.500 Planes de Desarrollo sostenible por año, en diferentes zonas y comarcas de Francia, bajo la forma de contratos globales de desarrollo durable suscritos entre el Estado y los agricultores, que han tenido por objeto cláusulas de todo tipo (desde la petición de una ventanilla única para el cultivo integral de las tierras y la adquisición de subvenciones hasta la racionalización del trabajo, pasando, claro está, por la experimentación de agricultura sostenible), asentados en un estudio previo que la Administración lleva a cabo sobre la explotación.. Vid. MINISTERE DE L'AMENAGEMENT DU TERRITOIRE ET DU ENVIRONNEMENT, *Les Plans de Développement Durable*, pág. 1, en [www.environnement.gouv.fr](http://www.environnement.gouv.fr). Los PDD constituyen el antecedente genérico de los CTE. Para AMBROISE, R., *La Prise en compte de l'environnement dans les projets de travaux et d'aménagement et les politiques territoriales*, Ministère de l'environnement, Direction de la nature et des paysages, Direction de la nature et des paysages, Ministère de l'environnement, París, 1.996, Anexo II, págs. 123 a 125, estos planes interesan 5 campos conexos: los sistemas de producción, la gestión del territorio, la apertura al público de las explotaciones, le estructura agrícola y la comunicación campo-ciudad.

<sup>959</sup> No está clara la naturaleza contractual de los P.D.D. (planes de desarrollo sostenible). Más que contratos, se trataría de actos administrativos negociados. Cfr. CHAPUS, R., *Droit Administratif Général*, Tome 1, 10ème édition, Montchrestien, septembre 1.996, pág. 451.

En el trasfondo de estos contratos se entremezclan la preocupación por el mantenimiento del empleo<sup>960</sup> y la producción agrícola con la dimensión ecológica de los cultivos, intentando atraerse la voluntad de los paisanos mediante financiación pública, pero dejando claro que sin la concienciación y el compromiso con el medio ambiente por su parte todo sería inútil<sup>961</sup>. El concepto de desarrollo sostenible y la búsqueda de un equilibrio entre actividad económica y conservación ambiental del paisaje rural (*bocage*) se encuentra latente en el espíritu de la Ley de Orientación Agrícola, aprobada en el clima de entendimiento a que dio lugar la Cumbre de Río de 1.992.

El procedimiento para la firma de este tipo de contratos será el siguiente:

La realización práctica de los mismos sigue una línea de concreción, comenzando por las directrices definidas por el Ministro de Agricultura, informadas por dictamen del Consejo Superior de Orientación y de Coordinación de la Economía Agrícola y Alimentaria. Esas líneas de máxima deberán ser respetadas por el prefecto, que aprueba órdenes por las que hace público un contrato tipo de explotación, que será el modelo a seguir para los sucesivos contratos que específicamente se firmen entre las partes. Posteriormente, los contratos territoriales de explotación aplican esos contratos tipos, pero adaptándolos al caso concreto y sujetándose, además, a los pliegos de cláusulas administrativas definidos al nivel local, redactadas conforme a los proyectos agrícolas departamentales y en el marco de la política de ordenación del territorio municipal. Las ayudas y subvenciones pueden adoptar diferentes formas<sup>962</sup>, y sus cantidades son modulables en el contrato concreto dependien-

<sup>960</sup> Cfr. *La Loi d'orientation agricole. L'esprit d'une loi*, en BIMA nº. 1.475, octubre-noviembre 1.998, págs. 7 a 9. Lo que la separa, junto a su clara dimensión ambiental, de la anterior Ley de orientación agrícola de 1962.

<sup>961</sup> Varias experiencias son recogidas por la sección agro-ambiental de LPO, ONG dedicada a la protección de los pájaros. En todas ellas la iniciativa de firma de los contratos territoriales de explotación recayó en los propios agricultores, muy sensibilizados con el impacto que sus métodos de producción, la presión social y el deterioro del entorno a sus explotaciones podrían causar en sus puestos de trabajo y, por consiguiente, en la economía local. Así, se han celebrado contratos en el Tarn –en el *Valle d'Agout*–, en Beauce, en Côtes d'Armor (donde el CEDAPA –Centro de Estudios de Desarrollo de una Agricultura más Autónoma, creada por agricultores– está consiguiendo resultados excelentes) o en Anjou, donde los campesinos se han obligado con la Administración a dulcificar las barreras naturales de amojonamiento, a reducir la carga de intensidad agrícola, a reducir el uso de productos químicos, a aumentar los periodos de barbecho, a cambiar la ganadería intensiva por la extensiva, a aprender técnicas de agricultura ecológica, a diversificar sus actividades económicas creando espacios de ocio para la observación de aves, senderismo, etc... Vid. GAUDUCHON, V., JOLIVET, C. Y METAIS, M., *Contrat territorial d'Exploitation. Aménagement du Territoire et Environnement*, en editorial L.P.O. (*Ligue pour la Protection des Oiseaux*), plaquette 1.999, págs. 4 y 5, y *Politiques Agricoles et Spaces sensibles*, en Parcs, nº. 32, Enjeu, págs. 8 a 15, donde, aparte de los C.T.E. se recalca el importante papel que tienen los Parques naturales regionales como otra vía de contractualización de la gestión ambiental de los espacios agrícolas.

<sup>962</sup> Como recoge el art. 7, I, párrafo primero, podrán tener forma de subvenciones, de préstamos o de bonificaciones de intereses de los mismos y de condonaciones parciales o totales de impuestos o tasas.

do de los criterios económicos de explotación, de la cantidad de activos y de los factores ambientales y de ordenación del territorio tenidos en cuenta (art. 7, I, párrafo primero).

La naturaleza administrativa de estos contratos territoriales de explotación parece desprenderse de la voluntad del Legislador por conceder a la Administración ciertas prerrogativas propias de su régimen público de contratación, aunque deja el suficiente margen de maniobra al/a los agricultor/ores como para no considerarlos meros actos administrativos (por tanto unilaterales) de concesión de ayudas.

Entre las notas características que denotan el carácter administrativo del contrato podemos citar las siguientes:

- la redacción unilateral por la Administración prefectual y local de parte del contenido del contrato: los contratos-tipo y las cláusulas administrativas generales son redactadas respectivamente por el prefecto y por el plan de ordenación del territorio o ambiental local.

- La financiación que conforma la prestación pública es estatal: la Ley de Orientación Agrícola crea en su art. 5 (art. 311-4 Código Rural) el Fondo de Financiación de los Contratos territoriales de explotación, inscrito al presupuesto del Ministerio de Agricultura en las condiciones fijadas por la Ley de presupuestos (art. 5).

- La posibilidad que le cabe siempre a la Administración (salvo cuando la financiación se ha formalizado a través de un préstamo) es la de interrumpir la ayuda otorgada si la explotación no satisface ya los compromisos fijados en el contrato o las condiciones establecidas en el esquema director departamental de estructuras agrícolas o en el proyecto agrícola departamental. Esa falta de cumplimiento puede incluso llegar a la devolución de las cantidades percibidas si la causa del incumplimiento fuera achacable al/a los agricultores (art. 7, I, párrafo tercero).

- La facultad de rescindir el contrato que tiene la Administración cuando una parte de la explotación es transmitida a otra persona (art. 7, II): **el factor personal del contrato es una característica común a los convenios ambientales voluntarios**, aunque firmados en este caso *in tuitu rei* (es la valoración ambiental del terreno lo que importa a la Administración) dependen en buena medida del compromiso personal (por voluntario) del contratante inicial, que se solapa en este caso a la naturaleza contractual administrativa pura de estos C.T.Es.

Los litigios a que den lugar estos contratos se residencian ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 7, III).

Por otro lado, el particular puede, como ya hemos advertido, especificar las especialidades de su explotación y el alcance de sus compromisos, mientras que la Administración puede medir la cuantía de sus ayudas en justa correspondencia, lo que supone un mayor espacio de libertad de contratar para el privado del que suele conceder un contrato administrativo típico, donde al particular sólo le cabe generalmente adherirse o no a los pliegos de cláusulas particulares.

## XII. LA CERTIFICACIÓN AMBIENTAL: LA MARCA

### *NF-ENVIRONNEMENT*

*NF-Environnement* es un logotipo verificado y otorgado por A.F.NOR. (la Agencia francesa de Normalización, organismo certificador acreditado por la COFRAC, Comité Francés de Acreditación) a los productos o servicios industriales con especiales características de calidad, seguridad, fiabilidad y prestaciones ambientales. *NF-Environnement* constituye una de las 4 ramas de la marca NF, que incluye *NF-Productos industriales y de consumo*, *NF-Agro-alimentaria* y *NF-Servicios*<sup>963</sup>.

La marca NF-Ambiente es un certificado de calidad que se confiere a los productos de empresas que lo soliciten a AFNOR, y que mantengan un bajo impacto ambiental desde su producción a su eliminación. Puede aplicarse a productos destinados a los consumidores o a productos intermedios<sup>964</sup>. También a productos cuya función es útil para la protección del medio ambiente. Se trata de un sistema o esquema público de adhesión voluntaria, al estilo de la Ecoauditoría o Ecoetiqueta europeas y similar a los sistemas inglés y belga de certificación ambiental. Su régimen se regula en el Decreto de 9 de julio de 1.980, relativo a los Certificados de Calidad, modificado por el Decreto nº. 92-15, de 2 de enero de 1.992, y por el Decreto de 26 de enero de 1.984, y también en la Ley de 3 de junio de 1.984<sup>965</sup>.

<sup>963</sup> En EE.UU. existen casos análogos de ecoetiquetas, como la establecida en el artículo 5 del *Federal Trade Commission Act* y en la *Food and Drug Administration (FDA)*, así como la *Nutrition Labelling and Education Act* de 1.990, donde se prescribe a dicha FDA la promulgación de una serie de etiquetas. Cfr. BEAUVILLARD, S., *L'Entreprise face...*, *opus cit.*, pág. 17.

<sup>964</sup> La concienciación de los consumidores franceses por el medio ambiente es bastante alta. Según una encuesta llevada a cabo por SOFRES en mayo de 1.991, llamada Barómetro Ambiental, el 71% de los franceses estaría dispuesto a pagar más caro por un producto respetuoso con el medio ambiente (en BEAUVILLARD, S., *L'Entreprise face...*, *opus cit.*, pág. 16).

<sup>965</sup> Actualmente, esta marca es aplicable a ocho tipos de productos: pinturas, barnices y productos similares, bolsas de basura, pegamentos para revestimientos de suelos, máquinas auxiliares de lavado, aspiradores, bolsas de supermercado, mobiliario de oficinas y educativo y filtros de café.

La ecoetiqueta francesa tiene vocación europeísta, puesto que ha sido establecida según las normas armonizadas propuestas por los responsables del Comité Europeo de Normalización (CEN), así como de acuerdo con los criterios de la Asociación Europea de Libre Cambio (AELE)<sup>966</sup>.

Los reglamentos técnicos de cada una de estas categorías deben ser aprobados por órdenes de los Ministerios encargados del Consumo y del Medio Ambiente y la Energía, después de ser informados por una comisión paritaria llamada Comité de la Marca. Existe un reglamento técnico para cada aplicación (hay 250 aplicaciones en toda la marca NF), que viene a recoger los estándares prefijados en unas negociaciones mantenidas por las partes interesadas<sup>967</sup>. Cada reglamento define su propio campo de aplicación.

Una vez que el industrial o empresario solicita la concesión de la etiqueta, AFNOR verifica si el impacto del producto en el entorno desde su producción hasta su eliminación es o no el adecuado. Posteriormente, tras informe del Ministerio encargado del Consumo –cuando se trate de productos consumibles–, es el Ministerio de la Industria el encargado de confirmar, rehusar o retirar el certificado ambiental otorgado por AFNOR. Si el certificado ha sido definitivamente acordado, debe la empresa agraciada proceder a la firma de un contrato por el que se comprometa a cumplir y mantener las condiciones exigidas en el acto de concesión, a cambio del derecho que le asiste a lucir en sus productos el logotipo de *NF-Environnement*. La doctrina se polariza en torno a la naturaleza pública o privada de estos contratos<sup>968</sup>.

<sup>966</sup> Según MATON, P.-M., *Environnement et Label: un mariage vert*, en *Environnement & Technique*, marzo 1.991, n.º. 104, pág. 17, la eurocompatibilidad es requisito imprescindible y característica esencial de las diferentes ecoetiquetas de los países miembros de la UE, en la que el Ángel Azul alemán fue pionero.

<sup>967</sup> En general, los esquemas públicos de certificación son de adhesión voluntaria, ya que suponen para las industrias el respeto de niveles de calidad y excelencia superiores a los exigidos por la reglamentación ordinaria. Cfr. GUEGUEN, E., LORVELLEC, L., y ROMI, R., *La Normalisation au service du droit de l'environnement: rapport final*, Ministère de l'Environnement, París, 1.995, pág. 260.

El art. 11 del Decreto de 9 de julio de 1.980 modificado prevé que antes de ser dirigidos al/a los Ministro/s para su aprobación, los proyectos de reglamento técnico por medio de los cuales el organismo certificador se propone otorgar los certificados deben ser elaborados en concertación con los representantes de las organizaciones representativas de los usuarios o de los consumidores. Como este artículo otorga plena libertad acerca del procedimiento y organización de la concertación, bien podrían los acuerdos voluntarios constituir la formalización de los mismos (carentes en este caso de fuerza jurídica al no poderse vincular a la potestad reglamentaria de la Administración, en sí puramente discrecional).

<sup>968</sup> Así, por ejemplo, GUEGUEN, E., LORVELLEC, L., ROMI, R., *La Normalisation au service du droit de l'environnement: rapport final*, Ministère de l'environnement, París, 1.995, pág. 262, consideran que se trata de convenciones privadas para la protección de un interés público. Justamente por eso a nosotros nos parecen contratos administrativos, ya que su finalidad primera es la protección del medio ambiente. A ello se le suman ciertas exorbitancias que mantiene la Administración durante la vida del contrato, tales como la potestad de inspeccionar los locales de la empresa, de verificar en cualquier momento el cumplimiento *in situ* del acuerdo o de exigir todos los documentos y pruebas documentales de rigor.

Como todos los sistemas de certificación voluntaria, supone la atribución al producto de un logotipo determinado<sup>969</sup>, que confiere una imagen de superioridad respecto del resto de productos semejantes presentes en el mercado, con las consecuentes repercusiones beneficiosas en su demanda. Es por eso por lo que no estamos muy de acuerdo con aquellas opiniones, incluida la del propio Ministerio, que desean limitar el número de productos que deben acceder a esta marca para evitar así un exceso de elitismo<sup>970</sup>.

### XIII. LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS EN MATERIA DE ENERGÍA EN FRANCIA

La celebración en la ciudad de Río de Janeiro, en junio de 1.992, de la Convención Mundial sobre el Clima supuso un hito de primer orden en el camino hacia el abatimiento paulatino de las emisiones causantes del efecto invernadero. El Parlamento francés ratificó esta Convención el 27 de enero de 1.994, tras lo cual, elaboró su plan nacional, que fue el primero en ser comunicado a la Convención-Marco sobre Cambio Climático de las Naciones Unidas y lanzado como Programa Nacional para la Prevención del Cambio Climático, en febrero de 1.995. Este programa diversificaba las medias a tomar según los sectores económicos, descartando el uso de una tasa por el uso del carbón (por los impactos en el empleo que podría acarrear) y centrándose en la firma de acuerdos voluntarios con los ramos de la industria francesa más contaminantes por su volumen de emisiones de gases de efecto invernadero.

Aparte las ventajas generales de todos los acuerdos voluntarios (su flexibilidad y adaptación a cada caso, su rapidez de acción, etc.) varias son las cualidades propias de las iniciativas voluntarias para reducir el cambio climático en particular:

- bajo coste relativo, en relación con el de las políticas clásicas;
- aportación de altos incentivos económicos para las industrias;
- establecimiento de objetivos claros y mensurables;
- larga o mediana duración;

<sup>969</sup> Se trata de un rectángulo en cuyo interior aparece una elipse –subrayada por el lema NF-Environnement– ocupada por un globo terráqueo al que se superpone una hoja de arce.

<sup>970</sup> El propio Ministerio de Medio Ambiente ha reconocido que, en su opinión, sólo un 15 o un 20% de los productos deberían estar acreditados con la ecoetiqueta francesa. Vid., 90<sup>E</sup> CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE, *Protection de l'Environnement. De la Contrainte au Contrat, Tome I*, Nantes, du 8 au 11 mai 1.994, pág. 248.

Por el contrario, siguen siendo desventajas la ausencia de monitorización, la imposibilidad de soluciones a corto plazo o la exclusión de participación democrática de ciudadanos o asociaciones<sup>971</sup>.

La inextricable conmixión entre contaminación atmosférica y desarrollo económico impide la consecución de logros espectaculares en este campo y esa evidencia, trasladada al complejo mundo de las relaciones Norte-Sur abortó la adopción de acuerdos más ambiciosos en el encuentro albergado en la ciudad brasileña<sup>972</sup>.

Desde principios de los 90, varios Estados europeos se han destacado como partidarios del uso de instrumentos paccionados para la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero: Francia, Alemania, Dinamarca, Suecia y Holanda<sup>973</sup>.

Francia adoptó en febrero de 1.995 su "Programa Nacional de Prevención del Cambio de Clima", que detallaba las medidas y políticas de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, en particular del dióxido de carbono. En ese plan se prevén diferentes aproximaciones al fenómeno: el jurídico-fiscal<sup>974</sup>, aunque limitado expresamente para los sectores del transporte, residencial y terciario, excluyéndose a las grandes industrias, para las que se dispone la concertación con la Administración. En esta inteligencia, se han firmado ya bastantes acuerdos voluntarios, sector por sector o empresa a empresa, todos ellos concretando para cada caso concreto las tecnologías e incentivos adecuados para alcanzar el macroobjetivo común comentado.

971 Cfr. ECOTEC, RESEARCH AND CONSULTING LIMITED FOR UNEP, ICC, WBCSD, KEIDANREN AND WWF, COP4 *Climate Voluntary Initiatives Workshop, Final Report, Volume I*, Wageningen, november 1.998, pág. 13.

972 Por ejemplo, prevé que los países industrializados mantengan -individual o colectivamente, en el ámbito de la UE- para el año 2.000 los niveles de emisiones alcanzados en 1.990.

973 En Europa se tenía la sensación de que, más que nunca, el uso de instrumentos del tipo "command and control" no daría los frutos adecuados en una materia tan sensible y necesitada de diálogo como la reducción de las emisiones de gases causantes del efecto invernadero. Los acuerdos voluntarios eran vistos con optimismo, ya que conseguían efectivos resultados más rápidamente y a menor coste. Por otro lado, no les parecía especialmente importante que dichos acuerdos carecieran de efectos jurídicos vinculantes, así como de sanciones *ad hoc* en caso de incumplimiento: lo esencial era probar con otros instrumentos ante la probada incapacidad de las normas. Vid. OECD/IEA (International Energy Agency), *Voluntary Actions for Energy-Related CO2 Abatement*, Paris, 1.997, pág. 60 y ss. Holanda, con más de 30 acuerdos firmados en 1.998 entre el Ministerio de Economía y otros sectores es el país más desarrollado en este sentido. Dinamarca también ha hecho uso de los acuerdos voluntarios, pero no por sectores sino por empresas, y, además, sus acuerdos tienen vinculatoriedad jurídica, algo realmente original en el contexto del pactismo ambiental europeo. Vid. INGRAM, V. y DUNCAN, L., *The voluntary Approach. European Experiences in Joint environmental Policy-Making*, editorial Ernsting BV, Wageningen, The Netherlands, 1.998, pág. 5.

974 La posición del Gobierno se hizo explícita en un documento titulado "Memorandum francés sobre la óptica fiscal de prevención del efecto invernadero", de 21 de marzo de 1.994, donde se dice expresamente que: "No será aprobada en este momento ninguna modificación fiscal específica en materia de efecto invernadero sobre los combustibles específicamente industriales, habida cuenta de los riesgos de delocalización que penalizarían el empleo".

En concreto, ya en 1.998 nos daba MARTINA CHIDIAC noticia de la firma de acuerdos voluntarios en 7 grandes ramas industriales, como las del aluminio, vidrio, acero, cemento, cal y yeso, mientras que otros tres estaban ya en negociaciones al efecto (químico, petroquímico e industrias papeleras)<sup>975</sup>. A fecha de marzo de 2.000, seguían siendo esos mismos los acuerdos firmados. A ellos se podrían añadir dos acuerdos suscritos relativos al transporte de las emisiones de gases de efecto invernadero: uno, de septiembre de 1.996, que tiene por objeto la reducción del CO<sub>2</sub> de los automóviles (llevado a cabo por Peugeot/Citroën y Renault en el marco de un acuerdo voluntario europeo) y otro, también en materia de transporte, realizado con el grupo Trois Suisses, en octubre de ese mismo año<sup>976</sup>.

Es en este marco se firmó en 1.996 el acuerdo voluntario por el que el grupo Pechiney se comprometía a mantener el nivel de emisiones de CO<sub>2</sub> en los límites alcanzados en 1.990, como mínimo. El Sr. Gilles Auffret, director del Departamento Aluminio Metal, decidió integrar en el objeto del acuerdo la producción de aluminio de primera y segunda fusión, cuyo nivel de emisiones esperadas para el año 2.000 hubiera necesitado de una reducción del 19% de CO<sub>2</sub> para alcanzar el destino previsto. En lo tocante a CF<sub>4</sub> (tetrafluorometano), la reducción prevista habría de ser del 72% con relación al nivel de 1.990<sup>977</sup>.

Los acuerdos franceses en el ámbito energético se caracterizan por haberse suscrito tanto por ramas como por empresas, por ajustarse al género de los “Acuerdos negociados”<sup>978</sup> y por requerir una importante base informativa a las empresas que se quieran adherir a estos acuerdos (generalmente la Administración exige a la parte privada que reporte los niveles de emisión y consumo energético desde 5 años atrás)<sup>979</sup>.

<sup>975</sup> Cfr. CHIDIAC, M., *Same Name, but different Policy Instruments. Voluntary Agreements for Energy Efficiency in five EU Countries*, École des Mines de Paris, Comunicación presentada en CAVA Workshop “The World-Wide Use of Voluntary Approaches: State of the Art and National Patterns”, Gent, Belgium, noviembre 26-27, 1.998, pág. 4.

<sup>976</sup> Vid. CHIDIAC, M., *Voluntary Agreements-Implementation and Efficiency. The French Country Study: Case studies in the sectors of Packaging Glass and Aluminium*, CERNA, VAIE Project, Paris, marzo de 2.000, pág. 8.

<sup>977</sup> Las fábricas concernidas fueron las de Gardanne, Noguères, Riouperoux, Venthon, Auzat, Lannemezan, Saint-Jean de Maurienne, Dunkerke, Sabart y Compiègne. Vid. texto del acuerdo “Engagement volontaire de maîtrise des gaz à effet de serre et des consommations d’énergie couvrant la période de 1.990 à 2.000, souscrit par le groupe Pechiney.

<sup>978</sup> Aquéllos en los que el Gobierno negocian los objetivos colectivos del acuerdo, sometiendo todos los parámetros a negociación (plazo temporal, calendario de objetivos, metas, cobertura) bajo la amenaza de introducir una medida de policía unilateral si el acuerdo no fuera respetado por la Industria o ramo. Cfr. BÖRKEY, P., GLACHANT, M. y LÉV QUE, F., con BARDE, J. P., coordinador, *Voluntary Approaches for...*, *opus cit.*, pág. 18. La amenaza velada o explícita suele consistir, para el caso francés, en la entonces vaga posibilidad de aprobación de una tasa al uso del carbón en el ámbito comunitario europeo.

<sup>979</sup> Cfr. CHIDIAC, M., *Same Name...*, *opus cit.*, págs. 7 a 9.

En febrero de 1.997 se celebró el acuerdo voluntario entre el Ministerio de Medio Ambiente y la asociación industrial Cámara Sindical de Cristalerías Mecánicas de Francia (C.S.V.M.F.). El acuerdo incluía medidas de gestión ambiental para el tratamiento de los residuos sólidos, los efluentes líquidos o las emisiones atmosféricas (CO<sub>2</sub>, SOX y NOX) para el período 1.990-2.005. Incluye, además, el compromiso de las industrias del vidrio de adoptar la certificación ISO-14.001 en el año 2.002<sup>980</sup>.

Otro acuerdo en materia de gases causantes del efecto invernadero fue el firmado por el Estado con la empresa de venta por correspondencia "Las Tres Suizas": el uso de vehículos que funcionen con GPL en la distribución de las mercancías posibilitaría la reducción de las emisiones de CO<sub>2</sub> y del coste del carburante<sup>981</sup>.

El texto de los acuerdos suele incluir los siguientes apartados: el contexto de política anti-gases invernadero en el que se firma el acuerdo y una cita del memorándum francés de marzo de 1.994 (donde se excluye el uso de tasas al empleo de carburantes fósiles), información sobre la evolución de las emisiones y medidas para el ahorro de energía o reducción de emisiones, objetivos a alcanzar (indicados más desde el punto de vista cuantitativo que sobre el uso de mejores tecnologías limpias) y procedimiento de información continua de las emisiones de la industria tras la firma del acuerdo a la Administración<sup>982</sup>. **No se incluyen ni medidas sancionadoras ni control por parte de una tercera parte externa ni se hace ninguna mención sobre prerrogativas exorbitantes propias de la contratación administrativa**, lo que excluye cualquier posible juridicidad del convenio o revisión jurisdiccional del mismo.

En otra línea y forma, pero con el mismo sentido, se vienen firmando contratos de compra de energía eléctrica producida por cogeneración por parte de EDF (*Électricité de France*, empresa nacionalizada de servicio público) a los industriales que lo soliciten. Desde 1.995, en el marco del debate nacional sobre energía iniciado en 1.994, EDF viene firmando contratos de compra (contratos administrativos de

980 Para el CO<sub>2</sub>, el compromiso incluye la reducción en un 10% absoluto de las emisiones (siempre que no se incremente la producción más de un 13%). Las medidas para conseguirlo pasan por reciclar y usar botellas más finas, reemplazo de hornos viejos, cogeneración y uso del gas natural. Cfr. CHIDIAC, M., *Voluntary Agreements-Implementation and Efficiency. The French...*, opus cit., págs. 34 a 49.

981 Cfr. BÖRKEY, P., y GLACHANT, M., *Les Engagements volontaires de l'industrie: un mode original de réglementation environnementale*, CERNA, Paris, 1.997, pág. 6.

982 Vid. CHIDIAC, M., *Voluntary Agreements-Implementation and Efficiency. The French...*, opus cit., págs. 7 y 8.

suministro) con empresarios, cuya remuneración es fijada con carácter general por el Estado<sup>983</sup>. EDF y ADEME firmaron en 1.993 un acuerdo voluntario para fomentar el uso de energías renovables, como la hidráulica y la eólica<sup>984</sup>.

En lo tocante a la producción, transformación y distribución de la energía, en Francia se ha aplicado en 1.995 un programa voluntario financiado por el Estado, los productores de electricidad y las autoridades locales, con el objetivo de plantear alternativas a la energía eléctrica en áreas rurales aisladas.

Pero no todos los acuerdos voluntarios para la reducción de emisiones basados en el control o el tipo de energía consumida han sido celebrados con grandes empresas o ramos de la industria: existen programas dirigidos a las PYMEs o directamente a los consumidores, lo que revela una vocación democrática en estos acuerdos que no se da en otros ámbitos:

- el plan *Bois-Énergie* de 1.995-1.998, celebrado entre el Gobierno central y varios Municipios para favorecer el uso de leña para la calefacción de edificios. El acuerdo prevé también la creación de unos 300 puestos de trabajo.

- la etiqueta de optimización de energía y la etiqueta solar, para desarrollar casas energéticamente ahorrativas: empleo de ventanales, impermeabilización para evitar las fugas de calor, materiales que retienen el calor, etc. En 1.994, 68.000 nuevas casas han obtenido estas etiquetas<sup>985</sup>.

- la etiqueta “Comfort Plus”, para edificios nuevos, y “Comfort Safety”, para edificios viejos, ambas relacionadas con la capacidad de aislamiento para ahorrar energía. Así como otras medidas voluntarias para favorecer la arquitectura bioclimática.

983 Para un mayor conocimiento de estos contratos, Vid. SCHIMITT, A., *Le Cadre réglementaire et contractuel du Développement de la Cogénération en France*, en BDEI (*Bulletin du Droit de l'Environnement industriel*), n°. spécial/97, pág. 3 y ss..

984 Se estima que la energía ahorrada en tan sólo dos instalaciones como las de Port la Nouvelle (Aude) y Dunkerke (Nord) equivale a 2.000 toneladas de carbón por año. También de Correos y Telecomunicaciones firmó un protocolo con EDF y ADEME para la instalación de 2.000 paneles solares en los Departamentos de ultramar (Martinica, Guadalupe e Islas Reunión), que empezó a ser operativo en 1.996. Vid., OECD/IEA (International Energy Agency), *Voluntary Actions for Energy-Related CO2 Abatement*, París, 1.997, pág. 78. A pesar del cada día más generalizado uso de las energías renovables, SOLSBERY, L., *Towards sustainable Energy*, The OECD Observer-Special Edition on Sustainable Development, junio 1.997, pág. 37, entiende que la incorporación al tren de las energías renovables no es lo suficientemente rápida, ya que se estima que en 2.010 el peso de la energía derivada de los combustibles fósiles será aún del 90% sobre el total, y que probablemente siga siendo del 80% en el 2020. Teniendo en cuenta que según el Primer estudio español sobre los impactos de las energías renovables, realizado por el I.D.E.A. (Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía), ha concluido que el impacto ambiental de las energías convencionales es 31 veces superior a las renovables (hidráulica, eólica o solar) el dato es poco alentador. Cfr. Diario El País, edición de 07-07-2.000.

985 OECD/IEA (International Energy Agency), *Voluntary Actions for Energy-Related CO2 Abatement*, París, 1.997, pág. 135.

- Dentro del sector transportes, en julio de 1.992 PSA, EDF y Renault llegaron a un acuerdo para introducir vehículos eléctricos en el mercado en 1.995, con el objetivo de llegar a un número de 10.000 en el año 2.000. En este sentido, otro acuerdo fue logrado en junio de 1.994 entre *Gaz de France*, Renault, PSA y el Ministerio de Industria<sup>986</sup>.

## XIV. LA GESTIÓN INTEGRADA DE LAS RIBERAS

Una especialidad típicamente francesa de administración paccionada del medio ambiente se da en lo tocante al dominio público-hidráulico terrestre. La importancia de la gestión ambiental de los cauces de agua continentales en Francia ha hecho que sea éste el primer sector en volumen de negocio para las ecoindustrias<sup>987</sup>. De ahí la emergencia de estos instrumentos.

Por gestión integrada de las riberas u orillas de los cauces de agua continentales se entiende en Francia una ordenación de ambiental de los cauces de los ríos en que los diferentes actores interesados (Administraciones locales, asociaciones dedicadas al conservacionismo, científicos, ciudadanos...) se implican más en la gestión y ordenación de los ríos, fijando, de una parte, unas exigencias mínima a satisfacer lo más rápidamente posible y unas exigencias más ambiciosas a largo plazo<sup>988</sup>.

Es por ello por lo que desde 1.981 se vienen suscribiendo en Francia los así llamados contratos de ribera (*contrats de rivière*), cuyo régimen jurídico ha sido recogido en las circulares dirigidas a los prefectos de 5 de febrero de 1.981, 12 de noviembre de 1.985, 22 de marzo de 1.993 y 24 de octubre de 1.994. A pesar de que el primer contrato de ribera data de 1.983, como instrumento paccionado de protección del demanio hidráulico continental no ha sido recogido en la Ley de 3 de enero de 1.992, de Aguas (*sur l'Eau*).

986 Cfr. *Ibidem*, pág. 148.

987 Con un 37% del volumen de ingresos por parte de la ecoindustria, seguido de las inversiones ocasionadas por las emisiones atmosféricas (con un 30%) y del tratamiento de desechos (con un 23%). Cfr. JULIA, M., *Les Marchés de l'Environnement*, Ministère de l'Industrie, des Postes et Télécommunications et du Commerce extérieur, Direction Générale des Stratégies industrielles, SESSI, Paris Cedex, 1.994, págs. 61 y 62.

988 Vid. BESSIN, P., DEGOUTTE, G., PICARD, J. y THEPOT, R., *Amenagement et Gestion intégrés des rivières. Une Méthodologie d'étude de la Vallée du Cher*, en *Environnement & Technique*, abril 1.995, n.º. 145, pág. 54. Los SAGE son establecidos por la Comisión local del agua (que integra a representantes de los usuarios, de las colectividades locales y del Estado). Unos ochenta estaban en proyecto a finales de 1.999 y dos de ellos se aprobaron ya: los de la Drome y el de la cuenca de la Largue. Vid. DÉQUEANT, J., *Une nécessaire contractualisation*, en *Le Moniteur*, 3 septembre 1.999, pág. 38.

Han sido definidos como un programa de arreglo (*remise en état*) de un curso de agua en un plazo dado, generalmente de 5 años, en el que se comprometen los actores siguientes: usuarios del agua y del curso de agua y los “financiadores” institucionales (colectividades locales, consejos generales, consejos regionales y Organismos de cuenca, *Agencies de bassin*), considerados, desde la Ley de aguas de 1.992, como un instrumento de aplicación de los SAGE (*Schémas d'aménagement et de gestion des eaux*, esto es, de Ordenación y de Gestión del agua)<sup>989</sup>. De estos contratos se han firmado ya más de 150<sup>990</sup>, si bien, al igual que los acuerdos voluntarios y de tantas otras formas de consenso en que se encuentran personas públicas y privadas, algún autor no los califica como tales sino como meros acuerdos de caballeros<sup>991</sup>.

En atención a dos grandes hitos de la gestión de la calidad de las aguas continentales (la Ley de Aguas de 3 de enero de 1.992 y el Programa decenal de prevención de riesgos naturales de 1.994) podemos convenir con FAURE<sup>992</sup> en que la evolución de los contratos de ribera en Francia ha pasado ya por tres etapas sucesivas:

1. Primera etapa (1.981-1.992): desde la circular citada hasta la aprobación de la Ley de Aguas, los contratos de ribera se centraron en la lucha contra la polución y la calidad de las aguas de los ríos, en vistas de la dejación de las funciones de limpieza que se venía notando por parte de los propietarios de las riberas. La restauración de los terraplenes y del lecho del curso de agua acompañaba a esa preocupación central. El Estado empezó financiando con ayudas a los particulares, para después ceder el protagonismo a las Agencias del Agua, que por medio de préstamos a bajo interés y de subvenciones continuaron esa política de fomento.

2. Segunda etapa (1.992-1.994): la ley de aguas introduce la planificación en materia de gestión hidráulica, ya que crea los S.D.A.G.E. (*Schémas Directeurs d'Amenagement et de Gestion des Eaux*, para una escala de cuenca) y los

<sup>989</sup> Cfr. TAMET, M., *La Place de la Concertation...*, *opus cit.*, pág. 41. Aunque la firma del contrato corresponda exclusivamente a órganos administrativos, tales como el Ministerio de Medio Ambiente, el prefecto, el director del organismo de cuenca o el presidente del Consejo departamental, no es menos cierto que las asociaciones ecologistas o las cámaras agrarias pueden participar en los mismos como asociados.

<sup>990</sup> Datos del Ministerio de Medio Ambiente, a julio de 2.000, consultables en [www.environnement.gouv.fr/actua/cominfos/dosdir/DIREAU/contrivi.htm](http://www.environnement.gouv.fr/actua/cominfos/dosdir/DIREAU/contrivi.htm).

<sup>991</sup> Así, BILLET y ZAMUTH, M. E., *Les contrats de rivière. Outils pratiques de gestion globale fondés en droit?*, en *Les cahiers d'action juridique*, n.º 78, 1.992, citado en TAMET, M., *La Place de la Concertation dans le droit de l'environnement: l'exemple d'EPIDOR et de la Charte Vallee Dordogne*, Mémoire DEA, sept. 1.998, Université de Limoges, pág. 42.

<sup>992</sup> Cfr. FAURE, S., *Les contrats de rivière en France*, en *Les contrats de rivière*, en *Environnement et Société*, n.º 13, monográfico sobre la materia, Arlon, 1.994, págs. 33-35. Esta autora muestra cómo este instrumento puede adaptarse a cualquier tipo de río o ribera (tanto de montaña, como de valle, como a lo largo de las ciudades), si bien su escala eminentemente local reduce su ámbito a perímetros relativamente pequeños (de 100 a 500 kilómetros cuadrados).

S.A.G.E. (ya citados, para una escala inferior a la cuenca), a cuyas prescripciones debían adherirse los contratos de ribera desde el 1 de enero de 1.995. La ley hace mayor hincapié en el desarrollo sostenible de las riberas, armonizando los usos del agua con la conservación de las mismas. Por otra parte, se hace normal la duración quinquenal de los contratos<sup>993</sup>.

3. Tercera etapa (prospectiva): a pesar de que actualmente se aplica el procedimiento de la segunda etapa, a raíz de la aprobación del Plan decenal de prevención de riesgos naturales se viene pensando en Francia en la posibilidad de que las ayudas estatales que este programa incluye para el mantenimiento de los cauces (creando un plan decenal de restauración u de mantenimiento de las riberas) puedan converger en la firma de más contratos de ribera. Se trata de una aproximación que aún no se ha desarrollado, pero que puede resultar complementaria a la normal ya comentada.

En suma, nos encontramos con un instrumento ambiental paccionado eminentemente francés (aunque en Bélgica la Región balona también los asumió desde 1.993) del que podemos aprender y que está suponiendo todo un éxito, basado en la nueva filosofía de administrar consensuadamente el medio ambiente<sup>994</sup>.

## XV. EL FUTURO DE LAS TÉCNICAS PACCIONADAS DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN FRANCIA

### 1. Los Contratos de Plan como posible marco legal para la suscripción de acuerdos ambientales

De todos es conocido el aprecio que Francia ha dispensado desde el final de la II Guerra mundial a la planificación. Con una inicial finalidad de reconstrucción

993 El procedimiento que se sigue actualmente para perfeccionar un contrato de ribera está basado en los postulados de esta Ley y es el siguiente: el Alcalde o una asociación ecologista redactan un proyecto de contrato, que se dirige al prefecto de la Región. Éste lo integrará en un dossier preliminar que reenviará al Ministerio de Medio Ambiente. El dossier será informado por el *Comité National d'Agrément* (compuesto por representantes de las Administraciones concernidas, por los representantes de los Alcaldes, propietarios ribereños, usuarios, asociaciones ecologistas, de pescadores, de canoistas...). Posteriormente, el prefecto convoca al *Comité de rivière*, quien dirige la realización de los estudios complementarios y la elaboración del dossier definitivo, que, de nuevo, será examinado por el *Comité National d'Agrément*. Si éste le da el visto bueno, el contrato podrá ser firmado por todas las partes.

994 Cfr. MARMONT, M., *Les contrats de rivière: Un nouvel outil de gestion de l'environnement*, en *Les contrats de rivière*, *Environnement et Société*, n.º. 13, monográfico sobre la materia, Arlon, 1.994, pág. 3, va aún más allá y entiende que esta herramienta inaugura un nuevo estilo de acción pública.

nacional, esta institución se convirtió con el devenir de los años en uno de los pilares sobre los que se ha construido la admirable República Francesa, pasando a asumir toda la programación de las grandes líneas económicas e industriales del Estado.

Y ello a pesar de que desde 1.989 no se ha aprobado ningún otro plan nacional, lo que ha hecho que muchos hablen de crisis de la 2ª planificación francesa. De todas formas, la reforma operada en la planificación en 1.982 permitió alumbrar un nuevo instrumento planificador de menor escala y pretensiones –y quizás por ello más útil– como fueron los contratos de plan<sup>995</sup>. Ya hemos adelantado cómo una de las voces más autorizadas del Derecho Ambiental francés propugnaba estos contratos de plan (*contrats de plan*) como base idónea para dar cobertura jurídica adecuada a los acuerdos voluntarios para la protección del medio ambiente. Vamos a estudiar brevemente esta posibilidad. Como veremos también en la parte del Derecho Ambiental comparado italiano sobre acuerdos voluntarios, la descentralización administrativa va aparejada a las prácticas paccionadas o contractuales<sup>996</sup>. En Italia, los pactos territoriales y los contratos de programa sirven como herramientas de descentralización<sup>997</sup>.

Las prácticas convencionales entre el Estado y las colectividades locales (Departamentos, Municipios y sus establecimientos públicos) gozan de cierta tradición en Francia. Desde los años 70 del siglo XX se han suscrito contratos de plan entre estas Administraciones, en virtud del Decreto de 23 de diciembre de 1.970, derogado por el Decreto de 21 de enero de 1.983, que ahora comentaremos).

995 La primera oleada de contratos de plan siguió al noveno plan de la nación (1.984-1.988), la segunda, siguió al décimo plan (1.989-1.992) y la tercera (1.994-1.998) llegó a ver la luz a pesar de que no se aprobó el undécimo plan nacional. Esta tercera y última –por el momento– generación de contratos de plan fue apoyada por el Estado con un montante de 67.500.000.000 millones de francos, o sea, un 32% más que lo presupuestado para la segunda generación.

996 Más que de prácticas contractuales, los convenios interadministrativos han servido en multitud de ocasiones para conceder a las Administraciones locales o regionales la gestión de servicios públicos o la realización de obras públicas. Con ello, a la vez que se sigue satisfaciendo el interés general que subyace intrínsecamente a la gestión administrativa, se gana en cercanía al ciudadano (quien puede resolver sus problemas más fácilmente en la esfera local o regional) y en garantía de la autonomía de los municipios, si fuera el caso. En Francia, por ejemplo, el sistema ÉCO-EMBALLAGES de valorización voluntaria de los residuos de envases otorga a los Municipios –mediante un sistema de acuerdos entre la sociedad citada y éstos– libertad para elegir el modo de recuperar estos envases: reciclado, reutilización, incineración... así como las técnicas para hacerlo-. Al contrario, los sistemas neerlandés y alemán establecen una jerarquía de acciones deseables sobre otras: la reducción en la fuente tiene prioridad sobre el reciclaje y éste sobre la valorización energética.

997 En concreto, el contrato de programa es un contrato entre la autoridad competente de la Administración estatal con empresas, consorcios e interlocutores sociales para la aplicación de proyectos identificados previamente por la programación negociada, lo cual les asemeja mucho a los contratos de plan franceses, como veremos enseguida.

Los nuevos contratos de plan se han positivado en la Ley nº. 82-653, de 29 de julio de 1.982 (art. 11 y ss.), de Reforma de la Planificación. En el art. 11 (reformado a su vez por la Ley nº. 85-1.376, de 23 de diciembre de 1.985), se dice que:

***“El Estado puede concluir con las colectividades territoriales, las regiones, las empresas públicas<sup>998</sup> o privadas e igualmente con otras personas morales, contratos de plan que comporten compromisos recíprocos de las partes para la ejecución del plan (de la Nación) y de sus programas prioritarios.***

*Estos contratos se asentarán sobre acciones que contribuyan a la realización de objetivos compatibles a los del plan de la Nación. Definen las condiciones en las que el Estado participa en estas acciones...*

***Los contratos concluidos entre el Estado, de una parte, y las colectividades territoriales, las empresas u otras personas morales, de otra, deben ser comunicados a las regiones concernidas.***

***El Estado puede subordinar la conclusión del contrato de plan con una empresa a la inclusión en ese contrato de la definición de las principales orientaciones estratégicas de la empresa y a la verificación de su compatibilidad con los objetivos del plan de la Nación. Antes de su conclusión, el proyecto de contrato de plan debe ser transmitido para informar a las instituciones representativas del personal, quienes habrán de ser igualmente informadas de las condiciones de ejecución del contrato.***

***El contrato de plan con una empresa incluirá obligatoriamente algunas cláusulas tendentes al desarrollo del esfuerzo de investigación y de innovación tecnológicas, previendo un programa de reclutamiento de personal de investigación y organizando, sobre todo bajo subcontratación, las transferencias de tecnología, para provecho de las pequeñas y medianas empresas”.***  
*Los paréntesis y la negrita son nuestros.*

\*\*\*\*\*  
<sup>998</sup> Verbigracia, el contrato de plan celebrado entre el Estado (Ministerios de Economía, de Presupuesto, de Industria, y de Energía) y Electricité de France (E.D.F.) en 1.993 y con validez hasta 1.996, con claras motivaciones económicas (evolución de las tarifas, calidad del servicio, aumento de las inversiones y política industrial), pero con un Anexo 1 (que desarrolla el art. 6 del contrato, sobre medio ambiente) en el que se recoge un Programa de acciones para la reducción de las emisiones de las centrales térmicas. Cfr. JOUDON, L., *Contrat de Plan entre l'État et Electricité de France 1.993-1.996*, C.J.E.G., julio-agosto 1.993, págs. 347-349. La estructura del texto, con un preámbulo y un cuerpo específico de contrato desglosado por artículos, con firma final de los signatarios, le hacen muy apropiado para poder acoger los compromisos de los acuerdos voluntarios sobre medio ambiente que se firmen en el futuro. En 1.992 E.D.F. y el Estado firmaron un protocolo para reducir el impacto ambiental de sus líneas eléctricas así como su enterramiento progresivo. Vid. *Lignes électriques et Environnement: présentation générale*, C.J.E.G. noviembre 1.992, págs. 463-471.

De este tenor literal podemos destacar los siguientes aspectos:

1. El presupuesto de hecho para la celebración de contratos de plan es perfectamente compatible con los acuerdos ambientales voluntarios: el Estado puede celebrar contratos de plan con compromisos recíprocos con empresas privadas u otras personas morales (asociaciones, fundaciones, ONGs, comunidades, etc.)<sup>999</sup>.

2. Necesariamente, los objetivos del contrato de plan habrán de ser compatibles con las prescripciones del plan de la Nación<sup>1000</sup>. Éste determina las opciones estratégicas y los objetivos a medio plazo del desarrollo económico, social y cultural (aquí cabría entender incluida la preocupación por el medio ambiente) de la Nación, así como los medios necesarios para atenderlos (art. 1 de la Ley 82-653). En Francia la programación nacional comenzó en la segunda posguerra, desde 1.946, ideada por Jean Monnet y Charles de Gaulle, y continúa hasta el día de hoy con el undécimo plan<sup>1001</sup>.

3. Un aspecto importante a tener en cuenta en los acuerdos ambientales, como es el de los compromisos que la empresa adopta para reducir su impacto ambiental, sería fácilmente introducible en estos contratos de plan con empre-

<sup>999</sup> También caben contratos de plan celebrados entre una Región y empresas privadas u otras personas morales, cuyo procedimiento de celebración deberán establecer los consejos regionales (art. 11 del Decreto n.º. 83-32, de 21 de enero de 1.983, relativo a los contratos de plan entre el Estado y las colectividades territoriales o personas morales así como empresas públicas y privadas). Respecto al órgano administrativo estatal encargado de firmar el contrato de plan, el art. 9 del Decreto n.º. 82-32, explicita que podrá ser el Ministro concernido (el de medio ambiente, en nuestro caso) o el representante del Estado en la Región o el Departamento (el prefecto) en función del campo de aplicación territorial del contrato. Con esto observamos la posibilidad de que estos contratos de plan (y, por ende, los acuerdos ambientales voluntarios que queremos encajar en ellos) podrían ser suscritos por todos los escalones de la organización administrativa francesa.

<sup>1000</sup> Al ser aprobado el plan de la nación a través de dos leyes, podemos decir que los contratos de plan que suscribe el Estado con las regiones, o con empresas privadas u otras personas morales (como aquí nos interesa reseñar) han de tener en cuenta las prescripciones del plan para poder ser suscritos. Bien es verdad que la obligación de ser compatibles con el plan exige un menor grado de compromiso que el que puede existir entre un reglamento ejecutivo y una ley, o entre una ley de bases y una ley de desarrollo. Lo que queremos decir es que el contrato de plan no tiene por qué desarrollar las prescripciones del plan de la nación: basta con que sea compatible, esto es, que no se oponga al plan de la nación. El juicio de su compatibilidad lo realiza el propio Estado al firmar cada contrato de plan, así como a posteriori el Parlamento al recibir anualmente el informe en el que se rinden cuantías de los contratos suscritos en el ejercicio anterior, como veremos. Con este requisito de respeto de los planes (o sea, de las leyes que lo aprueban) se está respetando el principio de legalidad y no se conculca el principio de indisponibilidad de las potestades administrativas, pero se les otorga un mayor juego que el que podrían haber dado si se les hubiera limitado su concurso a ser meros aplicadores del plan, concretizadores de las obligaciones jurídicas del estado previamente establecidas en él.

<sup>1001</sup> Que no llegó a aprobarse, a pesar de que se preparó concienzudamente. Inicialmente previsto para el período de 1.993-1.997 (el décimo plan abarcó desde 1.989 a 1.992) no fue nunca aprobado por el Gobierno salido de las elecciones legislativas de 1.993, que prefirió desarrollar sus opciones macroeconómicas por medio de leyes quinquenales. Es por ello por lo que se habla de crisis de la planificación.

sas en la medida en que el Estado puede condicionar su conclusión a la definición en el mismo del programa de futuro a seguir por éstas, a plasmar en un calendario de actuaciones a tomar para proteger el medio ambiente.

4. Igualmente, como todo esfuerzo por reducir la polución provocada por la actividad empresarial necesita de un apoyo tecnológico, el último párrafo del art. 11 prevé la inclusión obligatoria en el texto del contrato de algunas cláusulas encaminadas a desarrollar la investigación e innovación tecnológica de última fila, lo que se enlaza perfectamente con la necesidad sentida en los acuerdos voluntarios de que la empresa, tras la realización de los objetivos previstos en los mismos, pueda adquirir la capacidad de autocontrol y mejora continua<sup>1002</sup>.

En el art. 12 de la Ley 82-653 se añaden dos notas más a tener en cuenta:

- No pueden ser rescindidos por el Estado, antes de su expiración, sino por las causas que en ellos se estipule expresamente. Todas sus cláusulas habrán de ser contractuales.

- Con carácter prioritario sobre cualquier otro método o forma, las subvenciones, dotaciones de capital, préstamos, garantías, acuerdos fiscales y cualquier ayuda financiera deberá ser concedida a través de estos contratos de plan. Estas ayudas pueden ser atribuidas en las condiciones fijadas por la segunda ley de plan<sup>1003</sup>, como contrapartida de los compromisos suscritos por los beneficiarios. Se recoge aquí la dotación económica aparejada a la firma del pacto, a entregar a la contraparte privada empresarial, característica común a los acuerdos ambientales y los contratos de plan<sup>1004</sup>.

<sup>1002</sup> En el Derecho ambiental negociado, la obtención de la B.A.T. (Best Available Technology/mejor tecnología disponible) por la parte privada del acuerdo se está extendiendo como cláusula de estilo en la mayoría de los países que han firmado acuerdos voluntarios.

<sup>1003</sup> Se trata de la ley de 24 de diciembre de 1.983, que establece las medidas jurídicas, financieras y administrativas para atender los objetivos establecidos en la primera ley de plan (art. 4). La primera ley de plan (ley de 13 de julio de 1.983, que aprueba el 9º plan de la nación en Francia, quinquenal, como sus antecesores) define, para toda la duración del plan, las elecciones estratégicas y los objetivos, así como las grandes acciones propuestas para llegar a los resultados esperados. Como vemos, cada plan necesita dos leyes: la primera fija los objetivos, y la segunda los medios para conseguirlos.

<sup>1004</sup> De todas formas, los contratos de plan no suponen más que una nueva forma de intervención del Estado: en cuanto a su financiación, el Estado cuenta con las cuantías anualmente votadas en el Parlamento, y, por tanto, el Estado sólo se puede comprometer hasta el límite de su presupuesto ordinario. Vid. BAREL, J., GUILLOUX, A., LESOUHAITIER, D., *Commissariat général du plan. Bilan de l'exécution de la deuxième génération des contrats de plan État-régions: rapport pour M. le Premier ministre*, pág. 5.

Por último, el art. 13, redactado nuevamente por la Ley 96-62, de 29 de enero de 1.996, requería al Gobierno de la Nación para que antes del primer trimestre de ese año depositara ante el Parlamento un informe que describiese la relación de acciones comprometidas por el Estado en el curso del ejercicio precedente, con el objeto de rendir cuentas de la ejecución de los contratos de plan suscritos. A partir del segundo año de ejecución del plan nacional en vigor, ese informe incluiría también el balance detallado de los resultados obtenidos. En este caso se prescribe en la ley un medio para dar a conocer al Parlamento los contratos de plan que se hayan suscrito con las empresas privadas u otras personas morales, lo que les otorga una mayor validez y apertura democrática, a la vez que se conjura una crítica muy usual que hacen los ciudadanos y las asociaciones ecologistas a los acuerdos voluntarios: su precario acceso al público y su secretismo.

Como conclusión, podemos decir que de las características analizadas se desprende la intuición de que los contratos de plan están llamados a ser una herramienta adecuada para la transposición al derecho francés de los acuerdos ambientales voluntarios que desde 1.996 se vienen propugnando desde la Unión Europea, al cumplir la mayoría de requisitos que en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo relativa a los Acuerdos sobre medio ambiente, Bruselas, 27 de noviembre de 1.996 (COM(96) 561 final, se exige para ellos.

En su contra debemos denunciar el parón sufrido desde la aprobación del montante para la tercera generación de contratos de plan (1.994-1.998), que no siguió expresamente las prescripciones de plan alguno (sino de algunas leyes quinquenales de programación económica) puesto que el Plan de la Nación entonces en ciernes no fue aprobado. Además, poco uso ambiental se les ha dado hasta el momento, ya que han sido utilizados más como instrumento de ordenación del territorio y de desarrollo rural, de investigación, de construcción de infraestructuras de transporte o de competitividad económica<sup>1005</sup>.

Y puesto que el apoyo financiero estatal para la tercera generación de contratos de plan fue aprobado sin necesidad del plan nacional que le diera cobertura, es de espe-

1005 Como recuerda CHAPUS, la segunda y tercera generaciones de contratos de plan (1.989-1.992/1.994-1.998), incluyó contratos celebrados tanto con regiones como con empresas públicas como la SNCF (para el periodo 1.990-1.994) o la EDF (1.993-1.996). También para La Poste y para France Telecom, la Ley de 2 de julio de 1.990 ha previsto en su art. 9 que sus actividades sean organizadas en función de los contratos de plan de la Ley de 29 de julio de 1.982. Vid. CHAPUS, *Droit administratif général...*, opus cit., Tomo I, pág. 417.

rar que ésta siga siendo la tónica del futuro para revitalizar este instrumento<sup>1006</sup>, cuya explotación con fines de protección ambiental aún está por explorar.

Otro importante defecto de esta política de contratos de plan es que hasta ahora se han firmado entre el Estado y las Regiones y el Estado y empresas públicas (como la antigua *Régie nationale des Usines Renault* la Empresa nacional minera y química, la Compañía general marítima, o *Air France*) pero desconocemos que exista alguno entre el Estado o alguna Región con alguna empresa privada o con alguna otra persona moral.

No es tampoco de extrañar que nuevos planes nacionales acaben aprobándose e inspiren nuevas olas de contratos de plan, como han avanzado ya importantes personalidades<sup>1007</sup>.

## 2. Problemática detectada por la doctrina francesa respecto a la celebración de acuerdos voluntarios

Dos son los principales inconvenientes comúnmente señalados para un avance definitivo del uso de acuerdos voluntarios ambientales en Francia: la captura del legislador y el “síntoma del pasajero clandestino”.

Por captura del legislador (o de la Administración que ha de regular mediante disposiciones administrativas una materia) se entiende el posible atentado a los intereses generales (y paladinamente aquéllos a satisfacer mediante la normativa) que supone contractualizar la protección del medio ambiente. Se trata de una cautela

<sup>1006</sup> La cuarta generación de contratos de plan incluye 26 contratos de plan Estado-Región, que deben cubrir el período 2.000-2.006, preparados conforme con las disposiciones de dos circulares (de 1 de julio de 1.998, titulada “Estrategia del Estado en las Regiones”, y de 31 de julio de 1.998, titulada “Principios relativos a la arquitectura de los contratos”) del Primer Ministro dirigida a los prefectos de Región. Vid. CHAPUS, *Droit administratif général...*, *opus cit.*, Tomo I, pág. 419.

<sup>1007</sup> Tanto el presidente de la República (Jacques Chirac), como el antiguo ministro de Economía (M. Jean Arthuis) y el ex Comisario general del plan (M. Henri Guaino) se han mostrado abiertamente partidarios de refundar la figura del plan de la Nación, otorgándole nuevas competencias y contenidos. Por ejemplo, existe un acuerdo de obviar el enfoque macroeconómico en favor de un mayor esfuerzo de concertación con los agentes sociales (sindicatos, empresarios, asociaciones) y económicos de a pie (PYMES, por ejemplo). También se quiere que el nuevo plan rompa con la opacidad y ausencia de diálogo que presidieron los anteriores planes, dándole la importancia central a la transparencia, la concertación de nuevo y a la participación del ciudadano, en lo que ha de suponer una refundación del plan más apegado a la realidad que a las ilusiones teóricas por someter el azar. Vid. la intervención de M. Jean Arthuis, ex Ministro de Economía y Finanzas, con ocasión del cincuentenario del nacimiento de la planificación francesa, accesible por Internet en la página web del Comisariado general del plan: [www.gouv.fr](http://www.gouv.fr) (visitada el 1 de mayo de 2.000).

presente en todos los ordenamientos jurídicos de ascendencia latina, y especialmente en Francia, donde la idea de interés general y bien común se encuentran asociadas a los poderes exorbitantes de la Administración y a su inmanente unilateralidad. A este resultado pueden coadyuvar algunas circunstancias añadidas:

- la fijación de objetivos vagos e imprecisos en los acuerdos puede provocar un aparente cumplimiento de los mismos, que en realidad no es tal<sup>1008</sup>;
- la fijación de plazos de realización excesivamente cortos (que imposibilitan una mejora real de las condiciones ambientales de la producción) o largos (que obstaculizan la aprobación de nueva normativa más ambiciosa);
- la falta de mecanismos de vigilancia del cumplimiento de los objetivos del acuerdo, o la previsión de que sean integrados exclusivamente por miembros de la industria o enteramente a su cargo<sup>1009</sup>;
- la ausencia de organizaciones de reconocido prestigio como integrantes del acuerdo: pocas ONGs han sido invitadas a formar parte del acuerdo, como garante de los intereses generales.

El problema del “pasajero clandestino”, como lo denominan BÖRKEY y GLACHANT<sup>1010</sup>, de encuadramiento en la teoría económica, consiste en el incumplimiento consciente de los objetivos por parte de una empresa o industria singular en un acuerdo de sector o de ramo. Sabedora de que sus “colegas” están realizando un esfuerzo para adecuarse a las exigencias de calidad ambiental y de los buenos indicios de consecución de los objetivos, algunas industrias dejan de trabajar en pro del acuerdo, con lo que atentan indirectamente contra el medio ambiente de la zona que éste cubre. *A posteriori*, los resultados del acuerdo siguen siendo buenos porque los desfases de estas empresas incumplidoras “se maquillan” con los resultados generales del grupo.

Ha destacado acertadamente BOIVIN algunas causas y consecuencias en relación con el relativo fracaso de las técnicas convencionales en sede ambiental:

<sup>1008</sup> Como los que fijaba el *contrat-cadre* Rhône-Alpes de enero de 1.993, donde la industria declara una endeble intención de “...minimizar, reciclar, valorizar o tratar los desechos industriales producidos con la preocupación permanente de mejorar la seguridad, la protección de la salud y del medio ambiente, en todas las diferentes fases de la actividad industrial...”.

<sup>1009</sup> Así, en el *engagement de progrès* de la química francesa de 1.990, donde los informes mensuales sobre consecución de los resultados del acuerdo son dados por las propias industrias.

<sup>1010</sup> Cfr. BÖRKEY, P., y GLACHANT, M., *Les engagements volontaires de l'industrie dans le domaine de l'environnement: nature et diversité*. Avec la collaboration de PESARO, G., Étude réalisée pour le Ministère de l'Aménagement du Territoire et de l'Environnement et l'Ademe (Agence de l'environnement et de la Maîtrise de l'Energie, CERNA, Paris, junio 1.997, pág. 11.

Las causas de que este movimiento contractualista no haya cuajado aún suficientemente entre las Administraciones ni en las empresas están relacionadas con ciertos principios doctrinales y jurisprudenciales del Derecho Administrativo francés:

- La prohibición a las Administraciones de contratar en materia de policía es uno de los principios más clásicos del Derecho Administrativo francés. Los órganos administrativos no pueden renunciar al ejercicio de las potestades que detentan ni, por ende, cederlo a los particulares por vía contractual, aunque todos ellos sientan la tentación de hacerlo o lo hagan efectivamente en la práctica.

- Por ello, es del todo corriente que el juez contencioso proclame la nulidad de aquellos contratos administrativos en los que una autoridad administrativa delegue sus competencias en los particulares. Esas convenciones, contratos o acuerdos no serán contratos administrativos, carecerán de efectos jurídicos alienadores de las potestades administrativas.

Las consecuencias de estos dogmas administrativos están íntimamente relacionados con el hecho de que sólo pocas industrias han convenido con las Administraciones su relación con el medio ambiente:

- Fundamentalmente, el desequilibrio entre las posiciones de las partes en el convenio o acuerdo ambiental: la Administración seguía ostentando sus potestades unilaterales frente a la empresa o sector firmante del acuerdo.

- Como corolario de ello, esas industrias o sectores no podían obtener de las Administraciones suscriptoras el compromiso jurídicamente oponible de garantizarles que durante la vida del convenio no cambiarían las condiciones económicas del contrato.

- El desequilibrio de las prestaciones de las partes en el propio acuerdo: mientras que la empresa arriesga su patrimonio al embarcarse en una tarea de reducción de la contaminación provocada por su actividad, la Administración ni siquiera está facultada a otorgarle un tratamiento personalizado. Al principio, las ayudas económicas concedidas compensaban un tanto las inversiones, pero últimamente la incompatibilidad de las mismas con el Derecho comunitario ha reducido aún más los estímulos a contratar<sup>1011</sup>.

1011 A pesar de su correcta visión legalista, BOUVIN aboga por una contractualización moderada de las potestades administrativas, de manera que se reforme la Ley de instalaciones clasificadas de 1.976 en el sentido de conformar un margen de negociación tanto para las Administraciones como para los industriales, de modo que puedan concretar de manera jurídicamente vinculante (como es deseado por la Comisión Europea en su Recomendación de 9

## Sección 3ª.

# LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN ITALIA

## I. INTRODUCCIÓN

Al igual que ocurre en España, el uso en Italia de acuerdos voluntarios como elemento integrador de las políticas medioambientales no se produjo hasta relativamente hace poco tiempo: en el caso italiano fue en julio de 1.989 cuando se firmó el primero de ellos<sup>1012</sup>.

Los principales sectores en que se han celebrado los acuerdos voluntarios en Italia son los de fabricación de pasta, papel y derivados; fabricación de máquinas y equipamientos; recogida de pilas, etc, versando sobre fijación general de objetivos empresariales, mejora del producto, reciclado...

Los acuerdos voluntarios celebrados en Italia suelen tener carácter no vinculante, y, como consecuencia de ello, carecen de sanciones aplicables por la Administración en caso de incumplimiento. Sus principales signatarios han sido el Ministerio del Medio Ambiente y las grandes empresas italianas. El número de acuerdos ambientales celebrados en Italia es relativamente bajo.

Sin embargo, un informe reciente sugiere que el papel que los acuerdos ambientales jugará en Italia aumentará considerablemente en un futuro próximo (CCE,

de diciembre de 1.996) las obligaciones y derechos de ambas partes. Se trataría, en lo que supone una novedosa línea de pensamiento aún por explorar, de permitir a las Administraciones la suspensión temporal de sus potestades reglamentaria y sancionadora hasta el momento en que, o bien la empresa contratante incumpla los compromisos por ella suscritos o bien los alcance definitivamente. En pocas palabras, al firmar un acuerdo ambiental estaríamos ante una condición suspensiva de las potestades administrativas, pero no ante una renuncia a las mismas. Esa suspensión sería legítima desde el momento en que está basada en la potestad discrecional del órgano encargado de la tutela del medio ambiente que, por motivos de bien común, entiende que para el caso concreto tal medida sería favorable al interés general. Vid. BOUVIN, J. P., *De la police au contrat: pour une implication concertée de l'administration et des exploitants dans la réduction des nuisances*, en BDEI, nº. 1/99, págs. 2-10. Se inspira el autor en el sistema neerlandés de los covenants y de las *outline licences*, si bien reconoce que tal aspiración es de difícil realización en un sistema administrativo tan formalista como el francés, en contraposición a la flexibilidad del belga.

<sup>1012</sup> Evidentemente, dependiendo del concepto de medio ambiente del que se parta, mayor o menor será la extensión del ámbito de estos acuerdos voluntarios. Nosotros nos adherimos a la definición acuñada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana. Así, en su Sentencia de 30 de diciembre de 1.987, nº. 641, in Cons. Stato, 1.987, 1.925, reconocía que el

1.996a). Existe también un amplio apoyo a su empleo por parte de la industria, las agencias gubernamentales (central y regional) y la opinión pública<sup>1013</sup>.

En los primeros años de la preocupación gubernamental por el medio ambiente se podía apreciar una política ambiental dispersa y sectorial, que no respondía a esquema o

\*\*\*\*\*  
*"medio ambiente ha sido considerado un bien inmaterial unitario, si bien formado por varios componentes, cada uno de los cuales puede también constituir, aislada o separadamente, objeto de protección o de tutela, pero todos, en su conjunto, son reconducibles a la unidad".*

Pero, para conjurar la tendencia de muchos ecologistas a hacer equivaler medio ambiente con Naturaleza, añade que *"El Ambiente es protegido como elemento determinante de la calidad de vida. Su protección no persigue abstractas finalidades naturalísticas o esteticistas, sino que expresa la exigencia de un hábitat natural en el que el hombre viva y actúe, el cual es también necesario para la colectividad, y, a través de ella, a los ciudadanos, con base en valores ampliamente sentidos: esa necesidad viene impuesta, sobre todo, por preceptos constitucionales (art. 9 y 32) a través de los que el medio ambiente asciende a valor primario y absoluto".*

La Sentencia de 28 de mayo de 1.987, nº. 210, en el punto 5.1 de las motivaciones afirmó que el bien medio ambiente "...comprende la conservación, la gestión racional y la mejora de las condiciones naturales (aire, agua, suelo y territorio en todos sus componentes), la existencia y la preservación de los patrimonios originarios terrestres y marinos, de todas las especies animales y vegetales que viven ellos en estado natural y, en definitiva, la persona humana en todas sus relaciones externas". *De iure posito*, podemos hacer referencia a las materias que incluye como competencias el Ministerio de Medio Ambiente (art. 1, 2 de la Ley 349/1.986):

*"la promoción, conservación y recuperación de las condiciones ambientales (tautología) conforme a los intereses de la colectividad y a la calidad de la vida, además de la conservación y la valorización del patrimonio natural y la defensa de los recursos naturales de la contaminación".*

Como se observa, son mayoría los pronunciamientos que abogan por un entendimiento unitario del medio ambiente. Abundando en esta línea, la Corte di Cassazione afirmó que el medio ambiente, a pesar de ser descomponible en múltiples perfiles (como ordenación del territorio, como riqueza de recursos naturales, como paisaje y valores estéticos culturales o como condiciones de vida sana) es un bien inmaterial reconocido y tutelado en su unidad (Vid. Cass., Sez. Unº. Civ., 25 enero 1.989, nº. 440).

Un contrapunto en esta continuidad lo pone una decisión del Consiglio di Stato italiano (Cons. St., Sez. IV, 11 abril 1.991, nº. 257) según la cual, existiría un bien ambiental tutelado en sí mismo y por sí mismo, pero más o menos una serie de bienes (agua, aire, suelo, paisaje, flora, fauna, etc.) objeto de tutelas jurídicas distintas y diferenciadas. Por tanto, la protección del medio ambiente supone "el resultado último al que se puede conducir una incisiva acción administrativa conducida a tutelar los diversos bienes que, según la acepción común, entran en tal normativa". Con este pronunciamiento se da a entender que cada elemento componente del medio ambiente es autónomamente protegible, lo cual es más lógico, pero siempre teniendo en mente la interacción de todos esos elementos y el ideal de respeto al medio ambiente en su conjunto: se trata de una concepción ecléctica y amplia que da mucha cancha al juego de los acuerdos voluntarios, generalmente dirigidos en Italia a la protección de concretos bienes ambientales (la atmósfera saturada de una región, los ríos de una zona contaminada, etc.).

De todas formas, se hace necesario distinguir entre medio ambiente, concepto más antropológico que tiene en cuenta el entorno según si afecta o no al ser humano, y aquél otro de Naturaleza, más biológico e independiente del hombre. Vale la distinción realizada por SANNA TICCA, E., *Concetto e forme degli interventi a protezione della natura, en L'ambiente e la sua protezione: Atti del Convegno di studi giuridici*, Cagliari, 19-20-21 Aprile 1.989, Giuffrè Editore, Milán, 1.991, pág. 181-185, quien además apuesta por un concepto jurídico unitario del Ambiente. El profesor CARAVITA, conocido ambientalista italiano, ha derivado del concepto unitario o fragmentario del Ambiente una importante consecuencia. Retiene que de una concepción del medio como suma de elementos ambientales (suelo, aire, tierra, etc.) cabe pensar en apropiación particular y de la posibilidad de detentar derechos individuales sobre cada uno de ellos. No así, en cambio en el concepto de Ambiente como género, como "equilibrio ecológico". Véase, CARAVITA, B., *Le politiche ambientali: principi, contenuti e soggetti*, en el Quaderno nº. 2, Seminario de 1.991 de la Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Giuffrè editore, Milán, 1.992, pág. 188. Sostiene también una concepción unitaria del medio ambiente GRASSI, S., *Ambiente come problema istituzionale, en la obra colectiva, Lo Stato delle Istituzioni italiane*, Atti del Convegno di Roma, 30 giugno-2 luglio 1.993, Giuffrè Editore, Milán, 1.994, pág. 615. Este autor observa cómo el ambiente es un concepto polidéxico pues es estudio desde diferentes disciplinas científicas, pero que guarda en todas ellas una indisoluble unidad. En esa misma línea, hiperbólicamente, CORDINI, G., *Diritto ambientale comparato*, CEDAM, 1.997, pág. 31 habla de la dimensión universal del medio ambiente y, por ende, de la crisis "cósmica" que está atravesando en estos momentos. Se une al concepto unitario también SIMONCINI, A., *Ambiente e protezione della natura*, CEDAM, 1.996, pág. 9.

<sup>1013</sup> Cfr. AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE, *La Efectividad de los Acuerdos Ambientales*, (1.997), traducción al castellano realizada por el Instituto Catalán de Tecnología, Serie de Cuestiones ambientales, nº. 3, Vol. I, 1.998, pág. 31.

planificación alguna. La causa original de estas insuficiencias puede concretarse en las dudas constitucionales sobre el concepto de medio ambiente y los problemas de competencia suscitados entre Regiones y Estado para actuar al efecto. En un principio, la política ambiental era escasa y dispersa: la primera ley italiana en materia ambiental fue la conocida como Ley "antismog", de 1.966, que establecía los primeros estándares de emisiones de las plantas industriales. Posteriormente, la Ley Merli, de 1.976, de Protección de las Aguas<sup>1014</sup>. El tercer sector en ser regulado fue el de los residuos, con el D.P.R. 915/1.982, que distingue entre residuos civiles, especiales, y tóxicos o nocivos.

Ya en los años 80 la tendencia se invierte: todo parece estar incluido en el mágico concepto de medio ambiente, y tanto las Regiones como el Estado compiten codo a codo por legislar lo más posible. El resultado aún lo están pagando hoy en Italia: miles de procedimientos, trámites, burocracia abrumadora, competencias atomizadas, hipertrofia normativa<sup>1015</sup>, marasmo legal, etc, a pesar de las algunas medidas que se están tomando para aplacar el fenómeno<sup>1016</sup>. Algún autor ha intentado descifrar las razones que llevaron de una situación a otra de manera tan brusca: aparte de la aprobación de numerosas directivas y reglamentos de la UE, la complejidad de la materia y el boom tecnológico llevaron a las Administraciones a exigir cada vez más y mayores requisitos a las empresas y particulares para cuidar del entorno. Si a eso añadimos la sucesión en esos años de reiteradas crisis ambientales (abuso de los pesticidas en la agricultura, residuos incontrolados, etc.), llegaremos a explicarnos la situación<sup>1017</sup>. Además, el sistema está lastrado por el uso poco riguroso de la

<sup>1014</sup> Es justo reconocerle, empero, a la Ley especial para Venezia (Legge 171/1.973) el valor de antecedente en Italia de la tutela de las aguas, estableciendo límites de contaminación y estándares de emisiones. Esta ley fue implícitamente derogada por la Ley Merli, y posteriormente revivida por medio de la Ley 690/1.976. Vid. FORTUNA, E., *La legge speciale per Venezia*, en *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, Giuffrè Editore, 1.993, n° 3/4, pág. 370.

<sup>1015</sup> Las normas ambientales han acabado por estar dirigidas a situaciones concretas, olvidando la concepción unitaria del medio ambiente, con la que nos alineamos, hasta el punto de que se ha llegado a hablar de "leyes-acto" y de "crisis del principio de certeza del derecho". Asi, GRASSI, S., *Costituzione e tutela dell'ambiente, en la obra colectiva Costituzione, razionalità, ambiente*, a cura di SCAMUZZI, S., Bollati Boringuieri Editore, Torino, 1.994, pág. 400.

<sup>1016</sup> Cfr. PIPERE, P., *La Camera di Commercio per l'ambiente*, en *Rivista Impresa e Stato*, n° 39, accesible desde Internet en [http://impresa-stato.mi.camcom.it/im\\_39/pipere.htm](http://impresa-stato.mi.camcom.it/im_39/pipere.htm), pág. 1 a 3, dando noticia de las funciones ambientales atribuidas a la Cámara de Comercio de Milán y a sus 11 sedes en la Región de Lombardia. A partir de la Ley 79/1.994, de simplificación del cumplimiento de las obligaciones administrativas ambientales, se ha encargado a ellas la promoción de acuerdos ambientales entre las empresas, la región y los municipios lombardos, basados, sobre todo, en la posibilidad de ofertar la simplificación y unificación en una ventanilla única de la multitud de complejos y numerosos procedimientos administrativos a cumplir por las empresas en materia ambiental.

<sup>1017</sup> Vid. SALVIA, F., *Gli Strumenti della Tutela ambientale*, en *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, Giuffrè Editore, 1.993, pág. 210 y 211. El autor hace hincapié en la dialéctica absoluta que empezó a darse en esos años por primera vez de forma patente entre desarrollo económico y tutela ambiental: el legislador reaccionó de manera "esquizofrénica", afanándose por conciliar ambas funciones. En otra contribución posterior de este autor se introduce el principio de desarrollo sostenible como causante de la gran implosión de los instrumentos normativos y del desarrollo de los instrumentos "alternativos". Vid. SALVIA, F., *Ambiente e sviluppo sostenibile*, en *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, Giuffrè Editore, 1.998, n° 2, págs. 237-244. Resalta el autor que si en un principio el mito de la planificación también tentó a los administradores del medio ambiente en Italia, las exigencias de racionalidad y contención del gasto lo vetaron como herramientas apropiada para gestionarlo. A pesar de ello se han seguido man-

nomenclatura jurídica sobre medio ambiente<sup>1018</sup>.

Esta inicial timidez ha dado paso a un uso más intenso de esta herramienta en los últimos años, tanto que CROCI y PESARO han hablado de una “tendencia” desde 1.993 a firmar acuerdos<sup>1019</sup> o de una transición de los sistemas de tutela del medio ambiente desde el modelo regulativo a la autonomía del mercado<sup>1020</sup>. Llega un momento en que la evidencia muestra que es imposible esperar un medio ambiente adecuado sin contar con la opinión de las empresas e industrias, quienes conforman la fuente de contaminación más importante en nuestra sociedad capitalista. Es entonces cuando se empieza a ver a las empresas como parte de la solución más que como parte del problema.

Efectivamente, tres grandes eventos legislativos han allanado el camino para el uso de los acuerdos voluntarios en Italia:

1. La Ley de Acompañamiento a los Presupuestos de 1.997 (Ley de 23 de diciembre de 1.996, n.º 662), cuyo artículo 203, punto 2, introduce nuevos tipos de acuerdos entre entidades públicas y privadas, a escala local y estatal, a la vez que propone un sistema de clasificación para crear programas coordinados e intervenciones comunes.

2. Posteriormente se aprobó la llamada “Ley Ronchi” (Decreto Legislativo de 5 de febrero de 1.997, n. 22) que establece formas de cooperación entre los

teniendo permisos y autorizaciones compuestas (a conceder por varias Administraciones) que responden más que a un dato de intereses objetivamente superpuestos a la necesidad de dar cabida artificiosamente a la fragmentación administrativa reinante (pág. 239). De todas maneras, retiene este autor con buen criterio que un excesivo juego del principio liberalizador y de simplificación de los procedimientos podría ir en contra del art. 41 de la Constitución italiana, donde se reclama la utilidad social de la iniciativa privada. Lo ideal sería conjugar la tutela ambiental proporcionada espontáneamente por el libre juego de las fuerzas y por la competitividad empresarial con los procedimientos administrativos idóneos y demostradamente eficaces que creen las condiciones de protección ambiental allí donde el mercado, por sí mismo, no pueda llegar: incentivos y subvenciones, sobre todo (pág. 241).

<sup>1018</sup> Cfr. GRECO, N., *La Costituzione dell'Ambiente. Sistema e Ordinamenti*, Il Mulino Editore, Bologna, 1.996, pág. 335, se queja del errático e indistinto uso que se hace de vocablos como “salvaguardia”, “tutela”, “conservación”, etc. La profesora Lacava ha reducido a dos las causas desencadenantes de la actual tendencia de la Administración a actuar consensuadamente: la desregulación de la acción administrativa y la reorganización de la Administración. Vid. LACAVA, C., *Amministrazione autoritativa, partecipazione e negoziazione: il contributo evolutivo della gestione ambientale*, en Documenti e Informazioni, Quale amministrazione per l'Europa, n.º. 4, 1.995, “Modernizzazione dell'amministrazione pubblica: la sfida dell'ambiente”, coordinado por NICOLA GRECO, págs. 144 y 145.

<sup>1019</sup> CROCI, E. y PESARO, G., *Voluntary Agreements in the Environmental Sector -The Italian Experience*, CAVA Working Paper n.º. 98/11/5, January 1.999, pág. 15. Estos autores describen, además, cómo con respecto al Ministerio de Medio Ambiente se aprecia un encomiable esfuerzo de redirigir la política ambiental como política general horizontal presente en todo el sistema económico, como factor a tener en cuenta a la hora de evitar posibles impactos de toda actividad (lo que se ha venido a llamar eco-compatibilidad) (pág. 23).

<sup>1020</sup> En palabras de DI PLINIO, G., *Diritto pubblico dell'ambiente e aree naturali protette*, Utet libreria, Torino, 1.994, pág. 71.

agentes institucionales y los económicos, previendo la posibilidad de que puedan ser llevadas a la práctica en parte a través de acuerdos voluntarios<sup>1021</sup>.

3. Más tarde, la deliberación del C.I.P.E. (Comité Interministerial de Planificación Económica) de 21 de marzo de 1.997, titulada “La Disciplina de la Programación negociada”, redefine y crea procedimientos para las diferentes clases de acuerdos voluntarios, en especial los pactos territoriales, y permite la “posibilidad de activar a través de medios administrativos, nuevas formas de negociación al margen de aquéllas prescritas por la ley, dándole a los instrumentos mayor flexibilidad sobre la base de concretas necesidades”<sup>1022</sup>.

Los acuerdos voluntarios en Italia han seguido el ritmo de las líneas de actuación prioritaria de toda la política ambiental, dándose en mayor grado en materia de reducción de emisiones atmosféricas (sobre todo en la esfera de gases susceptibles de aumentar el efecto invernadero) y tratamiento y reciclado de residuos. Por la misma razón, y al igual que sucede en España, la mayoría de los acuerdos voluntarios firmados en Italia son aplicación de la normativa vigente en el país y en la UE<sup>1023</sup>.

<sup>1021</sup> A pesar del carácter progresivo del Dec. Leg. Ronchi, que prevé en su seno la suscripción de numerosos acuerdos voluntarios (convenciones, acuerdos de programa, etc.) no han faltado autores que pongan de relieve la contradicción que significa que a la vez se proponga un modelo de gestión de residuos firmemente estatista. Se incurre en la paradoja de favorecer el encuentro del sector público y del privado pero sin proceder en paralelo a una simplificación y descentralización verdadera de los procedimientos administrativos en materia de residuos –con lo que se vulnera el espíritu de las Leyes 59 y 127/1.997, leyes “Bassanini”, que comentaremos más adelante–. Vid. ALBERTAZZI, B., *Le procedure semplificate in materia di rifiuti: una novità che stenta a decollare*, en Rivista Giuridica dell’Ambiente, Giuffrè Editore, 1.998, n.º 5, pág. 672. Este autor se muestra a favor, además, de la pactación de las licencias de recuperación de los residuos no especificados en el Dec. Leg. Ronchi, siempre con respeto de las normas técnicas generales fijadas por el Estado.

<sup>1022</sup> La flexibilidad es unánimemente reconocida como la principal virtud de los acuerdos voluntarios. Se habla mucho de flexibilidad, pero, ¿qué significa realmente? Podemos definirla mejor en comparación con la supuesta rigidez que se le atribuye a la regulación tradicional: por flexibilidad ambiental podemos entender el ahorro económico que produce cada empresa singularmente considerada en relación con la suma de dinero que tendría que desembolsar si tuviera que adaptarse a los niveles de calidad ambiental –y al momento concreto en que éstos son exigidos– previstos por la norma. Mientras más cercano a la realidad de la empresa y a su tamaño sea el acuerdo voluntario por ella firmado, más flexibilidad habrá ganado para que los necesarios requisitos de calidad ambiental no la expulsen del mercado. En la doctrina técnica, se usan también expresiones parecidas como “regulatory gains”, esto es, “ganancias en relación con la regulación” o “pre-emption of public regulation”, o sea, adelantarse a la regulación pública adquiriendo sus previsible estándares ambientales mediante acuerdos voluntarios, para así estar mejor preparadas frente al resto de las empresas competidoras. Cfr. BRAU, R. y CARRARO, C., *Voluntary Approaches, Market Structure...*, opus cit., pág. 8 y BRAU, R., *Negotiated Agreements and Competition*, Ghent, 30 November 2.000, Final NEAPOL conference (en <http://fetew.rug.ac.be/neapol/conference/papers.htm>, visitada el 12 de junio de 2.001) y BÖRKEY, P., GLACHANT, M y LÉV QUE, F., *Voluntary Approaches for environmental Policy in OECD Countries*, OECD, Paris, págs. 2-20.

<sup>1023</sup> GERELLI, E., *Società post-industriale e Ambiente*, Editori Laterza, 1.995, primera edición, págs. 134 y 135, también es de la opinión de que los acuerdos voluntarios ganan en efectividad cuando suponen una aplicación concreta de una normativa ya existente, facilitándose así su observancia por la empresa. Para este autor, los acuerdos voluntarios son contratos entre las Administraciones y las empresas, aunque no se pronuncia sobre el tipo de contrato que sea, si público o privado. Podemos concluir de sus argumentaciones que son contratos públicos, ya que define los acuerdos ambientales como un acuerdo voluntario cuya finalidad es disfrutar plenamente del patrimonio informativo de la empresa sobre el medio ambiente, **utilizándolo en el interés de la comunidad**. En esto para-

En Italia, ha habido autores que han definido los acuerdos voluntarios. Entre ellos, CROCI y PESARO<sup>1024</sup>, que los califican como acuerdos celebrados por al menos un órgano de la Administración Pública y al menos un actor industrial (empresa, consorcio u organización comercial) que tienen por meta la protección del medio Ambiente. POLI critica la definición dada por BASSE, por ser excesivamente vaga, ya que se refiere a ellos como los <<compromisos aceptados por aquéllos que pueden ser definidos genéricamente como los “actores” de la política de protección ambiental>><sup>1025</sup>.

Los acuerdos voluntarios en Italia han sido históricamente promovidos tanto por la Administración como por los particulares firmantes del mismo<sup>1026</sup>. Las motivaciones que pueden llevar a una y otra parte a concertarse en algún aspecto medioambiental son de variada índole. Del lado de la Administración, por ejemplo, el acercamiento a las empresas puede estar basado en la necesidad de contar con su voluntad en la regulación de un sector económico estratégico (como el petrolero<sup>1027</sup>) o en el desarrollo del mandato constitucional del principio de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos (art. 3 de la Constitución italiana de 1.947<sup>1028</sup>). Del lado de las empresas, son aún más variados los estímulos que las empujan a decidir tomar la iniciativa y contactar con una Administración en materia ambiental. Existen razones de pura estrategia comercial de empresa, sobre todo en el caso de

frasea a otro autor italiano, CAMPIGLIO, L., *L'Economia degli Accordi volontari*, Istituto per l'Ambiente, Milano, 1.994, a circolazione limitata, pág. 13. Para Gerelli, una de las principales ventajas de los convenios en sede ambiental estriba en la confianza en que las partes se manifiestan, permitiendo así por ejemplo a las Administraciones conocer datos ambientales de las empresas a los que de otro modo no hubieran tenido jamás acceso. Podríamos decir que la negociación, la búsqueda del consenso, suscita a las empresas “deseos de confesarse”, de sincerarse con la Administración acerca de unas costumbres o hábitos ambientales más negativos de lo que la Administración conoce y que les crea mala conciencia. Como ejemplo de acuerdo voluntario de éxito cita el autor el Programa 33/50 norteamericano.

<sup>1024</sup> CROCI, E. y PESARO, G., *Voluntary Agreements in the Environmental Sector...*, *opus cit.*, pág. 5.

<sup>1025</sup> Vid. POLI, S., *Gli accordi volontari nel diritto comunitario: un nuovo strumento per la tutela dell'ambiente*, en *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, Giuffrè Editore, 118, pág. 393, citando a BASSE, E. M., *The contract model-The merits of a voluntary approach*, *Environmental liability*, 1.994, pág. 74. Ella se adhiere a la definición establecida en el seno de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo relativa a los Acuerdos sobre medio ambiente, Bruselas, 27 de noviembre de 1.996 (COM(96) 561 final), que, en su pág. 5 define los acuerdos voluntarios como “acuerdos entre industrias y las Autoridades públicas, que tienen como finalidad la consecución de objetivos ambientales. Pueden ser jurídicamente vinculantes para las partes, pero pueden tener también forma de compromisos unilaterales por parte de las industrias, reconocidos por las Administraciones públicas” (pág. 395).

<sup>1026</sup> Vid. CROCI, E. y PESARO, G., *Voluntary Agreements in the Environmental Sector...*, *opus cit.*, pág. 6.

<sup>1027</sup> El acuerdo celebrado entre Agip y la Asociación de Comercio del petróleo de 1.989 respondía a la urgencia y voluntad por parte del Estado de ordenar el enorme impacto que esta industria provocaba en el medio ambiente. Teniendo en cuenta la presión social ejercida por asociaciones ecologistas, de consumidores y por grupos de ciudadanos. El continuo incumplimiento de los umbrales de emisión atmosférica y la demostrada ineficacia del Legislativo convencieron a la Administración a tomar cartas en el asunto. Si a ello sumamos la fortísima concentración empresarial del sector en Italia, vemos claramente cómo el acuerdo voluntario se perfilaba como el único instrumento posible y útil en este caso.

grandes empresas (Fiat o Agip<sup>1029</sup>, paladinamente), de anticipación a las leyes, de elección de las áreas en que un acuerdo podría traer beneficios, de adaptación y simplificación de procedimientos administrativos (cuando una empresa concierta con la

1028 La participación de los ciudadanos en temas ambientales se ha venido desarrollando en sede jurisdiccional, ampliándose a procedimientos administrativos para los que, en principio, no está prevista: así, por ejemplo, en el establecimiento de vínculos paisajísticos sobre bienes de propiedad privada. La sentencia de 16 de octubre de 1.997, nº. 1.796, de la Sección primera del T.A.R. de Lombardia, con sede en Milán, reconoce la posibilidad de ponderar los intereses de los particulares afectados por la declaración de un conjunto urbano como *bellezza d'insieme*. A pesar de que una sentencia anterior de ese mismo tribunal (sentencia de 11 de febrero de 1.995) negaba la aplicabilidad de los principios de participación de los ciudadanos en la formación de los actos administrativos de la Ley 241/1.990, ahora ya suaviza su línea anterior permitiendo la continuidad de los usos e intereses privados compatibles con la declaración de conjunto protegible. Para un mayor conocimiento de la ponderación de los intereses privados y públicos, puede verse el comentario doctrinal sobre la sentencia citada en PRATI, L., *Imposizione del vincolo ambientale e valutazione degli interessi privati*, en Revista Giuridica dell'Ambiente, 1.998, Giuffrè Editore, especialmente en pág. 751. Otra línea de avance de esta participación puede observarse en las conferencias de servicios (instrumentos de coordinación de intereses entre Administraciones públicas), recogidas con carácter genérico en el art. 14 de la Ley 241/1.990: "...no es posible reconocer a la conferencia la capacidad de sacrificar la intervención de los privados en el procedimiento, que debe ser inserto en un principio –la coordinación de intereses públicos y privados– al menos de igual importancia respecto a aquél otro de la coordinación de los intereses públicos". Sin embargo, los arts. 14, 16 y 17 establecen la no-aplicación de los preceptos sobre conferencias de servicios a las Administraciones competentes para la protección del medio ambiente, de la salud de los ciudadanos y del paisaje. Las conferencias de servicios como modo de adelgazamiento y simplificación administrativa aparece ya a finales del primer Gobierno Craxi, con la intención de facilitar la realización de grandes obras públicas de manera unificada, como recuerda PIACENTINI, P. M., *La concentrazione amministrativa e le nuove tipologie dei soggetti*, págs. 45 y 46, en la obra colectiva *Soggetti attuatori: la partecipazione dei privati alle fasi propositive e di finanziamento delle grandi opere pubbliche: 28 giugno 1.989 in Roma, Maggioli Editore, Rimini*. Las conferencias de servicios se usaron masivamente para llevar a cabo las obras requeridas por el Mundial de fútbol de 1.990, celebrados en Italia, y así se previó en la ley 205/1.989. Se las conoce también como "ventanilla única" (*spottello unico*). Vid. también CIVITARESE MATTEUCI, S., *Notazioni in tema di coordinamento degli interessi nella conferenza di servizi e partecipazione al procedimento*, comentando la sentencia del T.A.R. de la Emilia-Romagna, Sez. I - 9 de noviembre de 1.993, nº. 244, en Revista Giuridica dell'Ambiente, 1.994, nº. 3/4, pág. 450. Es un hecho que en los últimos años ha aumentado vertiginosamente en Italia el número de los así llamados "procedimientos infraestructurales" (aquéllos en los que varias Administraciones deben ponerse de acuerdo para actuar y coordinarse en una materia amplia que a todas atañe): así, los planes ("piani"), procedimientos autorizatorios y controles de inspección ("controlli ispettivi").

1029 Fiat firmó entre 1.989 y 1.997 siete acuerdos voluntarios con el Ministerio de Medio Ambiente italiano, englobando una amplia gama de acciones. Se trata de acuerdos complejos, poliédricos y que implican una concreta intención por parte de la empresa de hacer del factor ambiental una virtud que permita ampliar mercado a la empresa. Estos acuerdos tratan de mejorar la calidad ambiental no sólo de los productos –a lo largo de toda su vida– sino también de los procesos productivos. Estos acuerdos han sido reiterados, modificados y asumidos a lo largo de los últimos años. Agip monopoliza también cerca del 50% del mercado italiano en su categoría, y en el acuerdo que celebrara con la Asociación de Comercio del petróleo, a pesar de responder a un estímulo estatal por las razones de precariedad y urgencia ya comentadas, se ve claramente incentivada por la posición de respaldo social y crecimiento económico que un tal tipo de convenio supone para de respaldo de la Administración a su política comercial. Estas grandes empresas celebran contratos no sólo por un directo interés medioambiental sino también porque con ello se atraen la atención de la Administración, que al apoyar su plan de aumentar las restricciones ambientales de empresa están indirectamente excluyendo del mercado a aquellas otras empresas menores que, por tener menos capacidad de maniobra, pierden competitividad desde el punto de vista medioambiental. Éste fue el caso, por ejemplo, de la *American petroleum company*, ARCO, que promovió acuerdos voluntarios con el objetivo de expulsar del mercado a aquellos competidores que operaban con menores estándares de calidad medioambiental. Parecida finalidad tienen muchos acuerdos italianos, los cuales, por ser celebrados por empresas singularmente consideradas, buscan como finalidad indirecta pero evidente hacerse con una posición de ventaja respecto a sus competidores basada en sus mejores prestaciones ambientales. CARRARO, C. y SINISCALCO, D., *Voluntary Agreements in Environmental Policy. A Theoretical Appraisal...*, *opus cit.*, págs. 11 a 13, recoge 5 escenarios en que podrían darse con cierta normalidad los acuerdos voluntarios. En el cuarto de ellos cabrían los ejemplos de FIAT o Agip/Unión petrolífera de Italia, ya que, dice, son casos en que existe una empresa estratégica en un sector, pero que tiene una actividad contaminante para el medio. La celebración de un acuerdo –dicen los autores– sería lo adecuado porque si impusiéramos una normativa ambiental al uso, ésta habría de ser altamente restrictiva para contener la contaminación de la gran empresa estratégica, con lo que se dañaría a las PYMES y se distorsionaría la competencia.

Administración local un procedimiento más sencillo o abreviado para la autorización o licencia de establecimiento y apertura de un nuevo centro<sup>1030</sup>), de marketing (para mejorar la imagen “verde” de la entidad, intentando llegar a consumidores a los que antes no tenía acceso<sup>1031</sup>) o adaptación de su actividad y procesos productivos a una más alta compatibilidad ambiental. Por ejemplo, es el caso de las PYMEs italianas que suelen convenir acuerdos para la recogida, tratamiento y reciclado de sus residuos, proporcionando las Administraciones locales la infraestructura y capacidad técnica para ello, como sucede también en España con los Sistemas Integrados de Gestión recogidos en las Leyes españolas de Residuos y de Envases y Residuos de Envases. Por último, está la propia mala conciencia del contaminante: la empresa –su dirección, generalmente– está especialmente sensibilizada por el medio ambiente y quiere mejorar en este aspecto sin que exista una presión social excepcional al efecto.

\*\*\*\*\*

<sup>1030</sup> Nos encontramos en este tipo de acuerdos con un contrato sobre un acto o procedimiento administrativo, y que nos hacen ver cómo la doctrina italiana (*vid. ad exemplum*, CROCI, E. y PESARO, G., *Voluntary Agreements in the Environmental Sector...*, *opus cit.*, págs. 5-20) incluye dentro del ámbito de los VAS a una amplia y heterogénea gama de contratos o convenios, careciendo como carecen de una figura contractual *ad hoc*, cosa que no sucede, como sabemos, en Alemania (con los *Öffentliche-rechtliche Verträge*) o en España, con los convenios de colaboración.

<sup>1031</sup> Es el caso del acuerdo celebrado por el consorcio Equal-it en 1.994 para la protección de la calidad en todas las fases de producción, uso, regeneración y residuos de materiales consumibles y accesorios de información tecnológica y maquinaria de oficina. Este consorcio, que agrupaba a la casi totalidad de las empresas de entidad en el sector (Apple, Canon, Epson, Facit, Genicom, Hewlett Packard, Lexmark/IBM, Manesmann Tally, NRG, Oki, Rank Xerox y Ricoh) ofrece una oferta de productos de oficina ambientalmente mejorados, lo que ha supuesto un incremento de ventas. En este sentido, Cfr. CAVALIERE, A., *Voluntary Agreements and Efficiency? The Impact of Environmental Reputation*, CAVA Working Paper, nº. 99/10/1, octubre 1.999, págs. 5 y 6, donde se pregunta qué es lo que lleva a las empresas a comportarse de manera aparentemente irracional, ya que celebran pactos que implican gastos no exigidos en principio por las normas (pág. 3). Y llega a la conclusión que en mercados donde exista falta de información sobre la calidad ambiental de los productos o de los sistemas de producción será mucho más rentable para una empresa firmar un acuerdo voluntario, cuyo primer efecto suele ser la publicidad que otorga a la empresa firmante, debido, en gran parte, por la publicidad extra que reciben al publicitarse la actividad institucional de la Administración que lo ha suscrito. En ese sentido, Vid. también VIGNUDELLI, A., *Mezzi di comunicazione e tutela dell'ambiente*, en *L'ambiente e la sua protezione: Atti del Convegno di studi giuridici*, Cagliari, 19-20-21 Aprile 1.989, Giuffrè Editore, Milán, 1.991, pág. 211, quien distingue la información ambiental difundida por las Administraciones a la ciudadanía entre comunicación social y comunicación institucional: la primera de tipo pedagógico, y la segunda de tipo más formal. En ésta segunda tendrían cabida las noticias acerca de los acuerdos voluntarios para la protección del medio ambiente. Si algo bueno tiene la literatura económica sobre los acuerdos voluntarios es que se centra en la parte que deja oscura el Derecho Administrativo, esto es, el comportamiento de los sujetos económicos y las causas que generan los movimientos de los mercados. En esa línea, este autor define los acuerdos voluntarios como los acuerdos celebrados entre el Gobierno y la industria para facilitar una acción voluntaria con un deseable beneficio social, fomentado por el Gobierno, para ser suscrito por el participante privado basado en la búsqueda de su propio beneficio (pág. 5).

Igualmente piensa la mayoría de la doctrina economista, expresada en BRAU, R. y CARRARO, C., *Voluntary Approaches, Market Structure...*, *opus cit.*, pág. 7, donde se sostiene como norma la creencia de que la firma de acuerdos voluntarios aumenta los ingresos de las empresas al aumentar también su reputación de empresas no contaminantes, pero siempre en el caso de que exista poca información ambiental y poca competencia en materia de productos ecológicos en el mercado. Se sobreentiende que la existencia de competencia ecológica haría por sí misma que las ventas aumentarían en aquellas empresas que por su buena política pudieran ofrecer mejores resultados ambientales que las demás.

Para CROCI y PESARO, estos acuerdos conforman, generalmente, contratos (dentro de los cuales existen a su vez importantes variaciones)<sup>1032</sup>.

## II. MARCO LEGAL EN QUE NACEN LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS EN ITALIA

### 1. Bases constitucionales de la protección ambiental

La Constitución italiana, de 27 de diciembre de 1.947, no recoge a lo largo de su articulado referencia alguna al medio ambiente<sup>1033</sup>. Se trataba de una época en la que el concepto de medio ambiente no fue conocido por la Asamblea Constituyente, ni en el debate político ni en el jurídico<sup>1034</sup>. No obstante ello, algunos artículos hacen previsión indirecta de temas relacionados con la tutela del medio, como los arts. 2 (que reconoce y garantiza “los derechos inviolables del hombre” como particular o como ciudadano inserto en las formaciones sociales donde se desarrolle su personalidad), 3 (donde se establece como tarea de la República la remoción de los obstáculos económicos y sociales que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana), 9 (donde se tutela el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la Nación), 32 (tutela de la salud como derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad) y 41 (en que se garantiza la iniciativa privada con el límite infranqueable de que se oponga a la utilidad social o a la seguridad, la libertad o la dignidad humana). El artículo 9 es el que más puede acercarse a la tutela ambiental directa. Allí, mediante la tutela del paisaje, la jurisprudencia y la doctrina han innovado todo un *corpus* normativo tendente a la protección del medio ambiente<sup>1035</sup>.

<sup>1032</sup> CROCI, E. y PESARO, G., *Voluntary Agreements in the Environmental Sector...*, *opus cit.*, pág. 5.

<sup>1033</sup> No cabe hablar, por tanto, de un derecho al medio ambiente en el Ordenamiento jurídico italiano, al contrario de lo que ocurre en España (art. 45 de la Constitución española de 1.978) o en Portugal (art. 66 de la Constitución portuguesa de 1.976).

<sup>1034</sup> Vid. D'IGNAZIO, G., *La Protezione della Natura nell' Ordinamento italiano*, en MEZZETTI, L., (a cura di), *I Diritti della Natura*, CEDAM, 1.997, pág. 29.

<sup>1035</sup> No son escasos los intentos doctrinales dirigidos a construir un sistema de protección del medio ambiente jugando con los escasos mimbres que la Constitución confiere. Así, por ejemplo, uno de los más interesantes es el intento de FERRARA, R., *Strumenti e Technique di Tutela ambientale*, en la obra colectiva *Diritto Pubblico dell'Ambiente. Diritto, Etica, Politica*, a cura di DOMENICHELLI, V., OLIVETTI RASON, N., y POLI, C., y coordinada por PECCOLO, G., editorial CEDAM, 1.996. Con la apoyatura de los arts. 9 (tutela del paisaje), 32 (tutela de la salud) y 41 (iniciativa económica privada y utilidad social de la misma) entiende que una de las mejores técnicas de protección de la naturaleza son las de control social, y dentro de ellas, el “autocontrol” de las propias empresas, que actuarán en este punto como colaboradoras de la Administración. La autora apuesta decididamente por el uso de pactos, dán-

La Ley 1.497/1.939 es la primera que recoge la tutela de los bienes ambientales en Italia<sup>1036</sup>. En su art. 1 articula las categorías de bienes dignos de protección por su notable interés público, como los complejos de cosas inmuebles con especiales valores de belleza natural o geológica, villas, jardines y parques y conjuntos de bienes que compongan cuadros naturales. Como vemos, se trata de un concepto puro de paisaje, como conjuntos estéticos visuales encerrados en sí mismos como burbujas. No obstante, la evolución doctrinal y forense apuntada ha desarrollado la idea más hacia una protección integral del territorio, ya fuera natural o fruto de la intervención humana, con lo que se englobaba al medio como un todo en sí mismo. Muchos autores se quejan de que la carencia de fundamento constitucional explícito sobre medio ambiente ha dificultado el desarrollo legislativo y jurisprudencial en la materia. Es por ello por lo que, de manera general, han sido la Corte Constitucional y los jueces quienes, actuando como suplentes<sup>1037</sup>, integraron esta laguna con sentencias sobre urbanismo, agricultura, salud, etc.

## 2. Los convenios de colaboración suscritos con particulares en Italia

En el último siglo se ha desarrollado en Italia una intensa labor jurisprudencial que ha fundamentado la erosión y posterior afirmación de los privilegios y cláusulas exorbitantes de la contratación administrativa, país en el que no rige un sistema puro de contratación administrativa “a la francesa”, asemejándose la posición de la Administración muchas veces a la de un particular, en posición de igualdad con el contratista privado<sup>1038</sup>. Esto tiene mucho que ver con la recepción en Italia, proveniente de Alemania, de la Teoría del negocio jurídico, donde fue desarrollada por FERRI y GALGANO, entre otros.

doles una finalidad principalmente resolutoria de conflictos, si bien pagando el coste de una posible “captura del Legislador” (págs. 119 y 120). Cfr. también RECCHIA, G., *Osservazioni sui valori costituzionali della tutela ambientale*, en Scritti in onore di Pietro Virga, Tomo II, Giuggrè Editore, Milano, 1.994, pág. 1.518, apostando decididamente por la autotutela ambiental de las empresas en defecto de un exceso de normativa.

<sup>1036</sup> La Ley n.º 778 de 11 de junio de 1.922, sobre la tutela del panorama, tenía como principal objetivo la conservación de las bellezas panorámicas.

<sup>1037</sup> La expresión es de D'IGNAZIO, G., *La Protezione della Natura nell' Ordinamento italiano*, *opus cit.*, pág. 40.

<sup>1038</sup> En Italia se partió de dos principios fundamentales a la hora de afrontar la contratación por parte de las Administraciones Públicas: 1). que la presencia de las Administraciones en nada vendría a añadir reglas nuevas a las propias de la contratación privada. 2) Por tanto, la normativa privada se aplica a los contratos públicos a no ser que una concreta normativa pública limite ese Derecho Privado. Vid. una interesante exposición de estos dos principios en BENEDETTI, A. y ROSSI, G., *La Actividad contractual de la Administración Pública en Italia*, en Documentación Administrativa, n.º. 248-249, *El Derecho Administrativo en Italia: Tendencias actuales (I)*, Madrid, 1.997, pág. 417.

Los coqueteos con la doctrina francesa o alemana han hecho de su sistema de contratos un tipo mixto, un *tertium genus* entre ambos mundos más o menos puros. Pero hoy en día el tema se encuentra ya zanjado: la Ley 241/1.990, de 7 de agosto, de Reforma del Procedimiento Administrativo, ha regulado por vez primera, en su art. 11, el régimen de los acuerdos celebrados entre particulares y Administraciones Públicas dentro del ejercicio de poderes o potestades públicas. Se excluyen, por tanto, los acuerdos que no estén dentro del giro o tráfico administrativo, en que la Administración actúe ejercitando meros intereses propios (de manera análoga a lo que ha supuesto para España el art. 3.1, d) del TRLCAP). Un fallido inicial anteproyecto de ley, redactado por una comisión de expertos que presidía el Profesor NIGRO, fue rechazado y vapuleado por el *Consiglio di Stato* por ser demasiado avanzado en la filosofía pactista, ya que, entre otras cosas, establecía un principio general de contractualización de la actividad administrativa, algo que destruía las tradicionales bases unilateralistas del Derecho Administrativo.

Aunque en el nuevo art. 11 no se llegue a tal punto, algún autor italiano (AICARDI) ha afirmado que una cláusula pro pactista de esa índole no era necesaria, dado el grado de amplitud con que se recogen estos acuerdos, llegando a constituir una ley general, unos principios básicos y generales, una “Constitución”, en suma, como género, para todos los acuerdos que se celebren en adelante entre Administraciones y particulares<sup>1039</sup>.

Una de las principales razones de la regulación primera de estos convenios ha sido la de legalizar la gran cantidad de acuerdos especiales y sectoriales que venía ya realizando la Administración con particulares de manera “clandestina”, al margen de la ley, alegalmente, ya que antes de esta regulación no había otra de carácter general<sup>1040</sup>.

Esta ley recoge dos tipos especiales de acuerdos:

A) Los acuerdos para la concreción discrecional de un acto administrativo (traducción literal), y que la doctrina italiana conviene en llamar acuerdos procedimentales (*accordi procedimentali*). En éstos, siempre dentro de un procedimiento administrativo en que la Administración ejercita potestades públicas, el particular y la

<sup>1039</sup> Cfr. AICARDI, N., *La Disciplina generale e i Principi degli Accordi amministrativi: Fondamento e Caratteri*, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º. 1, 1.997, pág. 23.

<sup>1040</sup> Pasa un tanto como en la Comunidad Autónoma Andaluza con la Ley 7/2.002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, en cuyos artículos 30 y 95 se regulan los convenios urbanísticos, que antes eran convenios o acuerdos también alegalos y de los que se quiere hacer ahora, si no la regla general, sí una manera normal del actuar administrativo en la planificación urbanística de ciudades y pueblos.

Administración acuerdan el contenido del acto administrativo. Una vez acordado, nace para la Administración algún tipo de obligación para dictar el acto administrativo con el contenido previamente acordado. Acaece en este punto el mismo debate doctrinal que se da en España acerca de la vinculatoriedad para la Administración de los convenios de colaboración. La doctrina se halla polarizada: algunos autores creen que la Administración se encuentra obligada jurídicamente a actuar en ese sentido, pero gran parte de la doctrina, y nosotros mismos nos posicionamos en contrario, ya que si la Administración tenía inicialmente una potestad de dictar un acto administrativo unilateralmente, nada hace cambiar esa posibilidad el que la Administración, voluntariamente, haya querido pactar con el administrado. Si cambiara de opinión después de haber contratado, puede hacerlo, en aras del interés general que defiende. La discusión sobre la vinculatoriedad de los acuerdos alcanzados es primordial en todos los pactos a que lleguen Administraciones y particulares, y la falta de coerción para la Administración es una falla por donde se rompe la filosofía del pactismo.

El desaparecido maestro GIANNINI decía acertadamente que tales vínculos con la Administración, de carácter procedimental, al menos provocaban, si la Administración se apartaba de ellos, que se pudieran atacar por exceso de poder cuando la Administración no razonare adecuadamente el cambio de contenido del acto<sup>1041</sup>. De todas formas, como ya decía SALAS en la doctrina española para la concertación económica, no se origina un derecho subjetivo para el particular a que se emane un acto como fue pactado, ya que la Administración siempre retiene sus potestades<sup>1042</sup>. Aun así, expone la coma segunda de este artículo, la formalización escrita de estos acuerdos es un requisito *ad substantiam*, de manera, creemos, que si el acuerdo se llegara a plasmar por escrito nacería y se perfeccionaría para el mundo del derecho –como es norma en el Derecho Civil, aplicable aquí– y tendría el resto de efectos jurídicos de todo contrato, aunque luego el acto administrativo unilateral que dictara la Administración fuera diferente al convenido.

En esta línea de pensamiento, una vez pactado por la Administración italiana con un particular el modo y términos de una concesión administrativa, si se incumpliera ésta posteriormente por la Administración, daría lugar a un incumplimiento contractual y nacería un derecho subjetivo de la parte a obtener ante el juez contencio-

\*\*\*\*\*

<sup>1041</sup> Cfr. GIANNINI, M. S. A, *Diritto Amministrativo, Vol. II.*, Giuffrè Editore, Terza edizione, 1.993, Milano, pág. 874 a 877.

<sup>1042</sup> Cfr. SALAS, J., *El Régimen de acción concertada ...*, *opus cit.*, pág. 466.

so<sup>1043</sup>. El *Consiglio di Stato* se muestra a favor de esa vinculatoriedad, por ejemplo, en las convenciones urbanísticas. En varios dictámenes se dice que el particular tiene derecho a que se incluya su pacto en el planeamiento. Empero, hay otros dictámenes que opinan que se trata de un mero interés legítimo<sup>1044</sup>.

Si después del pacto se dictara un acto administrativo que lo recogiera en su totalidad, aunque revista *ad extra* las características formales de todo acto, en el fondo no dejaría de ser un contrato. Los efectos materiales que produjera ese acto serán los propios de los de su género, como, por ejemplo, estar residenciado su control ante el juez de lo contencioso.

Este tipo de acuerdos parece ser semejante a los pactos de terminación convencional de un procedimiento administrativo que dos años más tarde importáramos en España a través de nuestro art. 88 LRJAPyPAC. Ello lo denota la propia letra del art. 11, pues allí se dice que son acuerdos para determinar el contenido discrecional del acto final y el art. 88 permite que tales pactos puedan tener la condición de finalizadores del procedimiento.

El art. 11 funciona para ellos como *lex generalis*, ya que aunque no se prevea en una ley especial posterior, siempre que nos encontremos ante un acuerdo procedimental, estará regulado por este artículo, y si hubiera ley especial, ésta será otra fuente normativa para ellos, de segundo grado. De manera parecida a la teoría que hemos defendido sobre la “aparente” vinculatoriedad indirecta o delegada del art. 88.

B). Los acuerdos sustitutivos (*accordi sostitutivi*) del acto administrativo, y cuyo paradigma pueden ser los acuerdos expropiatorios de cesión de la cosa expropiada, donde se sustituye el acto expropiatorio unilateral por un pacto entre las partes. De manera pareja a lo que se considera en España un contrato de compraventa que se cierre para evitar y en lugar del procedimiento expropiatorio, no se trata de un acuerdo sustitutivo del acto administrativo, sino de un contrato privado de la Administración.

<sup>1043</sup> O sea, antes de dictarse el acto administrativo no hay derecho subjetivo alguno para el particular. Tras él entendemos que sí, como confiere cualquier otro contrato administrativo. Más discutible es, sin embargo, que haya un derecho subjetivo al acto, y no un mero interés legítimo, aun antes de firmarlo.

<sup>1044</sup> En varios dictámenes (Cass. sez. un., 25 luglio 1.994, n. 6941; Cass. sez. un., 18 ottobre 1.991, n. 11034; Cass. sez. un., 4 ottobre 1.990, n. 9782, etc.) se concibe como un auténtico derecho subjetivo de la parte privada que conviene con el Municipio al mantenimiento en el plan urbanizador de su propio convenio urbanístico particular. En otras ocasiones, sin embargo, el *Consiglio di Stato* ha mantenido que no, que se trataba de un mero interés legítimo. Vid. Cass. sez. un., 16 dicembre 1.994, n. 10.800. Todos ellos recogidos en AICARDI, N., *opus cit.*, notas 115 y 116, pág. 49.

Con este ejemplo de base, creemos que se encuadran en Italia en este tipo de acuerdos los convenios urbanísticos o determinados convenios para la protección del medio ambiente, ya que en ellos se sustituye el acto administrativo de planeamiento y de sanción ambiental, respectivamente. Los convenios urbanísticos son acuerdos procedimentales, ya que predeterminan el contenido del acto administrativo, que es el acto aprobatorio del planeamiento urbanístico. El convenio urbanístico es el pacto que habrá que cumplirse cuando se redacte y apruebe el PGOU correspondiente. Igual ocurre con los acuerdos ambientales sobre la autorización de emisiones: el acto posterior será precisamente esa autorización administrativa.

En estos acuerdos sustitutivos del acto administrativo ocurre lo contrario que con los acuerdos procedimentales: sólo se aplicará la regulación de este art. 11 a los casos específicos que digan las leyes, y no parece que pueda considerarse ley general en la materia. Esto casa con el hecho de que los convenios urbanísticos y ambientales sean procedimentales, ya que en ellos los actos son declarativos de derechos (a contaminar, a urbanizar)<sup>1045</sup>.

Este reenvío a la legislación sectorial despeja cualquier duda acerca de la naturaleza jurídica de estos acuerdos: parecen estar dentro del género contractual<sup>1046</sup>. Son contratos porque así parece querer dejarlo sentado al Legislador cuando prescribe como fuente integrativa de la normativa administrativa los principios del Código Civil italiano sobre contratos, siempre que sean compatibles. Son administrativos porque la jurisdicción que atribuye el art. 11 es la contenciosa.

Las fuentes normativas de estos acuerdos serán, por este orden:

1. El propio art. 11;
2. Las leyes y reglamentos administrativos sectoriales en esta materia;
3. Los principios de Código Civil en materia de obligaciones;
4. Los pactos a que hayan llegado las partes;

Además, sólo son acuerdos del art. 11 los que se pacten dentro de una potestad discrecional de la Administración; allí donde la potestad sea reglada y se desprenda una única posibilidad de pronunciamiento administrativo, no podrá cerrarse acuerdo alguno: imaginemos que una norma impone a un cazador furtivo la sanción de

<sup>1045</sup> Para los dos tipos de convenios se proclama expresamente la subsidiariedad de los principios generales de los contratos y obligaciones administrativas. El Consiglio di Stato había fulminado la posibilidad de que, en el anteproyecto Nigro, se mantuviera que estos acuerdos entraban a formar parte de la teoría de los contratos, y, por la misma cosa, este reenvío que se hace ahora no fue aprobado por el mismo.

retirada de la licencia de armas; no cabría pactar otra cosa porque se estaría violando el principio de igualdad. Sí cabría, por ejemplo, si se dijese que a tal conducta cabe una sanción entre 1.200 y 3.000 euros, consistiendo el pacto en la fijación bilateral de la suma a pagar.

### 3. Ausencia de normas ambientales *ad hoc*

Es un hecho evidente que en Italia no existe una regulación concreta que ordene el uso de acuerdos voluntarios. Sin embargo, sí podemos decir que existen ciertas pautas en la política ambiental italiana que, basadas en la responsabilidad compartida, la descentralización y la flexibilización, han dado origen a un uso razonable de esta herramienta<sup>1047</sup>.

El motor de esta tendencia descentralizadora hay que encontrarlo en la creación de las Agencias Regionales para la protección del medio ambiente (A.R.P.As.), que empezaron a aparecer en cada Región italiana a raíz de la erección, en 1.994, de la Agencia Nacional de Protección del Medio Ambiente (A.N.P.A.). Estas A.R.P.As. han venido sustituyendo a las Unidades de Salud Local (U.S.L.s.) en la gestión material de las competencias ambientales a nivel infranacional, con lo que definitivamente se han separado de manera institucional las cuestiones ambientales de aquellas relacionadas con la protección de la salud. Gracias a su existencia, la receptividad de la Administración a conocer los problemas a una escala adecuada y comprometerse a solucionarlos junto a las empresas afectadas ha sido posible.

Otra de las razones de ese movimiento descentralizador ha sido la reforma Bassanini, denominada así, como es usual en Italia, por el Ministro que promovió su aprobación, el de Medio Ambiente de la época. Esta reforma incluye tres normas: La Ley 59/1.997, la Ley 127/1.997 y el Decreto Legislativo 112/1.998. El aglutinante de esta ambiciosa reforma no era otro que la reorganización del sistema administrativo italiano, tanto en la esfera nacional como en la local, inspirada en los principios de descentralización, responsabilidad compartida y eficacia. El principio de responsabilidad compartida entre Administraciones públicas, industria y ciudadanos ha sido tomado directamente del V Programa Europeo de acción en materia de Medio Ambiente (1.993-2.000).

<sup>1046</sup> Así piensa la inmensa mayoría de la doctrina. Como dice VALLE, L., *Il Dibattito sul Negozio giuridico in Italia*, en *Contratto e Impresa*, nº. 2, año 9, Cedam, Padova, 1.993, pág. 525, el uso del término acuerdo ("accordo") no excluye sino que incluso solicita la identificación conceptual con el contrato.

<sup>1047</sup> Vid. MILIZIA, P., y TAMBORRA, M. L., *Legal Framework of environmental Agreements, opus cit., pág. 6*.

El Decreto Legislativo 112/1.998 abunda en la línea desreguladora y de simplificación de procedimientos ya intuida desde 1.994 al prever el uso de acuerdos firmados entre las Administraciones y las empresas solicitantes de autorizaciones para la instalación de plantas productoras, sustitutivos de los actos administrativos: se trataría de acuerdos sustitutivos que conforman lo que se ha venido a llamar por la doctrina como “ventanilla única para las actividades productivas”<sup>1048</sup>, del estilo de los que recoge el art. 11 de la Ley 241/1.990. Es en esta atmósfera de cooperación en la que se han gestado los acuerdos voluntarios firmados en Italia<sup>1049</sup>.

#### 4. El enganche con las normas ambientales

Pero este bloque normativo se apoya necesariamente en otras normas previas que, al igual que éste, no están orientadas específicamente a la protección del medio ambiente: hablamos especialmente de la Ley 305/1.989, de Programación trienal para la tutela del Ambiente. Con esta segunda pata de la mesa el Legislador italiano inició su propio y original “giro copernicano” del actuar administrativo. En estas normas intentaba avanzar en el concepto de “administración por acuerdos”, cuyo espíritu podemos resumir en el intento por cambiar la lenta y desesperante maquinaria del procedimiento administrativo en Italia al modo clásico introduciendo la posibilidad de consensuar con los particulares las políticas de protección ambiental.

La Ley 305/1.989 introduce la actuación paccionada en materia ambiental en Italia. Para LACAVA es a partir de ella cuando se puede hablar en Italia de un principio general de negociación en el campo ambiental en las relaciones entre Administraciones públicas y entre éstas y los particulares. Para la aplicación del programa trienal –elaborado por el Ministerio de Medio Ambiente y aprobado por el C.I.P.E.<sup>1050</sup>– está previsto que el Ministerio de Medio Ambiente promueva “Intese

<sup>1048</sup> Ibidem, pág. 9, llaman a este sistema “sportello unico per la attività produttive”.

<sup>1049</sup> En muy escasas normas positivas se ha previsto, empero, el uso de acuerdos ambientales en Italia: una de ellas es el Decreto Ronchi, Decreto Legislativo 22/1.997, sobre gestión de residuos, cuyo artículo 4 fomenta el uso de acuerdos entre las partes públicas y privadas con la intención de reutilizar y reciclar residuos, para lo cual las empresas se benefician de medidas económicas y jurídicas (reducción de los trámites administrativos). Esta legislación se ha expresado a través de concretos acuerdos voluntarios, como uno firmado en la Emilia-Romagna en el que las empresas productoras de pequeñas cantidades de basura obtienen una simplificación de procedimientos.

<sup>1050</sup> Para GUSTAPANE, A., *La tutela globale dell'ambiente*, Giuffrè Editore, 1.991, pág. 48, el órgano que hubiera debido aprobar el programa trienal debiera haber sido el Consejo de Ministros, pues existen planes y programas coordinados por ese programa que exceden de las competencias de un comité interministerial, como el programa trienal de residuos o el plan de áreas de elevado riesgo de crisis ambiental.

programmatiche” con regiones y provincias autónomas para el uso coordinado de los recursos (art. 4.1).

También se establece la posibilidad de que el Ministerio proponga la conclusión de un acuerdo de programa entre los sujetos interesados –por tanto podría pensarse también en el concurso de los particulares– cuando la aplicación del programa trienal exija la iniciativa integrada y coordinada de varias Administraciones o entes públicos (éstos de cualquier carácter, incluso económicos o independientes) concretando tiempos, financiación, modalidades de actuación y criterios de gestión. En caso de discrepancias entre los sujetos firmantes del acuerdo se recurriría al arbitraje o a poderes sustitutivos del Ministerio. Además, el Ministro de Medio Ambiente es el encargado de vigilar el correcto cumplimiento del acuerdo, así como de promover la revocación parcial o total de la financiación, lo que equivale materialmente a una revocación unilateral del acuerdo (arts. 4.2, 4.3 y 4.4).

El encuentro de las Administraciones y las empresas privadas puede realizarse con base en esta ley a través de contratos de programa para la financiación de proyectos de investigación destinados al desarrollo de tecnologías para la eliminación de las fuentes de emisión de contaminantes en el aire y en el agua, y a la puesta a punto a escala industrial de ciclos de producción y de productos caracterizados por un menor potencial contaminante para el ambiente incluso el urbano (art. 11.2)<sup>1051</sup>. Para DELL'ANNO el programa trienal es un acto de *indirizzo*, que se conforma como vinculante para las Administraciones pero como meramente indicativo para el sector privado (al estilo de la planificación económica francesa o española de los 60s y 70s<sup>1052</sup>).

Otras normas ambientales han determinado los límites de la pactación. En efecto, por ejemplo, el Decreto Legislativo 22/1.997 –Decreto Ronchi–, sobre Gestión de Residuos, que ha transpuesto las Directivas 91/156 sobre Residuos, 91/689,

<sup>1051</sup> Vid. LACAVA, C., *Amministrazione autoritativa...*, opus cit., pág. 156, atribuye a esta Ley el importantísimo papel de ser el pasaje fundamental en la evolución de los instrumentos de tutela ambiental administrativa, pasando desde la lógica del “command and control a la del tipo procedimental-negocial. Esta autora opina acertadamente que la actuación contratada para la protección del medio ambiente no es más que una suerte de auto-reglamentación, en busca de mayor eficacia.

<sup>1052</sup> Vid. DELL'ANNO, P., *Manuale di diritto ambientale*, CEDAM, Padova, 1.998, págs. 123 y 124. Para este autor el Legislador ha optado por continuar la planificación no vinculante para los sujetos privados, ya iniciada con los originarios Planes territoriales de coordinación de la Ley 1.150/1.942. Opina acertadamente que los acuerdos de programa son un tipo de acuerdos procedimentales, o sea, acuerdos muy innovadores en los que se autolimita el ejercicio discrecional de las potestades en la perspectiva de un a coordinación voluntaria y progresiva de las acciones de la respectiva competencia. El acuerdo de programa, en particular, inspirado en el derecho comparado y sobre todo en el derecho francés, coordina de manera flexible y no unilateral la actividad de diversos sujetos implicados en un proceso de desarrollo económico (o ambiental, podríamos añadir nosotros: acuerdos voluntarios). Contraponen los acuerdos procedimentales a los organizativos, en los que se crean organismos nuevos, a través de los tradicionales módulos asociativos, como los consorcios voluntarios.

sobre Residuos peligrosos y 94/62, sobre Envases y Residuos de Envases. Es el primer caso en que se recogen positivamente en el ordenamiento jurídico italiano los acuerdos voluntarios específicamente ambientales, que inicia una “nueva generación de la normativa ambiental”, basada en la pactación y en una visión más económica del derecho<sup>1053</sup>.

En su art. 2 se prevén “acuerdos y contratos de programa de sujetos públicos y privados cualificados”. En los arts. 3, 4 y 5 se recoge el uso de esos acuerdos y contratos de programa para la prevención y reducción de la cantidad y peligrosidad de residuos, para la reutilización, reciclaje y recuperación de residuos y para conseguir los niveles óptimos del servicio de tratamiento. La Provincia podrá suscribir “convenciones” con las empresas municipalizadas o concesionarias del tratamiento y gestión de residuos (art. 20, 3º, c).

En su artículo 35, letra u) aparece por primera vez en la normativa positiva italiana la expresión “acuerdo voluntario”, con el objeto de gestionar los residuos de envases, y que define como un “acuerdo oficial firmado entre las autoridades públicas competentes y los sectores económicos interesados, abierto a todas las partes en juego, en relación con los recursos, instrumentos y acciones dirigidas a conseguir los objetivos de reciclado y reutilización de los residuos”<sup>1054</sup>.

<sup>1053</sup> Son palabras de EMILIO GERELLI, una de las figuras que antes estudió el fenómeno de los acuerdos voluntarios en Italia: GERELLI, E., y FRANCA, C., *La “nuova generazione” delle normative ambientali: l'esempio dei rifiuti da imballaggio, un'analisi economica del diritto*, en la obra colectiva *Consumatore, Ambiente, Concorrenza. Analisi economica del diritto*, a cura di MATTEI, U., y PULITINI, F., Giuffrè Editore, Milano, 1.994, pág. 67 y ss.

<sup>1054</sup> Como ya hemos citado más arriba, también el art. 4 hace referencia implícita a los acuerdos voluntarios, pues establece la obligación de las Administraciones competentes de firmar y promover acuerdos y contratos de programa con las partes económicas privadas para gestionar el reciclaje de residuos. En esa misma inteligencia, el art. 25 permite al Ministro de Medio Ambiente estipular acuerdos y contratos de programa con Administraciones públicas, grandes empresas y asociaciones sectoriales. Un ejemplo de acuerdo voluntario suscrito en el marco de estos dos artículos –que permiten el uso de *accordi di programma*– ha sido el acuerdo de programa suscrito en 1.999 entre los Ministerios de medio ambiente y del de Industria, Comercio y Artesanado con Federchimica-Assochimica (en representación de Agfa GevaertSpa, Fuji Film Italia Spa, Kodak Spa e Imation Spa), Assofotolabo (Asociación de trabajadores fotográficos italianos por cuenta de tercero) y Ascofoto-Confcommercio (Asociación nacional de comerciantes fotográficos y ópticos). El acuerdo está destinado a diseñar cámaras de un solo uso reciclables y a organizar un sistema de recogida de estas cámaras para reciclar las no reutilizables (art. 1 del acuerdo). Dan noticia de este acuerdo ONIDA, M. y PAQUOT, A., *Voluntary agreements in the field of waste management: assessment of practical experiences and related issues*, CAVA Working Paper, presentado en Bruselas, en el marco del programa “The Integration of Voluntary Agreements into existing legal Systems”, celebrado en esta ciudad los días 24 y 25 de febrero de 2.000, en prensa, págs. 9 a 11. En concreto, el punto 7º de la introducción del acuerdo cita los arts. 4.4 y 25.2 del Decreto Leg. Ronchi como el marco en el que se suscribe. El acuerdo tenía una duración trienal, tácitamente prorrogable por otros tres años cada vez y podrá ser rescindido por los Ministerios contrayentes en caso de incumplimiento del mismo, previa comunicación a las asociaciones firmatarias. El órgano de control y vigilancia será el Observatorio Nacional de residuos, y no se prevén sanciones. Con el art. 25 del Dec. Leg. Ronchi se da cumplimiento al uso de los acuerdos a escala nacional, que para la UE y para la doctrina económica extranjera supone el uso más deseable para estos instrumentos. Así, por ejemplo, el documento de la Agencia Europea de medio ambiente titulado “La efectividad de los Acuerdos ambientales, 1.997, traducido al castellano por el Instituto Catalán de Tecnología, recoge un inventario de los acuerdos voluntarios firmados en los países de la UE sólo a escala nacional.

Un poco antes, el art. 25 se titula “Acuerdos y Contratos de programa. Incentivos”, de manera que parece otorgárseles naturaleza contractual, en contraposición con los simples “accordi”. A la vez, se usa la misma nomenclatura ya avanzada por el art. 203 del D.L. de acompañamiento a la Ley “Finanziaria”. Ambos instrumentos servirán para que el Ministerio de Medio Ambiente, el de Industria, Comercio y Artesanado, los entes públicos, las empresas bien representativas del mercado y las asociaciones de categoría puedan concertarse para conseguir los objetivos del Decreto Legislativo<sup>1055</sup>.

Otro uso de los contratos de programa del art. 25, 2 viene instituido en el art. 44, 2, a firmar entre los Ministerios ya citados y las empresas productoras o encargadas de la recogida, recuperación, reciclaje y tratamiento de bienes duraderos al final de su ciclo vital, con la intención de individualizar los centros de recogida por todo el territorio nacional, recuperar y reciclar los materiales que componen estos bienes y la eliminación de todo lo no recuperable en los mismos, así como también para favorecer la restitución de estos bienes a quienes los hubieran puesto en el mercado, ya fuera como vendedores o como importadores, distribuidores, etc<sup>1056</sup>.

Finalmente, en caso de incumplimiento de las obligaciones de retiro o recuperación de los bienes duraderos al final de su ciclo de vida, se prevé en el art. 44.4 la imposición de un sistema coactivo que supone el fin del sistema de gestión voluntaria a través de contratos de programa y el retorno a la manera coactiva y autoritaria de actuar de la Administración. Se trata de una válvula de escape que, además, sirve para dar cumplimiento, igualmente, a la recomendación (recogida en la Comunicación de la Comisión Europea sobre Acuerdos voluntarios de 1.996) de establecer sistemas sancionadores de la falta de cumplimiento de los mismos.

Otra legislación recientemente aparecida es el Decreto Legislativo 152/1.999, de 11 de mayo, Texto Único sobre Aguas, que importa el uso de los acuerdos volunta-

<sup>1055</sup> El art. 25, 2 parece querer distinguir entre esos acuerdos más genéricos y aquéllos otros a suscribir por los mismos sujetos pero con la intención de promover la adhesión voluntaria a los sistemas de ecoetiqueta y ecoauditoria o para desarrollar programas de retiro de bienes de consumo al final de su ciclo vital, con fines de reutilización, recuperación y reciclaje de sus materias primas: aquí parece quererse introducir la preocupación por la reducción de la capa de ozono provocada, entre otras cosas, por una mala gestión de frigoríficos, calentadores o electrodomésticos una vez estropeados o abandonados. Es evidente cómo el D. Leg. ha tenido en cuenta la redacción de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo relativa a los Acuerdos sobre medio ambiente, Bruselas, 27 de noviembre de 1.996 (COM(96) 561 final), pues muchos de los requisitos mínimos allí exigidos se encuentran tipificados en la norma italiana (objetivos, órganos de control, plazos, necesidad de publicar el acuerdo en la *Gazzetta Ufficiale* para permitir el acceso de terceros interesados al mismo, sanciones –art. 44 *in fine*, por ejemplo–...)

<sup>1056</sup> Para Vid. BRAMBILLA, P., y MAESTRONI, A., *Accordi e contratti di programma in campo ambientale nel decreto legislativo n.º 22/1.997*, en *Rivista Giuridica dell’Ambiente*, Giuffrè Editore, 1.997, pág. 482, los contratos de programa previstos en el Dec. Leg. Ronchi tienen efectivamente naturaleza contractual y resultan vinculantes para las partes, a diferencia de los meros acuerdos, con valor más programático o de mero entendimiento (*intesa*).

rios para el sector hidráulico. De hecho, su art. 28 prevé que las autoridades competentes promuevan y concreten acuerdos y acuerdos de programa con los sujetos privados para la mejora de la polución de las aguas y para la reducción y racionalización de la cantidad de agua a usar. Y, como no podía ser menos, fruto del espíritu de simplificación administrativa que anima todo el cuerpo normativo sobre acuerdos voluntarios visto, aquí se establece que la realización de estos objetivos podrá ser también conseguida a través de incentivos económicos y de simplificación de las barreras burocráticas<sup>1057</sup>.

## 5. Previsiones pacticias en la Ley de Procedimiento Administrativo

En Italia no ha existido una norma de procedimiento administrativo *ad hoc* hasta la Ley 241/1.990, de Procedimiento Administrativo y de Derecho de Acceso a los Documentos Administrativos. Su art. 27 otorga a las diferentes Administraciones territoriales (Provincias, Municipios, Regiones y Estado) la capacidad de firmar acuerdos de programa (“*accordi di programma*”)<sup>1058</sup>. Por otro lado, el art. 11 de la misma permite a los particulares –como posteriormente afirmara también en España el art. 88 de la Ley 30/1.992– pactar el contenido de las resoluciones administrativas con la Administración competente, ya sustituyendo el acto administrativo por el acuerdo alcanzado (“*accordi sostitutivi*”), ya conformando la sustancia del acto administrativo en sí, que seguiría siendo emanado unilateralmente por la Administración (“*accordi integrativi*”) pero como mero envoltorio formal del acuerdo. Estos acuerdos deberán cumplir los siguientes requisitos:

a). Los acuerdos se firmarán sin perjuicio de terceras partes: no deberá excluirse del acuerdo a otras partes interesadas del procedimiento, o afectar con él negativamente la libre competencia mantenida con otros competidores, etc.

b). La finalidad de la Administración al suscribir estos pactos no debe ser otra que la satisfacción del interés público: comprobamos cómo el tenor literal de esta cláusula no impone que la finalidad sea ésta exclusivamente, ni que el acuerdo se firme

\*\*\*\*\*

<sup>1057</sup> La simplificación procedimental en sede jurídico-ambiental no es sino la reacción compensatoria del Legislador frente a su propia política hiperregulatoria de los años 80. Cfr. SALVIA, F., *Gli Strumenti della Tutela...*, *opus cit.*, pág. 212.

<sup>1058</sup> En esta ley se revaloriza el papel ambiental de las Regiones, a las que se atribuye expresamente la competencia de la defensa del suelo, tutela y valorización del medio ambiente, prevención de catástrofes, protección de los recursos hídricos y energéticos y organización de los sistemas de recogida y eliminación de residuos, vertidos de aguas y emisiones atmosféricas y sonoras.

con la intención de mejor atender los objetivos generales, como podría también haber dicho. Al contrario, parece que esta llamada de atención a la persecución del interés general busca una genérica integración del acuerdo con el bien común, lo que sería compatible no sólo con una finalidad mediatamente pública de la Administración al concluir el acuerdo sino también con una satisfacción –a través de él– de unos intereses públicos diferentes y no necesariamente mejores. Ésta última apreciación nos introduce de lleno en el apasionante mundo de la discrecionalidad administrativa.

c). Deben ser formalizados por escrito, bajo pena de nulidad, salvo que la Ley disponga otra cosa.

d). A los acuerdos se les aplicarán, cuando sea compatible, los principios del Código Civil italiano sobre obligaciones y contratos. Este requisito ha sido suficiente para algunos autores para afirmar su naturaleza de contratos privados<sup>1059</sup>. Nosotros veremos que esto es plenamente matizable.

e). Estos acuerdos están sujetos a rescisión unilateral por parte de la Administración en caso de sobrevenidos motivos de interés público, eso sí, a cambio de una indemnización por los daños provocados con ello a los particulares.

f). Será la jurisdicción contenciosa quien de manera exclusiva dirima las controversias derivadas de la formación, conclusión y ejecución de los acuerdos. Esta última cláusula parece estar más de acuerdo con la concepción de estos pactos como con-

1059 Cfr. MILIZIA, P., y TAMBORRA, M. L., *Legal Framework of environmental Agreements in Italy and Policy Relevance at the local Level*, CAVA Working Paper, pág. 9, presentado en Bruselas, en el marco del programa "The Integration of voluntary Agreements into existing legal Systems", celebrado en esta ciudad los días 24 y 25 de febrero de 2.000, en prensa, donde implícitamente parecen optar por esta afirmación. Pero una cosa es la naturaleza de los acuerdos integrativos y sustitutivos de los actos administrativos del art. 11 de la Ley 241/1.990 y otra diferente es la naturaleza de los acuerdos voluntarios ya efectivamente celebrados en Italia, que parecen no reconducirse a este art. 11 citado. La mayoría de la doctrina italiana considera, y así parece derivarse también de las palabras de estas autoras, que los acuerdos voluntarios responden más a compromisos políticos o morales que jurídicos propiamente dichos, ya que carecen de un estatuto regulado y entran dentro de la actividad informal de la Administración (pág. 17). La opinión minoritaria, como la de CAVALIERE, A., *Voluntary Agreements and Efficiency?...*, *opus cit.*, pág. 16, sostiene que se trata de auténticos contratos, además vinculantes, al estar fundados en una aspiración por parte de la empresa de adquirir una buena reputación ambiental. Ni que decir tiene que la formación económica del autor le disculpa de las imperfecciones jurídicas en las que incurre, pues ninguna meta o deseo es suficiente para formalizar un contrato si no existen reglas jurídicas que cumplir. Otra doctrina, más ecléctica, entiende que los acuerdos voluntarios son un específico instrumento de policía ambiental que se sitúa entre la regulación directa y los instrumentos económicos. Vid. BRAU, R. y CARRARO, C., *Voluntary Approaches, Market Structure...*, *opus cit.*, pág. 5. Es por ello por lo que estos autores se unen a la amplísima definición –y por ello vaga e imprecisa– que da Lévêque de acuerdos voluntarios como "los compromisos de las empresas contaminadoras o de sectores industriales para mejorar su imagen ambiental", en LÉVÊQUE, F., *Voluntary Approaches*, Environmental Policy Research Briefs nº. 1, produced within the framework of the EU Action on Market Based Instruments y citado en la mencionada obra de BRAU y CARRARO, pág. 7. Vid. También, en el mismo sentido, CARRARO, C. y SINISCALCO, D., *Voluntary Agreements in Environmental Policy. A Theoretical Appraisal...*, *opus cit.*, págs. 2 y 3, donde coligen que los acuerdos son una mezcla de medidas de "command and control" y de incentivos o instrumentos económicos.

tratos de Derecho Público, a los que, por tanto, sólo cuando sea posible les serán de aplicación los principios sobre contratos del Derecho Privado (o sea, en caso de laguna de ley, como fuente subsidiaria tanto a la propia norma sectorial como a la genérica administrativa sobre contratos). Los requisitos de formalización por escrito y el de persecución de los intereses generales no necesariamente se compadecen más con esta interpretación: el hecho de que se requiera forma escrita no implica que esos contratos no sean privados pues también los contratos privados requieren tal forma como tampoco el hecho de que sea necesario para la Administración perseguir el interés público prejuzga que eso se lleve a cabo de manera mediata o inmediata, indirecta o directa.

Es necesario hacer hincapié que la mayoría de la doctrina ve estos acuerdos de terminación convencional de procedimientos administrativos como el instrumento legal adecuado para la firma de acuerdos voluntarios en materia ambiental, en ausencia de una regulación concreta *ad hoc*.

## 6. La esperada sistematización de los instrumentos paccionados: la Ley 662/1.996<sup>1060</sup>, de Medidas de Racionalización de las Finanzas públicas (*Legge Finanziaria*)

La tercera pata, y quizás más importante, del marco legal que está siendo construido en Italia para los acuerdos ambientales voluntarios la conforma la Ley 662/1.996<sup>1061</sup>, de Medidas de Racionalización de las Finanzas públicas (*Legge Finanziaria*), en cuyo artículo 203 se prevén nuevas formas de cooperación entre los sujetos públicos y privados. Las formas de negociación establecidas son las siguientes:

- I. **Programación negociada** (“programmazione negoziata”): es un tipo de norma pactada entre la Administración y los particulares.
- II. **Propósito institucional de Programa** (“intesa istituzionale di programma”): acuerdo interadministrativo entre las Administraciones para el planeamiento a largo plazo. Tanto unos como otros pueden promover esta figura negocial.

\*\*\*\*\*

<sup>1060</sup> Completada por la resolución del C.I.P.E. de 21 de marzo de 1.997, ya citado más arriba.

<sup>1061</sup> Completada por la resolución del C.I.P.E. de 21 de marzo de 1.997, ya citado más arriba.

- III. **Acuerdo de Programa marco** (“accordo di programma quadro”): es un acuerdo entre particulares y la Administración local para la ejecución del Propósito institucional de Programa<sup>1062</sup>.
- IV. **Pacto territorial** (“patto territoriale”): acuerdo entre autoridades locales y otros sujetos públicos o privados para llevar a la práctica la promoción de proyectos locales de desarrollo. Tanto la parte pública como la privada pueden tomar la iniciativa de pactar<sup>1063</sup>.
- V. **Contrato de Programa** (“contratto di programma”): es un contrato entre la autoridad competente de la Administración estatal, empresas, consorcios e interlocutores sociales para la aplicación de proyectos identificados previamente por la programación negociada.
- VI. **Contrato de Área** (“contratto d’area”): acuerdo entre Administraciones públicas, sindicatos y patronales para realizar proyectos de desarrollo en zonas deprimidas.

Comoquiera que el art. 2 de la Ley 662/1.996, de 23 de diciembre (Ley Financiaría para 1.997) introduce de nuevo la figura del acuerdo marco (*accordo quadro*), junto a otras más que citamos arriba, ¿cambia eso los supuestos básicos de acuerdos y convenios establecidos en el art. 11 de la Ley 241/1.990 y 27 de la Ley 142/1.990? Como la Ley “Financiaría” no deroga expresamente esos preceptos, parece que el elenco de acuerdos que ésta introduce debe siempre reconducirse a los esquemas fijados en esas normas (en tema de legitimación, tutela de terceros, sede judicial revisora, etc.)<sup>1064</sup>.

<sup>1062</sup> Este tipo de acuerdos institucionales suele suscribirse para establecer las líneas maestras del gobierno de las Áreas metropolitanas: así, para la gestión de residuos o la prestación de servicios, pactándose con las Administraciones supralocales (regiones y estado). Con ello se apuesta por un diseño de las mismas más como centros de concertación y encuentro de intereses que como una instancia planificadora que se impone, como *ius cogens*, para los Municipios. Lo ideal sería que los acuerdos marco y los acuerdos de colaboración pudieran, acaso, venir a completar de manera consensuada las directrices de la programación metropolitana. Véase, sobre el cambio del modelo estructural al pacticio en el manejo de las Áreas metropolitanas, MANTINI, P., *Il governo metropolitano fra struttura e accordi*, en *Rivista Giuridica dell’Ambiente*, Giuffrè Editore, 1.997, especialmente págs. 209-213 y 218-222. A pesar de que los acuerdos de programa necesitan de la intervención de los particulares, la Ley 14/1.993 de la Región de la Lombardia no prevé su concurso, y si que se actúen a través de Decreto Ministerial del presidente de la Región, con lo que se nos aparecen ineficaces *de radice*.

<sup>1063</sup> Esta figura fue introducida en el Ordenamiento italiano por la Ley 341/1.985, en cuyo art. 8 se hablaba de ellos como acuerdos entre sujetos públicos y privados para la realización coordinada de intervenciones en las áreas deprimidas.

<sup>1064</sup> MANTINI, P., *Il governo metropolitano fra struttura...*, *opus cit.*, págs. 221 y 222. Estamos de acuerdo con este autor al afirmar que la ley “Financiaría” debía haber sido más clara y añadir algunos aspectos que hoy quedan un tanto oscurecidos y necesitados de interpretación: por ejemplo, con relación a qué sujeto debe tomar la iniciativa, la elección de recurrir al procedimiento ordinario o al acuerdo de programa, etc.

De acuerdo con MILIZIA y TAMBORRA, los acuerdos ambientales sólo podrían encajar en la programación negociada, en los acuerdos de programa marco, en los pactos territoriales y en los contratos de programa<sup>1065</sup>, puesto que son los únicos que permiten dar entrada tanto a una parte privada como a otra pública. En concreto, retenemos que los pactos territoriales son los instrumentos más adecuados para importar en Italia la articulación que de los acuerdos ambientales hace la UE<sup>1066</sup>. Y ello porque pueden ser provocados tanto por los particulares como por las Administraciones, por tener carácter vinculante y por prever sistemas posteriores de monitorización y de verificación de resultados<sup>1067</sup>.

Sin embargo, estos pactos conllevan también un límite importante para la protección integral del medio ambiente, y es que al estar ligados al factor territorial se limita bastante su aplicación a escala nacional. No nos parece que sea especialmente comprometedor la exigencia de que estos acuerdos deban ser posteriormente ratificados por el Ministerio del Tesoro, pues no se antoja muy deseable que una autoridad nacional venga a vetar un acuerdo ya suscrito por una autoridad administrativa que, por ser de carácter local y conocer bien a los particulares o empresas firmantes, ha ya sopesado los pros y los contras del mismo. Poco importante nos parece igualmente si esa aprobación *a posteriori* se entiende como un mero pláacet presupuestario de apoyo al convenio: dice muy poco de una Administración que se pone a negociar un acuerdo de este estilo no conocer previamente si existen o no partidas suficientes para llevarlo a cabo. Lo lógico es que esta intervención tardía del Ministerio no venga sino a sancionar lo ya comprometido por la/s Administración/ones concertante/s.

Para PAOLO DELL'ANNO, el instrumento más adecuado para esa labor de acogimiento del consenso son los acuerdos de programa, por su ya larga tradición en derecho positivo y por haberse ya empleado en materia ambiental, en la Ley

<sup>1065</sup> Los contratos de programa pueden identificarse con los acuerdos de programa, recogidos, entre otros, en la Ley 184/1.971, del Mezzogiorno, en la Ley 210/1.985, que crea el Ente de Ferrocarriles del Estado, en la Ley 64/1.986, sobre Intervención extraordinaria en los territorios meridionales, en la Ley 305/1.989, de Programación trienal para la protección del medio ambiente, o en las Leyes 142/1.990 y 241/1.990, ya citadas.

<sup>1066</sup> Otros autores opinan, sin embargo, Vid. BRAMBILLA, P., y MAESTRONI, A., *Accordi e contratti di programma...*, *opus cit.*, págs. 465, 466, 473 y 482 que el contrato de programa es la figura que más destaca para la colaboración de los intereses públicos y privados, también en la esfera ambiental, pues en él se pueden concertar no sólo grandes empresas sino también consorcios de empresas pequeñas y medianas, junto con sectores industriales y Administraciones públicas. Además, están íntimamente relacionados con la tendencia a la desregulación y a la simplificación administrativa. De hecho, los contratos de programa se han positividad por primera vez en la ley Ronchi para la promoción de formas de cooperación entre los sujetos institucionales económicos.

<sup>1067</sup> La resolución del C.I.P.E. de 21 de marzo de 1.997 considera igualmente que los pactos territoriales deberían mejorar el desarrollo local **“de acuerdo con el principio de desarrollo sostenible”** (con lo que parece sacralizar la herramienta para posibles usos de protección del Medio).

305/1.989, de 28 de agosto, de Planificación trienal para la Protección del medio ambiente<sup>1068</sup>.

## 7. Vaguedad terminológica

Al igual que ocurre en otros países europeos, en Italia aún no se ha designado una nomenclatura oficial para los acuerdos voluntarios: hasta ahora, dejando de lado el Decreto Ronchi y el Texto unificado sobre Aguas, las figuras que más responden al esquema de acuerdos voluntarios carecen de carácter vinculante y están aún muy lejos de poder ser llamadas “contratos”. Se trata de protocolos de intenciones (Protocollì d’intesa) o de meros acuerdos (“accordi”, “accordi ambientali”, “convenzioni”, “accordi quadro”...) de naturaleza más política que jurídica, en expresión de MILIZIA y TAMBORRA<sup>1069</sup>.

<sup>1068</sup> Pues, como ya hemos comentado, se usaron, entre otras, en la Ley 184/1.971, del Mezzogiorno, en la Ley 210/1.985, que crea el Ente de Ferrocarriles del Estado, en la Ley 64/1.986, sobre Intervención extraordinaria en los territorios meridionales, en la Ley 305/1.989, de Programación trienal para la protección del medio ambiente, en la Ley 9/1.988, de 28 de marzo, de medidas urgentes en materia de obras públicas en Sicilia (en la que se prevé su uso entre particulares y Administraciones –art. 1.3–) o en las Leyes 142/1.990 y 241/1.990, más generalmente. Cfr. DELL’ANNO, P., *Manuale di diritto ambientale...*, opus cit., págs. 191 y 192.

<sup>1069</sup> Vid., MILIZIA, P., y TAMBORRA, M. L., *Legal Framework of environmental Agreements...*, opus cit., pág. 15. Aunque la naturaleza de la *intesa* es aún tema de debate en Italia, a los efectos de marco de acuerdos voluntarios sí es verdad que se han venido usado sobre todo para coordinar las competencias interadministrativas en materia de medio ambiente. Así se preveía en la Ley 349/1.986, que instituye el Ministerio de Medio Ambiente. En cambio, cuando se hace relación a las relaciones entre Administraciones y privados se prefiere usar el término “protocollo d’intesa”. GOLA, M., *L’amministrazione degli interessi ambientali*, Editorial A. Giuffrè, Milano, 1.995, pág. 179-189 expone cómo el uso de las “intese” para plasmar relaciones interadministrativas está decayendo, pues la tendencia a la simplificación administrativa ha hecho que sean sustituidas por las conferencias de servicios (art. 14 Ley 241/1.990). Ejemplo de la indefinición que rodea el término “intesa” es que la ley que crea el Ministerio de Medio Ambiente lo usa indistintamente al de “concerto”, aunque la doctrina mayoritariamente considera que la “intesa” hace referencia a relaciones entre órganos administrativos de diferentes Administraciones con intereses comunes, mientras que con “concerto” se alude a las relaciones entre órganos dentro de la misma Administración, con fines diferentes, si bien no necesariamente contrapuestos (Cfr., por ejemplo, SANDULLI, A. M., *Diritto Amministrativo*, Napoli, 1.984, pág. 615). Es por ello por lo que se ha usado más la *intesa* para poner de acuerdo a particulares y Administraciones (con intereses comunes, dirigidos a la consecución de un mismo fin), como consecuencia lógica de su fuerza de unir intereses más diversos que los que enlaza el concierto. GOLA, M., *L’amministrazione degli interessi...*, opus cit., achaca la difusión de la *intesa* como instrumento de búsqueda de consenso a la informalidad y flexibilidad que la caracteriza. No sería de extrañar, por tanto, que, a pesar de que el art. 14 de la Ley 241/1.990 sólo contemple las conferencias de servicio como órganos colegiados interadministrativos, puedan ser tenidos en cuenta los intereses de los particulares a través de las “intese” o “concerti” que se integren en ellas según permite el art. 14, 2 de esa ley. Así, por ejemplo, con relación al art. 27 de la Ley 142/1.990, de 8 de junio, que establece la regulación general de los acuerdos de programa, existe jurisprudencia que niega la participación en ellos de los particulares (así, Cass. civ., Sez. Unº., 4 enero 1.995, nº. 91) si bien muchos autores apuestan por su decidida intervención no sólo durante el procedimiento de suscripción del mismo acuerdo y en la fase de desarrollo que le sigue (vid. DI GASPARE, *L’accordo di programma: strutture, efficacia giuridica e problemi di gestione*, in Regioni, 1.988, pág. 278 y ss.). Véase también sobre la utilización de la *intesa* como instrumento de salvaguardia de la autonomía local en el ejercicio de competencias complejas de diversas Administraciones PORTU-LARI, P. L., *Il giudice delle leggi tra patria, città e bellezza*, en *Ambiente:vecchie frontiere e nuove “vie di diritto”*, en número especial de la Revista Amministrazione e politica, nº. 5, 1.992, sobre todo págs. 95 a 97, en relación a la concertación administrativa en la construcción de instalaciones militares.

Es por ello por lo que ni siquiera una tercera parte de ellos establecen un plazo de vigencia temporal y los que lo hacen no suelen ser de tracto sucesivo, sino, a lo más limitados a uno o 2 años. La mayoría suelen tratar el tema de la gestión de residuos y muy pocos tienen en cuenta la legislación en vigor.

En este sentido, a pesar de que la mayoría establecía obligaciones para las dos partes, muy pocos descienden a grado de detalle, quedándose en una imprecisión complaciente. Por eso mismo se nota aún un cierto regusto a prerrogativa y unilateralidad en estos protocolos de intenciones, pues raramente la parte privada puede aspirar a vincular a la Administración a obligaciones jurídicas.

No estamos del todo de acuerdo con estas autoras cuando incluyen en el mismo saco a los *accordi* o *protocolli d'intesa*<sup>1070</sup> junto con las *convenzioni*. Las *convenzioni* (convenciones o convenios, en castellano) tienen una honda raigambre jurídica y contractual en la disciplina urbanística en Italia, y distan mucho de ser meras declaraciones de intenciones o pactos políticos (hoy incluso se han introducido en la lucha contra la contaminación de las aguas)<sup>1071</sup>. La primera ley que prevé las convenciones urbanísticas data de 1.962 y su naturaleza, hasta ahora, ha sido calificada por la doctrina de contractual o, como mínimo, de acto administrativo integrado en el procedimiento administrativo<sup>1072</sup>. Se asemejan mucho a los convenios de colaboración de nuestro Derecho Administrativo.

Muchos acuerdos italianos, al ser firmados antes de la Comunicación de la Comisión europea de 1.996 sobre acuerdos voluntarios, carecen de una estructura definida. Incluso los posteriores parecen querer ignorar ese documento, con alguna honrosa excepción<sup>1073</sup>. Igualmente, pocos tienen previstos sistemas de control y de monitorización de objetivos. Algunos los prevén, pero a desarrollar de manera inter-

<sup>1070</sup> Los protocolos de intesa son muy adecuados para la firma de acuerdos voluntarios, porque al hecho de ser herramientas para la consecución de fines comunes no contrapuestos unen también la característica de situar en pie de igualdad a las partes. Todo ello hace de este instrumento "la forma más intensa de participación" o "el paradigma de la concertación", en palabras de MORRONE, A., *La Corte Costituzionale e la cooperazione tra Stato e regione nella fattispecie dell'intesa: analisi critica di un modello contraddittorio*, comentario a la sentencia de 15 de julio de 1.994, n.º. 302, de la Corte Constitucional italiana, en *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, Giuffrè Editore, 1.995, n.º. 5, pág. 667.

<sup>1071</sup> Los acuerdos parecen ser el término más genérico, pues la Ley 241/1.990 los prevé como instrumentos de pacificación tanto entre particulares y Administraciones (art. 11) como entre Administraciones entre sí (art. 15).

<sup>1072</sup> Desde la Ley 167/1.962 (*edilizia economica e popolare*) hasta hoy, las convenciones urbanísticas entre la Administración y las personas físicas y jurídicas han servido para desarrollar el planeamiento urbanístico existente o para sustituirlo cuando éste no ha existido, pero sus límites y condiciones casi siempre han estado juridificados, muy a diferencia de lo que ocurre en España. Vid., ad exemplum, en apoyatura de la segunda postura a ROBECCHI MAJNARDI, A., *Le convenzioni della disciplina dei parchi e nella tutela della natura*, en *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, Giuffrè Editore, n.º. 2/1.986, pág. 402.

<sup>1073</sup> Cfr. el acuerdo firmado en 1.998 entre la Región Liguria, la provincia de Savona, el A.R.P.A. Liguria, la Asociación regional industrial y la Aseguradora italiana de trabajadores (INAIL).

na por la empresa o la Administración firmante en comités mixtos, y casi nunca realizados por expertos externos al pacto. Algunos de ellos prevén también la revisión del acuerdo y la renovación tácita tras su expiración. Y finalmente casi ninguno establece un sistema de sanciones en caso de incumplimiento (una característica de los acuerdos ambientales italianos)<sup>1074</sup>.

A pesar de esta indefinición, es la expresión “Protocollo d’intesa” (que en una traducción libre podríamos denominar como “acuerdo”, “acuerdo de intenciones”, o “entendimiento”) la que más hemos visto utilizada en los acuerdos que hemos estudiado. Esta figura supone, eso sí, un paso adelante en la nueva era de la pactación ambiental, en la que, al menos, las partes enuncian en un documento común sus preocupaciones y deseos para la protección del entorno en el que están insertas, cómo es éste afectado por la actividad de la empresa/s, qué debería ésta hacer para corregir ese impacto y qué tipo de ayudas podría recibir de la Administración, generalmente local, para reducirlo. Parece moverse más en la parte precontractual que en la puramente contractual, siendo, *de facto*, meras declaraciones de intenciones o de buena fe, acuerdos morales. Y es por ese motivo fundamentalmente por lo que no son jurídicamente vinculantes para ninguna parte.

Un proyecto de ley presentado por un miembro del partido de los verdes (Mr. de Benedetti), con el nº. 6.122, preveía el empleo de pactos territoriales de la ley financiera y de acuerdos sustitutivos con fines ambientales, que supone una manera prometedora de empezar el nuevo milenio.

### III. ALGUNOS GRANDES ACUERDOS VOLUNTARIOS CELEBRADOS EN ITALIA

El mejor censo de acuerdos voluntarios firmados en Italia es el realizado por AMADEI, CROCI y PESARO en 1.998<sup>1075</sup>. Aún se rinden cuentas de todos los acuerdos firmados en Italia desde 1.989 hasta 1.997<sup>1076</sup>. Con base en él y en otros

<sup>1074</sup> Otra excepción la conforma el acuerdo suscrito entre la provincia de Bergamo y algunas compañías del sector del compostaje y reciclado de residuos.

<sup>1075</sup> En un libro imprescindible para conocer el estado de la cuestión en este país. Se trata de la obra AMADEI, P., CROCI, E. y PESARO, G., *Nuovi Strumenti di Politica ambientale. Gli Accordi volontari*, Editoriale FrancoAngeli, serie Economia e Politica dell’Energia e dell’Ambiente, 1.998, Milano, pág. 100 y ss.

<sup>1076</sup> Excluyen, sin embargo, una serie de acuerdos firmados en el Comune de Ravenna (Emilia-Romagna) que por ser ligeramente posteriores no pudieron entrar en el censo, pero que nosotros explicamos aquí pues tuvimos la oportunidad de conocerlos *in situ*.

llevados a cabo por otros autores, profundizaremos en 4 de ellos, induciendo las líneas de pensamiento jurídicas que nos pueden interesar para nuestro estudio: se trata de sendos acuerdos firmados por FIAT; Agip/Unione Petrolifera; y Replastic y Federambiente.

Antes de examinarlos hemos de convenir absolutamente con estos autores en su definición restrictiva de “acuerdo voluntario”, limitándolos exclusivamente a aquellos firmados entre, al menos, un actor económico privado y una autoridad pública. De los 28 acuerdos de los que dan noticia MADEI, CROCI y PESARO, sólo 15 tienen valencia nacional, mientras que los 13 restantes tienen aplicación a una escala inferior (regional o local), Curiosamente algunos de los acuerdos más conocidos (es el caso de los celebrados por FIAT con el Ministerio de Medio Ambiente) no son propiamente acuerdos bilaterales sino son programas unilaterales de mejora ambiental adoptados por la empresa y sancionados o aceptados por la Administración. Vayamos pues a un análisis más pormenorizado:

## 1. Los acuerdos FIAT-Ministerio de Medio Ambiente

La definición que AMADEI, CROCI y PESARO dan de acuerdo voluntario para nada prejuzga el tipo de relación negocial que se establezca entre la parte pública y privada en la que entran a formar parte. Con ello se quiere decir que éstas pueden encontrarse, bien desde en una relación contractual, bien hasta en una mera declaración de intenciones o en otros esquemas menos comprometedores desde el punto de vista jurídico.

Respecto al caso FIAT debemos empezar diciendo que no se trata de un simple acuerdo sino de varios (hasta un total de 7) celebrados por esta empresa automovilística con el Ministerio de Medio Ambiente entre 1.989 y 1.997.

En el caso FIAT tenemos el modelo paradigmático de acuerdos firmados por una sola empresa con la Administración, muy típicos en Italia. Suelen tratarse de empresas de grandes dimensiones, con una posición de liderazgo en su sector y que, por tanto, pueden influenciar directamente a la Administración, a la que tratan de tú a tú o incluso desde una posición de superioridad técnica<sup>1077</sup>. Suelen ser, además, con-

<sup>1077</sup> En este ejemplo en particular a nadie que conozca un poco Italia se le escapa la importancia y el peso específico que representa la familia Agnelli en la vida italiana: su Presidente, Gianni Agnelli, no sólo era presidente del grupo FIAT, sino también senador vitalicio, presidente de la Juventus de Turín, ex-presidente de “La Stampa”, de la editorial Rizzoli, de Confindustria, consejero de “Mediobanca” y de “Crédito italiano”, etc.

venios suscritos con una finalidad claramente económica (más que ambiental) que si bien viene a ser la causa directa de la firma por parte de las empresas de la mayoría de los convenios ambientales que se celebran, en este modelo se acentúa de una manera lacerante. El buen ojo de la empresa –y especialmente de su máximo dirigente, el fallecido Gianni Agnelli– ha consistido en anticiparse incluso a la legislación europea, autoimponiéndose unos cánones y estándares ambientales más duros de los exigidos por la normativa italiana y comunitaria de la época, para ganar tiempo respecto a sus competidores en la carrera por conquistar esa parte cada vez más importante de los consumidores sensibilizados con el medio ambiente<sup>1078</sup>.

La línea temporal que engarza estos siete pactos puede ser dividida en tres segmentos:

1. El primero (1.989-1.993), que se inicia con la firma del acuerdo de 1.989 y centrado en los dos acuerdos o protocolos sucesivos en el control de las emisiones, ya sea actuando sobre las emisiones o sobre los productos. La parte contraria es el Ministerio de Medio Ambiente, quien adopta una posición pasiva y anuente en las negociaciones. Las conversaciones son fluidas más por la intimidación escénica que FIAT y su presidente imponían a la Administración que de puro consenso.
2. El segundo (1.994-1.996), que comienza con la celebración del 4º acuerdo (1.994), y en el que se da un giro hacia las preocupaciones laborales de la empresa: reconversión industrial, reordenación de la plantilla. El aspecto ambiental pasa a un segundo plano, si bien sigue siendo indirectamente un corolario de la política de la empresa en este período. Así, la construcción de vehículos menos contaminantes supone la oportunidad de tomar una nueva política industrial más moderna. Se da por tanto entrada a otros Ministerios implicados en estos sectores: el de Programación económica, el de Industria, Comercio y Artesanía, el de Universidades e Investigación científica y tecnológica, el de Transportes o el de Trabajo. En el 5º acuerdo (1.996) la compañía se compromete a invertir fuertes sumas de dinero para preparar las plantas del área de Arese y Pomigliano para así poder llevar a cabo los empeños fijados en parte ya en los acuerdos anteriores.

<sup>1078</sup> Ya el II y IV Programas de Acción Ambiental de la UE, de 1.977-1.981 y de 1.987 a 1.992 tenían en cuenta la contaminación derivada de las grandes plantas industriales, haciendo hincapié, especialmente, en la esfera de protección preventiva. Igualmente, las Directiva 91/441/CEE concreta para el 1 de enero de 1.993 la fecha de inicio de la obligación de los constructores de vehículos de incorporar catalizadores en todos sus automóviles. Todas estas consideraciones ya las había tenido en cuenta FIAT gracias a su programa de compatibilidad ambiental aceptado por el Ministerio de Medio Ambiente.

3. El tercero (1.997), conformado por la celebración del 6º acuerdo (1.997), supone la vuelta a las preocupaciones ambientales (reducción de emisiones entre ellas), si bien ahora el Ministerio de Medio Ambiente se encuentra lo suficientemente fortalecido como para estimular a FIAT a obligarse en objetivos más fuertes. Así, la empresa ha aceptó el guante lanzado desde la Administración de construir coches con un consumo un 20% más reducido en el año 2.005, cuando en 1.997 la máxima reducción posible se cifraba en un 10%<sup>1079</sup>. Es curioso comprobar cómo los mejores resultados se consiguen en esta tercera etapa, cuando la relación de las partes está ya más que consolidada y la confianza recíproca es un hecho: la Administración otorga más y mejores beneficios (rebajas de impuestos, subvenciones, reducción de trámites administrativos para la implantación de nuevas plantas recuperadoras de coches usados, etc.).

Existen 5 pactos –compromisos genéricos y complejos– que encierran otras obligaciones menores y más concretas, articulados como esquemas unilaterales consignados<sup>1080</sup> por FIAT y aceptados por la Administración: el sistema de desguace y reutilización de piezas de vehículos usados, los sistemas de desarrollo de sistemas industriales y tecnológicos (ambos integrados en el protocolo o acuerdo de 1.991), el programa F.A.R.E. (reciclado de vehículos usados), el programa FENICE (tratamiento de residuos resultantes de los procesos de elaboración) y el sistema de gestión ambiental inserto en el acuerdo suscrito en 1.993.

Los demás pactos tienen una finalidad integrativa (v. gr., gestión ambiental de los procesos de fabricación), anticipativa (de las Directivas CEE de 1.989, por ejemplo) o aplicativa (p. ej., el acuerdo sobre el desguace y reciclaje de vehículos, en que se aplica la normativa Ronchi sobre Residuos) de la regulación. Ninguno tiene una intención sustitutiva de la normativa, pues, entre otras cosas, no tiene sentido sustituir la legislación ambiental cuando precisamente se quiere avanzar en la protección ambiental que ésta ofrece.

Las demandas exigidas por FIAT de la Administración varían desde el compromiso de incentivación económica para desarrollar los acuerdos, hasta el fomento de

\*\*\*\*\*

<sup>1079</sup> Esto otorgaría a FIAT el liderato europeo del sector en este punto.

<sup>1080</sup> BRAU, R. y CARRARO, C., *Voluntary Approaches, Market Structure...*, opus cit., pág. 7, clasifican los acuerdos voluntarios en compromisos unilaterales, acuerdos públicos voluntarios y acuerdos negociados. Cuando hacemos referencia a los 7 grandes acuerdos FIAT podemos decir que se trata, *de iure*, de acuerdos negociados con el Ministerio, pero que, *de facto*, tienen muchas características de compromisos voluntarios, al tener un contenido generalmente impuesto por la compañía a la Administración, y donde la parte fuerte era la propia empresa. Estos autores definen los compromisos unilaterales ("unilateral commitments") como programas de mejora ambiental establecidos por las propias empresas y comunicados a los agentes interesados (*público o Administración, por ejemplo*). La cursiva es nuestra.

la demanda pública de vehículos ecológicos a través de mecanismos de financiación de la compra de este tipo de vehículos (programas homólogos al RENOVE español), pasando por la petición de simplificación y activación de procedimientos administrativos (insertar las plantas de producción en los sistemas de ayudas estatales, redefinir con criterios ambientales la imposición tributaria sobre los automóviles en Italia...), por la solicitud de subvenciones para la investigación científica o para la difusión de las políticas de la empresa (políticas a favor de los motores diesel, para la compra de vehículos de bajo consumo...) o por el requerimiento a la Administración para que regule determinadas cuestiones (normas de control de las emisiones de gases de los vehículos o para facilitar la integración social de los vehículos de bajo consumo)<sup>1081</sup>.

Como balance, podemos decir que, en líneas generales, los acuerdos han favorecido a la industria automovilística italiana, en la que el grupo FIAT agrupa a varias marcas antes separadas y copa absolutamente el mercado (Ferrari, Lancia, Alfa Romeo, Fiat).

El medio ambiente, además se ha visto también mejorado en gran parte gracias a la política de gestión de residuos y emisiones de los procesos de producción de los automóviles, de reciclado y reutilización de sus componentes o de reducción del combustible consumido por éstos. Cosa diferente es analizar cómo puede eso haber afectado a la libre competencia o a la libertad de actuación de la Administración en su discrecionalidad normativa o de ordenación del sector, pues sugestionada sin duda por la potencia de su interlocutor y desprovista de tradición pactista alguna, sólo en la fase final de las negociaciones ha podido estar en condiciones de imponer contraprestaciones a FIAT.

1081 Puede parecer extraño que una empresa estimule a la Administración a que regule determinados sectores de actividad, cuando lo que normalmente se pide de ésta en un acuerdo es que no regule o que retrase la aprobación de determinadas normas. Y es que aquí estamos tratando con un tipo de acuerdo ambiental firmado por una gran empresa que ocupa una posición de absoluto privilegio en el mercado, lo que modula las contraprestaciones de ambas partes hasta el punto de que la emanación de normativa puede serle beneficiosa, ya que obliga al resto del sector automovilístico a adaptarse a unos estándares a los que ella ya hace tiempo que ha llegado. En el caso FIAT, la empresa solicita del Estado, además, que proponga en sede comunitaria una nueva normativa sobre ruidos o una puesta al día de la regulación sobre reciclaje o desguace de vehículos o sobre la calidad de los carburantes. Una vez más observamos cómo el medio ambiente es usado como herramienta de política económica. En los acuerdos ambientales de categoría, en que están representados la mayoría de los agentes empresariales de un sector, lo que interesa es la libertad de acción, la flexibilización que conlleva la desregulación, y que permitirá a todo el sector, paulatinamente, a mejorar sus prestaciones ambientales, preparándose así para el momento en que esa regulación sea aprobada.

## 2. El acuerdo “Agip/Unione Petrolífera” con los Ministerios de Medio Ambiente, Industria y Sanidad

Este acuerdo se explica por la presión que suponía para el Gobierno el dato de que los niveles máximos recomendables de contaminación en las grandes ciudades estaban siendo sobrepasado por mucho, lo cual venía ocasionado, sobre todo, por las emisiones de los vehículos. La necesidad de atajar de manera rápida esta contaminación creó en el Estado una conciencia tendente al uso de este instrumento, entonces novedoso en Italia, ya que el *iter* legislativo parecía demasiado oneroso y lento para atajar con rapidez la situación.

Se firmaron 3 acuerdos entre 1.989 y 1.992 entre Agip, la Unión petrolífera y los Ministerios de Medio Ambiente, Industria, y Sanidad, con la intención de reducir el contenido de benceno y de hidrocarburos aromáticos en la gasolina y de azufre en el gasóleo. PESARO confirma que, al ser el petrolero un sector estratégico en la economía y muy concentrado, el uso del acuerdo voluntario se veía con buenos ojos también por parte de éste, consciente de su importancia y de la fuerza de sus argumentos frente a la Administración<sup>1082</sup>.

El acuerdo de 1.989 no entrañaba para las partes obligaciones concretas, sino que tenía una finalidad vaga de corrección de la contaminación en general.

El segundo acuerdo (1.991) es aplicativo de las Órdenes Ministeriales emanadas para controlar la contaminación atmosférica en las áreas metropolitanas. Los Ministerios se obligaban a modular sus disposiciones administrativas para dar cabida al acuerdo, a proponer al Gobierno una rebaja fiscal en los impuestos indirectos que gravan las gasolinas y gasóleos menos contaminantes y a simplificar y resolver el procedimiento administrativo para la autorización de las reformas tecnológicas y de acondicionamiento para que las refinerías pudieran producir los nuevos productos.

El tercer acuerdo (1.992) es anticipativo de la normativa comunitaria, pues las empresas petroleras se comprometen a mejorar la calidad de sus productos (así, por ejemplo, a bajar a un 3% el contenido medio trimestral de benceno en la gasolina para todo el territorio nacional y para todos los tipos de gasolina). Reproduce también las obligaciones asumidas por la Administración en el segundo acuerdo.

1082 PESARO, G., en la obra colectiva *Nuovi strumenti de Politica ambientale, opus cit.*, pág. 132. No es nada deseable, además, el aspecto de “marketing” que supone la adopción de un acuerdo voluntario: la “espectacularidad” de una medida de este tipo supera con creces a las clásicas de *command and control*, pues trascienden por su originalidad a la opinión pública, y da una imagen a la ciudadanía de mayor dinamismo de la Administración.

La principal característica que representan estos tres acuerdos es su carácter sustitutivo de la legislación, pues vienen a establecer los estándares de producción de los derivados del petróleo sin recurrir a leyes o reglamentos. Los resultados han sido muy bien valorados, consiguiéndose en algunos puntos los mejores resultados del sector a escala europea. A diferencia, sin embargo, de los acuerdos FIAT, aquí se ha tratado de una negociación más difícil pero justa, influenciada sin duda por la presión externa (social y de grupos ambientalistas), que insuflaba en la Administración un lógico celo de defensa de los intereses generales.

En un segundo momento, los Ministerios se plantearon adoptar medidas de control clásicas que desarrollaran los acuerdos o que los reemplazaran de alguna manera, con lo que se denota ya claramente el recelo o la falta de confianza en los acuerdos voluntarios como sustitutivos de la regulación, aún latente de parte de la autoridad pública<sup>1083</sup>. Pero, aún así, el rol que han desempeñado en la concreción del consenso (en una materia compleja como ésta) es justificación más que suficiente para su uso, y ventaja más que adecuada para su suscripción.

### 3. El acuerdo *Replastic*

Con el nombre de *Replastic* se designaba en Italia al Consorcio al que quedaban obligatoriamente adscritos todos los productores de envases en plástico para líquidos, encargado de reciclarlos. Fue creado por el Decreto Legislativo 397/1.988, de 9 de septiembre, luego convertido en Ley 475/1.988, de 9 de noviembre. En la prác-

<sup>1083</sup> PESARO, G., en la obra colectiva *Nuovi strumenti de Politica ambientale, opus cit.*, pág. 142, así lo deja ver. Sin embargo, también se constata la existencia de reticencias por parte de la parte privada del acuerdo, muchas veces temerosa de que la firma de un acuerdo signifique un primer paso hacia una norma reglamentaria o legislativa que acabe con su posición de ventaja o que limite su margen de actuación. Si a eso se suma que en los procesos negociadores las empresas suelen poner sobre el tapete los datos auténticos de su gestión, una medida de este tipo podría verse por parte de las industrias como una traición o un abuso de confianza. Un ejemplo se ha dado en el caso Agip, donde una vez verificada por la Administración la capacidad del sector petrolífero italiano de reducir los niveles de benceno y azufre en sus productos a través de sistemas voluntarios, se aprobó la Ley 413/1.997, de 4 de noviembre, de medidas urgentes para la prevención de la contaminación atmosférica por benceno que establece en su art. 1.1 una ulterior reducción del benceno en la gasolina al 1% de su volumen, a cumplir desde julio de 1.998. recientemente ha sido aprobado también el Decreto 47/2.000, de 10 de febrero, del Ministerio de Medio Ambiente en concierto con el de economía, que desarrolla esta ley en lo tocante a medidas para el control del benceno y de hidrocarburos aromáticos en la gasolina. Las teorías sobre regulación y la influencia en ella de los datos ambientales suelen venir de la mano de economistas. Uno de ellos, SCARPA, C., *The Theory of Quality Regulation and Self-Regulation: Towards an Application to Financial Markets*, en *Environmental Economics*, Nota di Lavoro 8.97, pág. 14, llama la atención sobre una obviedad: que a veces el Legislador o la Administración no tienen los datos suficientes para imponer estándares a las empresas, pues no saben el nivel ambiental verídico de su actividad productiva. Por ello la eficacia de los sistemas voluntarios de protección, como la autorregulación, donde tales datos ocultos suelen ver la luz.

tica, el Consorcio no se constituyó materialmente hasta diciembre de 1.990, entrando en funcionamiento el 1 de julio de 1.991, una vez que los Ministerios de Economía y Medio Ambiente se ponen de acuerdo en las formas de su financiación.

Replastic concertó el 12 de enero de 1.993 y el 25 de julio de 1.995 sendos acuerdos voluntarios con Assoambiente (o AUSITRA, Asociación de las empresas privadas que prestan servicios ambientales en régimen de concesión), Federambiente (o CISPTEL, Asociación de las empresas municipalizadas que gestionan servicios de higiene ambiental) y A.N.C.I. (Asociación Nacional de Municipios de Italia, algo parecido a la F. E. M. P. en España)<sup>1084</sup>.

Los acuerdos están orientados al establecimiento de un sistema general de relaciones entre Replastic y los Municipios italianos para la recogida diferenciada de los envases en plástico para líquidos. El objetivo final es entablar relaciones de cooperación entre todos los agentes implicados en la recogida y reciclaje de estos envases, de manera que se articule un sistema nacional de recogida de este tipo de envases en cada Municipio italiano<sup>1085</sup>. CROCI nos recuerda que en este caso se trata de un acuerdo motivado por una doble amenaza: la primera, la más que previsible introducción de una tasa penalizadora al Consorcio ante el escaso nivel de reciclaje obtenido; la segunda, la expectativa cierta de la introducción de una regulación administrativa en la materia<sup>1086</sup>.

1084 En Italia existían varios consorcios obligatorios para la recuperación y el reciclado de residuos, que no tratamos en nuestra investigación al carecer de carácter voluntario. Baste decir que existían también para el reciclaje de pilas usadas o de residuos que contuviesen plomo, para los aceites minerales usados y para la gestión de sustancias lesivas para la ozonósfera. Este último consorcio, instituido por la Ley de 28 de diciembre de 1.993, n.º 549, tiene la especialidad de permitir una vía paccionada previa, por la que las empresas se comprometen a llegar a un acuerdo con el Ministerio de Medio Ambiente en el plazo de dos años. En caso de no hacerlo así, el consorcio puede instituirse forzosamente a iniciativa del Estado. Como ha dicho DELL'ANNO, P., *Manuale de diritto ambientale*, CEDAM, Padova, 1.996, pág. 196, la figura del consorcio obligatorio constituye el perfil organizatorio de un instituto jurídico que puede adscribirse a la categoría de instrumentos públicos de intervención en la economía, los "ammassi" del art. 837 del Código civil italiano y que la doctrina define como formas de traspaso obligatorio de determinados productos desde las empresas y productores a la Administración, para que ésta los gestione de manera colectiva.

1085 Los dos acuerdos citados son acuerdos-marco (como los siete grandes acuerdos de la FIAT), que para ser operativos necesitan la posterior aplicación a cada Municipio singularmente considerado mediante la suscripción de concretos contratos celebrados entre Replastic y el Ayuntamiento del Municipio correspondiente. Como veremos, se trata del mismo esquema voluntario utilizado por las leyes españolas de residuos y de envases y residuos de envases. (Con esto se observa otra característica de los acuerdos voluntarios en Italia, que responden al esquema acuerdo-marco+desarrollo a través de posteriores pactos de desarrollo de los mismos).

1086 Se observa cómo las amenazas administrativas a veces son necesarias para llegar a buen puerto: el Estado renuncia a su actividad clásica, pero vela por la calidad o la resolución de problemas forzando o tutelando el acuerdo, pero no imponiendo objetivos. De esta opinión se muestra partidario CROCI, E., en la obra colectiva *Nuovi strumenti de Politica ambientale, opus cit.*, pág. 145.

Otra peculiaridad de este caso es que el primer acuerdo fue suscrito también finalmente por Assoambiente (mientras que las negociaciones fueron desarrolladas inicialmente entre Replastic y Federambiente, en calidad de representante de la A.N.C.I.)<sup>1087</sup>.

Mientras que Federambiente (que agrupa a las empresas públicas municipales) desarrolla el servicio de recogida en los grandes Municipios italianos, Asoambiente (Asociación de empresas privadas) lo hace en los pequeños, dando cobertura a la mitad de la población italiana. Las conversaciones se desarrollan al estilo de las mantenidas entre FIAT y el Ministerio de Medio Ambiente: Replastic propone y Federambiente acepta, rechaza o pide modificaciones<sup>1088</sup> (estilo de negociación que podríamos calificar ya sin ningún matiz peyorativo como “a la italiana”).

Para el segundo acuerdo se necesitaron menos reuniones que las que hicieron falta para llegar al primero (lo que demuestra el importante papel que la confianza desempeña en la firma de estos acuerdos, y en los buenos resultados que han dado en Italia los acuerdos de tracto sucesivo o prorrogados, en los que se suelen obtener los mejores resultados por este sencillo motivo). Cada Ayuntamiento concertante se obligó a poner a disposición de Replastic los contenedores adecuados para que los ciudadanos depositen los envases de líquidos en plástico usados, a vaciarlos, recogerlos (por medio de concesionarios –Asoambiente– o de sus empresas municipalizadas –Federambiente–) y llevarlos a centros de selección de materiales gestionados por Replastic. Replastic, por su parte, se obligó a realizar campañas de concienciación ciudadana para la recogida selectiva de estos envases, a pagar a los Ayuntamientos (esto es, a los concesionarios o a las empresas municipalizadas) cantidades variables en el caso de que éstos se comprometan a prestaciones extras (como eliminar con sus propios servicios municipalizados o gestionados por concesionarios parte de esos envases...). Se pagará más por cada kilo que los Municipios entreguen de plástico prensado, y un poco menos si lo es fundido o en botellas sueltas. Ese material deberá reciclarse, en lo posible, en centros apropiados, con los que se concerta también el pago de cantidades por kilo de material recuperado (recuperación de energía en plantas incineradoras o recuperación mediante su uso en la fabricación de cemento o combustible).

<sup>1087</sup> Vemos lo bueno de estos acuerdos abiertos a nuevas incorporaciones, para evitar el fenómeno del *free-riding*.

<sup>1088</sup> Es de destacar, sin embargo, que parte de la ausencia de conflictividad de las negociaciones de debió a la peculiar composición de intereses reinante dentro de Replastic, asociación privada compuesta por las empresas productoras de envases en plástico de líquidos pero cuya participación y contribución al consorcio venía fijada por ley: al aunar intereses mixtos, poco podían oponer las empresas municipalizadas o los comunes a sus propuestas. Es lo que Giannini llama como entidades privadas de interés público. Vid. CROCI, E., en la obra colectiva *Nuovi strumenti de Política ambientale*, *opus cit.*, págs. 161 y 162.

Otra peculiaridad de estos acuerdos es que se establecen objetivos comunes al margen de las obligaciones propias de cada parte<sup>1089</sup>.

Podemos considerar ambos acuerdos como anticipatorios de la legislación del sector, pues el Decreto Legislativo Ronchi, de 5 de febrero de 1.997, sobre Residuos, prevé el uso de estos acuerdos para la gestión de envases y residuos. Esta norma establece el nacimiento del C.O.N.A.I., que es el nuevo Consorcio Nacional de Envases, formado por las empresas productoras, utilizadoras o transformadoras de envases.

Al constituirse éste el 30 de octubre de 1.997 ha dejado de funcionar Replastic, en cuya posición se debía subrogar transitoriamente el C.O.N.A.I.<sup>1090</sup> hasta la constitución del CO.RE.PLA<sup>1091</sup>. La norma regula nuevas formas de convenios por sec-

<sup>1089</sup> Así, conseguir recoger, al menos, 2 kilos de envases usados en plástico contenedores de líquidos por habitante y año, con menos de 15% de componentes extraños (en el primer acuerdo), y 2,4 kilos /habite./año, con una fracción de elementos extraños inferior al 25% (en el segundo). Con esto se apoya también nuestra opinión personal de que el acuerdo voluntario tiene en sí mismo una finalidad objetiva (*finis operis*) común, al margen de las obligaciones subjetivas egoístas de cada parte, que se cifran para cada parte en deseo de la prestación de la parte contraria (*finis operandi*).

<sup>1090</sup> Según los datos aportados por MAROCCO, T., *Prospettive del riciclaggio degli imballaggi: il ruolo del C.O.N.A.I.*, en Rivista Giuridica dell' Ambiente, Giuffrè Editore, 1.999, n.º. 6, pág. 1008, en noviembre de 1.999 eran ya 1.400.000 las PYMEs que se habían adherido al C.O.N.A.I. conformando el mayor consorcio de Europa. Además, a fecha de 8 de julio de 1.999 se firmó el acuerdo de programa marco (*accordo di programma quadro*) previsto en el art. 41.3 del decreto Legislativo Ronchi (Dec. Leg. 22/1.997, de 5 de febrero), entre el Presidente del A.N.C.I. (Associazione nazionale Comuni italiani) y el Presidente del C.O.N.A.I. (*Consorzio nazionale imballaggi*), para la recogida y recuperación de los residuos de envases. Para tener virtualidad, este acuerdo de programa marco deberá desarrollarse mediante la firma de concretas convenciones y acuerdos celebradas entre el C.O.N.A.I. y los respectivos municipios (o empresas gestoras de la recogida diferenciada, municipalizadas o concesionarias). El C.O.N.A.I. se compromete a través de los *consorzi di filiera* y de los productores no afiliados a tales consorcios a hacerse cargo de los envases provenientes de la recogida diferenciada, y a transportarlos a su destino final.

Los Ayuntamientos se comprometen, por su parte, mediante sus empresas municipalizadas o concesionarias, a recoger los residuos de envases y ponerlos a disposición del C.O.N.A.I. El C.O.N.A.I., a cambio, paga a los Ayuntamientos un precio alzado por kilo de material recogido, dependiendo del material en cuestión y del grado de pureza del mismo: así, por ejemplo, por un kilo de acero para 119 liras, 350 por uno de aluminio, 20 liras por uno de madera, 390 por uno de plástico, o 60 liras por uno de vidrio (precio éste establecido por Decreto de 4 de agosto de 1.999 del Ministerio de Medio Ambiente de concierto con el Ministerio de Industria). Otro acuerdo de programa es el previsto en el art. 4.3 del Decreto 476/1.997, que transpone al derecho italiano las directivas 91/157 y 93/68 en materia de pilas y acumuladores que contengan materias peligrosas, y que desarrolla el Dec. Leg. Ronchi en este punto. Allí se prevé la firma de este tipo de acuerdo entre asociaciones de categoría de revendedores, productores, importadores, distribuidores y las entidades gestoras de los servicios públicos de gestión y recogida de residuos, para la recogida diferenciada, recuperación y eliminación de estos residuos. Cfr. el comentario al dictamen del Consiglio di Stato de 27 de agosto de 1.997, n.º. 85/1.997, sobre el proyecto de este reglamento, en Rivista Giuridica dell' Ambiente, Giuffrè Editore, 1.998, n.º. 6, pág. 926, donde se elogia el cierto del Consejo de Estado al aconsejar la introducción, en los primeros momentos de vigencia del reglamento, de un sistema de depósito para incentivar la recogida y devolución de estas pilas por parte de los usuarios. La intención de tal medida no es otra que paliar la falta de infraestructura de sistemas consorciados o pactados mediante convenciones en Italia.

<sup>1091</sup> El CO.RE.PLA. es uno de los 6 consorcios *de filiera* previstos en el Dec. Leg. Ronchi. En particular, se trata del consorcio nacional para la recogida, el reciclaje y la recuperación de los residuos de envases de plástico, constituido al año de aprobarse el Dec. Leg. Ronchi. A finales de 1.999 contaba con 17 centros de selección, 2.000 laboratorios y 47 centro de recuperación y reciclaje. Este consorcio firmó el 27 de julio de 1.999 un acuerdo con ANCI que desarrollaba el acuerdo de 8 de julio entre C.O.N.A.I. y ANCI. Para más detalles, y el texto íntegro del acuerdo, vid. [www.corepla.it](http://www.corepla.it) (visitada el día 14 de marzo de 2.000). Junto al CO.RE.PLA. están el CO.RE.VE. –Consorcio nacional para la recuperación del vidrio, constituido el 23 de octubre de 1.997–, el CIAL –para el aluminio, integrado por 37 sociedades–, RILEGNO –Consorcio nacional para la recuperación y reciclaje de los envases de madera–, COMIECO –Consorcio nacional de recuperación y reciclaje de envases de base celulósica– y el CONSORCIO NACIONAL DEL ACERO.

tores de envases<sup>1092</sup>. Igualmente, en el acuerdo marco suscrito (*accordo quadro*) se prevé que al finalizar los dos años de vigencia del pacto las partes se reúnan no sólo para actualizar las obligaciones de ambas sino también por si existiera la eventual necesidad de modificar el marco legislativo o normativo aplicable a las obligaciones económicas establecidas<sup>1093</sup>.

Los resultados son esperanzadores: en 1.998 se habían ya firmado más de 500 convenciones con Municipios y se habían activado 72 centros de prensado y 14 de selección. La mayor parte del plástico se recicla, y sólo una cuota marginal se destina a recuperación energética o fabricación de cementos y combustibles.

## IV. OTROS ACUERDOS A MENOR ESCALA

### 1. El caso de la industria tintorera de Carpi (Modena)

Nos encontramos ahora ante un “protocollo d’intesa” firmado en julio de 1.992 por 14 pequeñas y medianas empresas dedicadas a la tintura de ropa, sitas en el término municipal de Carpi, en la provincia de Modena (Emilia-Romagna). El acuerdo fue suscrito por estas empresas con el Municipio de Carpi, la Provincia de Modena, la Región Emilia-Romagna, algunas asociaciones industriales, la Asociación de Pequeñas Industrias y las Organizaciones sindicales.

Hemos decidido traer a colación este acuerdo voluntario porque es uno de los pocos exponentes celebrados en Italia hasta la fecha con la participación de asociaciones industriales y de empresarios. También porque es un modelo claro de un

<sup>1092</sup> Obsérvese cómo muchas de las actividades confiadas al C.O.N.A.I. tienen naturaleza administrativa, definición de los ámbitos territoriales de referencia de los sistemas integrados de recogida, selección y transporte, elaboración del programa general que individualiza para cada categoría de material de envase las medidas relativas al reciclaje, recogida, recuperación, promoción de la suscripción de acuerdos de programa con Regiones y Municipios, etc. Son funciones atribuidas *ope legis*, que le otorgan naturaleza de consorcio administrativo, ya que, como dice AMOROSINO, S., *I Consorzi tra produttori ed il consorzio imballaggi nel decreto legislativo n.º 22/1.997*, en *Rivista Giuridica dell’Ambiente*, Giuffrè Editore, 1.997, n.º. 3/4, pág. 494, adopta actos que tienen efectos externos, esto es, no limitados a los consorciados: se trata de auténticos actos administrativos. A pesar de tener base asociativa privada sería una persona de Derecho Público, que desarrolla su actividad, sin embargo, sujeta al Derecho Privado, excepto cuando dicta actos administrativos en el ejercicio de funciones públicas.

<sup>1093</sup> Tal cosa se vuelve a reiterar en el tenor del art. 1, párrafo 2º del acuerdo, titulado “Declarazione d’intenti”. A fecha de 30 de noviembre de 1.992, el mayor número de habitantes cubiertos por convenios suscritos con Ayuntamientos para la recogida diferenciada de contenedores de líquidos en plástico era el de Lombardia, con 1.638.825 (166 municipios), seguido por el Veneto, con 100 municipios concertados por un total de 1.422.254 habitantes.

patrón de convenio voluntario muy propio de Italia (país, por otra parte, de muchos endemismos, también jurídicos): los acuerdos ambientales en la esfera local. En este tipo de casos, suele ser la Administración local la que actúa de catalizadora de la relación entre las partes: ella inicia las negociaciones, “seduce”<sup>1094</sup> a la/s empresa/s instaladas en su término con problemas ambientales e impulsa los contactos para llegar al acuerdo<sup>1095</sup>.

Vemos así las diferencias existentes entre estos acuerdos y aquéllos otros, también usuales en este país (por ejemplo, los de Fiat o Replastic) en que es la gran empresa la que toma el protagonismo y presiona a la parte pública para conseguir sus objetivos<sup>1096</sup>.

Desde época medieval se venía desarrollando en el Municipio de Carpi la industria tintorera. En la época actual, la mayoría de ellas trabajan para grandes marcas, con lo que su producción se ha incrementado considerablemente. Esto ha traído consigo un aumento enorme del consumo de agua, elemento imprescindible empleado como disolvente de los pigmentos colorantes encargados de tinter los tejidos. Así, se ha estimado que el consumo diario de agua del sector en Carpi es de 10.000 metros cúbicos. La alta toxicidad de los residuos de agua tratada vertida a los cauces adyacentes forzó al Ayuntamiento de Carpi a montar en 1.984 un complejo sistema depurador de agua de fango activo, de manera que se respetaran los estándar

\*\*\*\*\*

<sup>1094</sup> En el sentido etimológico de la palabra (*se-ducere*), conducir hacia sí.

<sup>1095</sup> Cuando hablamos de acuerdos voluntarios la mayoría de las veces nos referimos a convenciones y pactos celebrados al margen de los procedimientos administrativos preestablecidos: generalmente se tiende a buscar una solución individualizada para un problema ambiental, por lo que la solución final, desarrollada en el tiempo y flexible por naturaleza, no suele estar condicionada por un cauce formal *ad hoc*. Es por ello por lo que podemos decir que en la etapa previa a la firma de estos acuerdos rige el principio de informalidad, opuesto al principio de documentación o escritura propio del procedimiento italiano. La actividad administrativa informal no es, sin embargo, desconocida en el procedimiento, como muestran los contactos celebrados para concluir acuerdos sustitutivos, conferencias de servicios o acuerdos de programa. Sobre la progresiva introducción del informalismo en el actuar administrativo Cfr. MASUCCI, A., *Apuntes reconstructivos de la Ley sobre el Procedimiento Administrativo en Italia*, en Documentación Administrativa, n.º. 248-249 (mayo-diciembre 1.997, págs. 316 y 317).

<sup>1096</sup> Es interesante comprobar cómo la Región Emilia-Romagna está valorando incluso la posibilidad de aprovechar el tirón integrador que estos acuerdos en el sector de la tintorería han provocado para promover la adhesión al sistema EMAS de las empresas operantes en la región. CROCI, E., en la obra colectiva *Nuovi strumenti di Política ambientale, opus cit.*, págs. 176, habla de “sinergias” para denotar la existencia en el actuar de las industrias firmantes de un acuerdo de cierto carácter expansivo de la filosofía pacticia con las Administraciones, lo cual debería ser aprovechado por las autoridades públicas. Lo difícil, podríamos decir, es realizar el esfuerzo de acercar posturas, conseguido lo cual, a las empresas se les presenta más sencillo no abandonar la vereda del consenso emprendido que volver al tortuoso camino de sujeto sometido a prohibiciones y límites, en definitiva, al *modus actuandi* del “command and control”. Trae CROCI muy acertadamente el ejemplo acaecido con el Land alemán de Baviera, donde las Corporaciones locales iniciaron hace años una campaña de promoción del sistema EMAS entre las PYMES, fomentando su adhesión a través de incentivos varios. Lo curioso es que en ese clima de entendimiento creado, las Administraciones a veces incluso se han mostrado muy comprensivas con algunas pequeñas violaciones no importantes de la normativa, sin perder de vista que una cierta flexibilidad en el ejercicio de su función de policía ayuda a que las empresas continúen creyendo en el acierto de su elección (pág. 177).

res marcados en la tabla C1 de la Ley Merli. A pesar de ello, el color de las aguas tratadas seguía siendo altamente sospechoso, lo que alertaba a la población. Ante las fuertes presiones de los lugareños, comprensibles si tenemos en cuenta que estas industrias están situadas en el centro histórico del pueblo, el Ayuntamiento encarga una investigación, que reafirma que no se están vulnerando los límites de contaminación permitidos por la Ley Merli, y que, a lo sumo, el único fundamento de la queja vecinal era la “poca estética” del agua resultante del proceso de filtrado.

De nuevo nos encontramos aquí con una misma causa eficiente del acuerdo: las quejas y lamentaciones de turistas y vecinos, que se hicieron pronto sentir en la Corporación –que, por otra parte suelen ser las Administraciones más sensibles a los problemas ambientales, también por motivos electorales– y en las tintorerías (temerosas de perjudicar su imagen y perder clientela de manera indirecta, la primera motivación de la parte privada a la hora de suscribir acuerdos voluntarios). De este modo, ambas partes llegaron rápidamente al convencimiento de la necesidad de celebrar un convenio encaminado a perfeccionar un sistema químico de tratamiento biológico y filtración decolorante de las aguas residuales de las tintorerías.

La intervención preveía, además, la realización de una red de tuberías que permitiesen la reutilización del agua tratada por las industrias, el desdoblamiento del sistema de alcantarillado general de manera que se construyese uno independiente para las empresas, así como la paulatina reubicación de las mismas en un polígono localizado en los arrabales del pueblo. Éstas eran las obligaciones del Ayuntamiento de Carpi.

Por parte del ramo de tintorería, las empresas aceptan sufragar parte del sistema, reducir el consumo de agua, utilizar parte del agua tratada en sus procesos de tinte, incorporar innovaciones técnicas de automatización y racionalización de sistemas, etc.

Con sólo estos pocos elementos de juicio descritos nos podemos hacer una idea de un uso realmente válido y útil de los acuerdos voluntarios: convenir en obligarse las partes al respeto de unos niveles de contaminación superiores incluso a los que por ley cabría respetar. Pero obsérvese que no se trata en este caso de que se estuviera contaminando el entorno a pesar de respetarse la legislación: aquí no había contaminación más allá de la puramente visual; se trata más de un acuerdo de marketing ambiental que de auténtica conciencia ambiental. No es sino para salvaguardar los ingresos del turismo rural (pesca, senderismo...) y los intereses políticos del partido al frente del Ayuntamiento por lo que se llega a un acuerdo entre las partes. Al no existir impacto evidente alguno sobre la fauna y flora de los ríos cercanos, el

acuerdo no es más que una mascarada. Sin embargo, hemos de convenir que, indirectamente, con él sí se pretende reducir el consumo de agua utilizada por las industrias, lo que, si bien no tiene una clara implicación ambiental, sí redundará de manera mediata en las reservas hídricas disponibles para todo el pueblo.

Como consecuencia de este acuerdo, sin embargo, se produce un coste social elevado pero quizás necesario: 13 de las empresas se ven obligadas a cerrar a consecuencia de la imposibilidad de hacer frente a las inversiones que conllevaba el acuerdo. La internalización de los daños causados al medio ambiente en la empresa exige mártires que sacrificar en el altar verde de la naturaleza<sup>1097</sup>.

Otro rasgo peculiar del acuerdo es que ha sido posteriormente desarrollado por medio de particulares convenciones firmadas entre cada empresa y el Ayuntamiento, para adaptar las obligaciones recíprocas de las partes. Las partes han mantenido buenas relaciones antes, durante y después de celebrar los acuerdos. En una encuesta realizada *a posteriori* a los interlocutores sobre el papel desempeñado por la otra parte, todos han dado una valoración muy alta, por lo general, a las personas que han intervenido en el largo proceso de búsqueda del consenso<sup>1098</sup>.

Veamos ahora dos ejemplos de acuerdos voluntarios firmados en la región Italiana del Veneto a los que hemos tenido acceso<sup>1099</sup>. Ha sido fundamentalmente a partir

<sup>1097</sup> Un aspecto no muy tratado y que debería ser desarrollado es que este principio de internalización de costes supone una pérdida de puestos de trabajo en este caso: hay, más que una limpia operación de ganancia del valor público en términos absolutos –derivada del cierre de empresas que contaminaban–, una transferencia de valores públicos: más ambiente a cambio de menos puestos de trabajo, al estilo del aforismo científico “la energía no se crea ni se destruye, sólo se transforma”. Pero es cierto que es mejor esto, pues el Medio, dada su fungibilidad, a veces si se deteriora puede ser irrecuperable, y trabajo siempre puede ser creado. Además no es válido argumentar a favor de puestos de trabajo amoralmente sostenidos sobre una falta absoluta de respeto al medio ambiente.

<sup>1098</sup> Podemos decir, por tanto, que no dejan de tener relevancia ciertos aspectos que pueden parecer accesorios o menos importantes en la firma de un acuerdo: por ejemplo quiénes sean las personas encargadas de llevar las negociaciones, de su valía, talante o simpatía puede depender el éxito o fracaso de las conversaciones. Estaríamos haciendo un perfecto ejercicio de cinismo si realizáramos un aséptico estudio de las causas y motivaciones que llevan la empresa privada y la Administración a concordarse sin tener en cuenta la parte subjetiva, las “caras” encargadas de dar voz y forma a los intereses, miedos y recelos de las partes. El clima propicio al acuerdo no depende sólo de variables generales e inmutables sino también (y aún no está suficientemente aclarado hasta qué punto) de pequeños detalles como éste, o como el local dónde se reúnen, de ciertas normas de cortesía a guardar, del respeto mutuo, etc. Puede ser ésta una de las principales diferencias entre este nuevo “modo de administrar” que es la acción concertada y el sistema clásico de administración: mientras que por siglos la Administración no tenía que preocuparse de nada más que de emanar disposiciones y actos administrativos y hacerlos cumplir, desde el momento en que deja su olímpico retiro y “baja a la arena” del mercado, no sólo debe revisar el fondo, el contenido de su actuación, adaptándolo a los requisitos de flexibilidad y pactismo que éste exige, sino que incluso debe hacer lo mismo con sus formas, con su ropaje, y hacerse representar por personas sencillas y dispuestas al diálogo, en suma, que “no parezcan funcionarios al uso”. Como ocurre con tantas otras cosas, podemos decir que en el tocante a acuerdos voluntarios las cuestiones de forma son también esenciales.

<sup>1099</sup> Vayan nuestros agradecimientos, de nuevo, al Dr. Giuseppe Caia, Profesor de Derecho Administrativo de la *Scuola di Specializzazione in Studi Amministrativi* (S.P.I.S.A.) de la Universidad de Bologna.

de la unificación de las funciones ambientales en Agencias Ambientales Regionales cuando se han empezado a firmar acuerdos voluntarios propios en la esfera regional. Así, por ejemplo, la Agencia Ambiental de la región Veneto ha suscrito un par de acuerdos voluntarios con las industrias químicas de Porto Marghera y las industrias de curtiduría del área de Arzignano/Vicenza.

## 2. El acuerdo voluntario de *Porto Marghera*

Preparado en 1.997, pero firmado en 1.998. Porto Marghera es un enclave situado en plena Laguna de Venecia, la zona más turística del Norte de Italia, de ahí la inminencia y deseo de evitar la contaminación originada por las fábricas y empresas químicas de mediano y gran tamaño allí enclavadas<sup>1100</sup>. Algunas de las empresas químicas que más polución arrastraban eran las enormes plantas que ENICHEM, EVC o Agip poseen en la zona. Durante años, las Administraciones del Estado y de la Región Veneto han discutido la mejor forma de ordenar las actividades de reorganización y desarrollo de la laguna. Avanzadas las conversaciones, y una vez creada la Agencia Regional de Prevención Ambiental del Veneto (ARPAV), ésta se incorpora al debate, introduciendo en el mismo por vez primera el factor ambiental: hasta entonces las conversaciones sólo habían tocado el tema tangencialmente, centrándose más en los ingresos económicos y en el turismo. Las conversaciones Estado-Región tenían por intención concluir una *Intesa di Programma* (Entendimiento programático). Pero desde la entrada en las mismas de la Agencia Ambiental del Veneto, ciertos compromisos adoptados de manera obligatoria por las industrias químicas se transformaron en un acuerdo voluntario con dos principales apartados: el primero, que las empresas informaran a la Agencia de sus datos ambientales, con la intención de adoptar medidas ambientales *ad hoc*, y uno segundo, para fomentar la adopción, por parte de las industrias, de sistemas voluntarios de certificación (EMAS o ISO 14000).

<sup>1100</sup> Está inserto en la cuenca de drenaje de la laguna de Venezia, donde existen 101 ciudades y pueblos, de alrededor de 1.500.000 habts. y con una extensión de 1877 Km. cuadrados. Para una mayor información sobre la tensión desarrollo y turismo/medio ambiente, vid. RAMIERI, E. y COGO, V., *Indicators of sustainable development for the city and the lagoon of Venice*, F.E.E.M., Nota di Lavoro n°. 57-98, 1.998, págs. 2 a 4. La laguna veneciana tiene como características el estar fuertemente poblada, lo que unido a su especial conformación (casi cerrada a las mareas y con escasa renovación de sus aguas) hicieron de sus aguas antaño saludables una inmundicia cloaca. Las previsiones de la Ley 171/1.973, especial para Venezia, que establecía valores máximos de vertidos contaminantes, apenas fueron cumplidas por las empresas de Porto Marghera, con contadísimas excepciones. Cfr. el estado de incumplimiento de las prescripciones legales al respecto en FORTUNA, E., *La legge speciale per Venezia*, *opus cit.*, pág. 370.

El acuerdo voluntario de Porto Marguera prevé, además, un órgano mixto Región-Provincia-Ayuntamiento-industrias, que se encargará de decidir qué datos se comunican a las autoridades, con lo que se evita caer en la ajuridicidad de algunos otros acuerdos voluntarios firmados en Italia. Según informa MAZZOLENI, el primer Informe Ambiental de la zona sería entregado a finales de 1.999<sup>1101</sup>.

Una de las principales peculiaridades de este acuerdo estuvo en la falta de confianza que las industrias mostraron al principio para con la Agencia, pues su voz se confundió en no pocas ocasiones con las voces de las demás Administraciones implicadas. Sólo cuando las empresas empezaron a entender que las razones de entregar sus datos ambientales eran puramente técnicas y no políticas o con fines sancionatorios empezaron a colaborar en el acuerdo, lo que nos demuestra la difícil asimilación de los acuerdos voluntarios como nuevo concepto de política ambiental. Igualmente, este escepticismo se dejó sentir también del lado de los representantes de la Administración, quienes se mostraban poco preocupados por imbuir a las industrias del espíritu colaborador necesario, quizás porque tampoco ellos lo estaban, lo que se erigió finalmente como una de las principales causas para que las industrias rehusaran desarrollar el apartado sobre certificación ambiental. Con estos antecedentes, parece probable que este segundo apartado acabe firmándose sólo entre la Agencia y las industrias, sin contar con la participación en él de las demás Administraciones<sup>1102</sup>: sólo la A.R.P.A.V. había accedido a fomentar el acuerdo, relajando y simplificando sus controles e inspecciones, mientras que las demás Administraciones nunca ha estado a favor de ofrecer ninguna medida de fomento a cambio: esto nos indica igualmente cómo la mera liberalidad empresarial es casi siempre insuficiente para lograr el éxito de un acuerdo voluntario, necesitándose como causa eficiente del mismo una medida administrativa que estimule la firma del convenio (subvenciones de todo tipo o relajamiento en los procedimientos administrativos).

### 3. El acuerdo voluntario de Arzignano/Vicenza

Parte de una estructura industrial absolutamente diferente del acuerdo voluntario de Porto Marguera. Mientras allí estaban radicadas empresas de curtiduría de pieles

<sup>1101</sup> MAZZOLENI, M., *Environmental Agreements in the Experience of the Veneto Environmental Protection Agency (A.R.P.A.V.)*, CAVA Working Paper, n.º. 99/10/7, October 1.999, pág. 9.

<sup>1102</sup> MAZZOLENI, M., *Environmental Agreements in the Experience*, *opus cit.*, pág. 10.

de gran y pequeño tamaño e industrias de equipo de carácter químico, aquí se partía de un tejido de pequeñas y medianas empresas, relacionadas intensamente entre sí, de manera que muchas de ellas realizan alguna fase del curtido para las otras y viceversa. A finales de 1.998, la Provincia de Vicenza acudió a la ARPAV para firmar un acuerdo voluntario.

A fecha de octubre de 1.999 este acuerdo voluntario aún no había sido firmado, pero dos cosas han quedado ya claras: primero, que la actitud de las Administraciones respecto al acuerdo está siendo más positiva que lo que fue en el acuerdo de Porto Marguera, entre otras cosas porque existía ya cierta tradición en el uso de acciones voluntarias –si bien fallidas– en la zona de Vicenza. Segundo, que estaban de acuerdo en fomentar su firma de alguna manera, bien con ayudas, bien con cierto relajamiento de los procedimientos administrativos que pudiesen concierne a las empresas firmantes. Se han propuesto las dos mismas líneas directrices del acuerdo voluntario que en Porto Marguera: un apartado sobre certificación ambiental y otro sobre comunicación de datos ambientales a las Administraciones.

Las cautelas que se han levantado en las empresas han sido varias. Sobre todo, que consideran que un sistema de certificación ambiental como el EMAS o el ISO 14.000 es demasiado costoso para empresas pequeñas, y que los beneficios económicos que ello puede suponerles son escasos, dada la poca cultura ambiental de los consumidores de esta zona<sup>1103</sup>. De este punto sacamos una clara enseñanza: sin educación ambiental es difícilmente asumible un compromiso por parte de las industrias implicadas. Las Asociaciones empresariales de la zona se han mostrado muy cautelosas con el acuerdo, pensando erróneamente que van a perder influencia en las empresas, su papel de guías y asesoras. El estado actual de este acuerdo, aún no firmado –a diferencia del de Porto Marguera, recordemos– es bueno. Incluso las empresas se plantean en un futuro asumir un sistema de permisos negociables de vertidos de aguas residuales o asumir un sistema de inspección interna cuyos sistemas fueran proporcionados por la Agencia.

A pesar de todo, algunos datos muy didácticos han saltado a la palestra en ambos acuerdos voluntarios: las relaciones iniciales entre Administraciones e industrias no fueron nada fáciles, sobre todo por los celos que se despertaban las unas a las otras

<sup>1103</sup> Por ello, el acuerdo voluntario de Arzignano se ha diseñado con dos fases o velocidades: primera, encargada de mostrar a la población y a los medios las estadísticas y datos ambientales mejorables y mejorados poco a poco, y, segundo, una vez creada cierta conciencia verde en los consumidores, entrar a fomentar entre las empresas la asunción de un sistema de certificación de la calidad ambiental de sus productos y procesos de producción (el mismo esquema, como vemos, que en Porto Marguera).

al tratar en un plano de igualdad<sup>1104</sup>. Como principal diferencia podemos denotar que mientras en Porto Marguera las empresas eran multinacionales (con departamentos ambientales que acogieron de buena gana el acuerdo voluntario), en Arzignano las empresas eran pequeñas, y sólo acogieron el acuerdo gracias a ciertos intentos voluntarios fallidos anteriores, pero tras resistirse arduamente, como lo estaban haciendo a fecha de octubre de 1.999, por su falta de apertura de mente en punto al medio ambiente, por lo que las negociaciones se hicieron más lentas y costosas.

Respecto a la negociación, MAZZOLENI tiene razón cuando afirma que cuando tienen enfrente a grandes empresas, la cuerda de las conversaciones suele romperse por el lado de las Administraciones, menos acostumbradas a negociar que los particulares, y menos preparadas técnicamente que ellas, lo que les acaba irritando, dejando escapar sus maneras autoritarias. Pasa al contrario cuando las Administraciones se encuentran con PYMES<sup>1105</sup>. También acierta, en nuestra opinión, al proclamar cómo las Administraciones Públicas locales (Ayuntamientos, por ejemplo) tienen más capacidad de persuasión y más resistencia negociadora que las grandes, pues concurre en ellas la doble faceta siguiente: por un lado, al conocer, debido a su cercanía, los auténticos problemas de las empresas, son conscientes de lo favorable que para ellas resultaría adoptar un programa estricto de mejora ambiental voluntaria autoimpuesta, junto con los buenos beneficios económicos que estas medidas les reportarían con el tiempo. Por el otro, no pueden desentenderse de su papel de Administraciones, con una inercia que les lleva a tratar tradicionalmente a las empresas con la vieja política de la zanahoria y el bastón pero implicándose más a la vez que el Estado o Regiones pues muchos votos les van en ello cuando se trata de PYMEs asentadas en su Municipio. Además, en el caso de Arzignano existían varias asociaciones empresariales, recelosas las unas de las otras, con lo que el papel de filtro de la ignorancia de las empresas apenas funciona, y unas no aceptan asumir compromisos hasta que las demás lo hayan hecho también (pág. 14).

\*\*\*\*\*

<sup>1104</sup> MAZZOLENI, M., *Environmental Agreements in the Experience of the Veneto Environmental Protection Agency (A.R.P.A.V.)*, *opus cit.*, pág. 13, confirmando nuestra teoría del plano de igualdad en que se mueven las partes antes del acuerdo en los convenios de colaboración, y, en general, siempre que existe colaboración, modo de relación intrínsecamente voluntario.

<sup>1105</sup> MAZZOLENI, M., *Environmental Agreements in the Experience of the Veneto Environmental Protection Agency (A.R.P.A.V.)*, *opus cit.*, pág. 13.

#### 4. Acuerdo entre las Administraciones Públicas de la Provincia y Municipio de Ravenna (Emilia-Romagna) y un grupo de industrias establecidas en el polo químico Enichem, para la protección del medio ambiente marino (abril de 1.997)<sup>1106</sup>

Desde hacía ya algunos años, las entidades públicas implicadas en la zona y la actual Agencia Regional de Prevención Ambiental de la Región Emilia-Romagna (A.R.P.A.E.), antes S.I.P.-A.U.S.L., se habían mostrado partidarias de aumentar los niveles de control de la contaminación atmosférica originada por los gases y la hídrica provocada por los vertidos al río Candiano y Reno al Adriático, de manera que se redujera el impacto que este polo químico causara al entorno, de especial riqueza biológica y turística<sup>1107</sup>. El Grupo ENI, del que forma parte Enichem, ya había firmado un convenio *ad hoc* con la Región de la Emilia-Romagna y con el Ayuntamiento de Ravenna<sup>1108</sup>, situado en la costa adriática, a una hora escasa por carretera de la capital, Bologna.

<sup>1106</sup> Fueron diez las sociedades firmantes: Enichem S.p.a., Frene, S.p.a., Hydro Agri Italia S.r.l., Rivoira, S.p.a., E.V.C. S.p.a., Ambiente S.p.a., Ecoguel S.p.a., Borregaard S.r.l., Great Lakes-Chemical Italia S.r.l. y Vinavil S.p.a.

<sup>1107</sup> Puede sorprender que ya el 27 de febrero de 1.976 se aprobara un *Protocollo d'intesa* entre el Ayuntamiento de Ravenna y el sector industrial dedicado a la destilería (el más contaminante por aquél entonces) para que éste redujera en unos porcentajes concretos las materias contaminantes contenidas en sus vertidos a los ríos de la zona. Pero más puede sorprender aún que en este *protocollo*, el primero celebrado en la zona en materia ambiental, previera ya sanciones por parte de la Administración en caso de incumplimiento de las obligaciones por las empresas, cosa que los convenios de 1.992 y 1.997 no establecen. Estas sanciones no sólo podían ser pecuniarias sino también podían consistir en cierres temporales o definitivos de la industria, según la gravedad y circunstancias de los vertidos. Además, en este acuerdo sí que se deja claro cuáles son las contraprestaciones de la Administración, que no es otra que la concesión de autorizaciones de vertidos actualizadas a los cánones previstos en el convenio, algo parecido a lo que preveía el convenio de 1.997 de forma implícita. También digno de mencionarse en este *protocollo*, que bien podría calificarse con todo rigor como acuerdo voluntario es que el representante de las empresas de destilería añade como Anexo (Allegato) al convenio una petición formal al Ayuntamiento para que se apliquen los principios informadores del convenio a otras empresas que no fueran del ramo de la destilería y que contaminaran realmente la zona y a los otros Municipios colindantes para que asuman compromisos similares con las industrias de sus respectivas localidades. Se trata de una mera petición, como decimos, ante la imposibilidad de que una disposición pudiera ser asumida por las Administraciones. También interesante es que este convenio podría calificarse en la terminología aportada por CROCI y PESARO como anticipatorio de la regulación pues expresamente se dice en él que se suscribe en espera de la Ley Marco nacional de Aguas.

<sup>1108</sup> MILIZIA, P., y TAMBORRA, M. L., *Legal Framework of environmental Agreements...*, *opus cit.*, pág. 13, han inducido de un "Estudio relativo al Uso y Percepción de los Acuerdos negociados como Instrumentos de Política ambiental en Italia" llevado a cabo por la FEEM (Fondazione Eni Enrico Mattei) en 1.998-9, que, por norma general, las compañías individualmente tienden a negociar sus acuerdos con las Provincias y los Municipios más que con las Regiones o las A.R.P.A. (pág. 13). Nos parece que esto puede deberse a que en la esfera más local las compañías ven acrecentada su capacidad de influenciar en la conducta de la Administración, y conseguir sacar mejores y mayores contraprestaciones de ella. Sin embargo, en el ámbito regional su imagen, problemática y poder se ven importantemente mermados. También en Bolonia se ha firmado en 1.998 un acuerdo voluntario para la monitorización del sistema de valorización termo-eléctrica de la provincia, suscrito entre ésta y la empresa municipal de tratamiento de basuras, en el marco del art. 5 del Decreto Leg. Ronchi. Otro acuerdo firmado en la Emilia es el celebrado entre el Municipio de Faenza y algunas compañías locales sobre emisiones contaminantes, que se articula como un acuerdo sustitutivo del art. 11 de la Ley 241/1.990.

La Región Emilia-Romagna es posiblemente la más activa en Italia en la firma de acuerdos ambientales voluntarios, y, dentro de ella, la provincia de Ravenna sobresale respecto a las demás (Bologna o Modena<sup>1109</sup>, por ejemplo) con lo que se demuestra que en el fondo de la tradición pacticia late una vocación ambiental general sostenida en el tiempo, al margen de las veleidades políticas. Junto a la Emilia podemos citar otras regiones también acostumbradas a la suscripción de acuerdos voluntarios, como el Lazio, la Lombardia, la Toscana y el Veneto. En cuanto a provincias, especialmente avanzadas están –junto a Ravenna– Milano, Modena, Torino o Venezia<sup>1110</sup>.

Las empresas se empezaron a interesar igualmente en el proyecto, conscientes de que el mero cumplimiento legal de las obligaciones de vertido era insuficiente para conseguir un balance equilibrado y sostenible entre desarrollo y protección ambiental, y fue a raíz de la firma de un convenio entre la empresa Enichem y el Ayuntamiento de Ravenna en 18 de junio de 1.992 cuando definitivamente las empresas se suben al tren del acuerdo voluntario<sup>1111</sup>. Como vemos, lo interesante de este acuerdo voluntario es que ambas partes convergen en la creencia de aumen-

1109 En Modena, por ejemplo, se ha suscrito recientemente, en los primeros días de 2.000 un acuerdo de programa entre la Provincia, las organizaciones y asociaciones agrícolas, diversos Municipios, el consorcio fitosanitario de Meta Spa, el Csr de Carpi y Sat Spa, para la recogida, recuperación y eliminación de residuos agrícolas y para la simplificación burocrática.

1110 Citemos aquí, a título ejemplificativo, algunos acuerdos firmados por estas Regiones, auténtica avanzadilla en la firma de acuerdos voluntarios en Italia: así, **en la Lombardia**, el acuerdo suscrito con el Consorcio Ecoqual-it el 25 de mayo de 1.994, que tutela la calidad, gestión y reciclaje de los consumibles informáticos; o los acuerdos examinados a la recogida y reciclaje de papel y cartón, celebrados con Assocarta el 15 de julio de 1.993 y el 25 de enero de 1.996; o el acuerdo suscrito con el Ayuntamiento de Milán, Comieco (Consorcio nacional de recuperación y reciclaje de envases de base celulósica), Replastic, la Federación de Asociaciones de Empresas distribuidoras y la cadena de supermercados COOP Lombardia el 20 de diciembre de 1.996 para la gestión y reciclaje de los envases y embalajes de pequeño impacto. **En el Veneto**, el acuerdo llevado a cabo con Assocarta el 13 de julio de 1.993, al estilo del comentado en la Lombardia, aparte de los celebrados para la protección de la laguna de Venezia; **en la Toscana**, el celebrado también con Assocarta el 12 de septiembre de 1.994, pero limitado al reciclaje de papel, no de cartón; el suscrito entre el Consorcio nacional de compostadores italianos con la Agencia Regional Toscana de Recuperación de Recursos, el 14 de abril de 1.995, destinado a la recogida diferenciada y posterior compostaje de los residuos orgánicos urbanos. **En el Lazio**, el acuerdo celebrado en 1.996 con Comieco para la recogida y reciclaje de papel y cartón; o el firmado de manera homóloga al celebrado en la Toscana para la recogida y compostaje de los residuos sólidos urbanos de carácter orgánico, el 28 de julio de 1.995. Vid. Apéndice de acuerdos voluntarios celebrados en Italia hasta septiembre de 1.997 en AMADEI, P., CROCI, E. y PESARO, G., *Nuovi Strumenti di Politica ambientale. Gli Accordi volontari*, Editoriale FrancoAngeli, serie Economia e Politica dell'Energia e dell'Ambiente, 1.998, Milano, págs. 185-192.

1111 Esta *convenzione* se fijó la meta de rebajar el impacto ambiental de la industria ENICHEM en la bahía de Ravenna, para lo que puso una meta temporal a corto plazo (hasta el 31 de diciembre de 1.995). Este convenio fue el germen del actual acuerdo voluntario de 1.997. A través del mejoramiento de la conducta ambiental de la empresa Enichem se pretendía incidir beneficiosamente en la salubridad de toda la cuenca del río Candiano, que desemboca en Ravenna, y muy afectado por los vertidos y emanaciones industriales. Es en los momentos de desarrollo económico cuando el mercado toma el relevo del ejercicio autoritativo de funciones administrativas por parte del Estado. Vid. CAPUTI JAMBRENGHI, V., *Tutela dell'Ambiente e Beni pubblici*, en Ambiente: vecchie frontiere e nuove "vie di diritto", número especial de la Revista Amministrazione e politica, nº. 5, 1.992, pág. 47.

tar los estándares de protección medioambiental a pesar de estar dentro de la legalidad objetiva. Se trataría aquí de un acuerdo voluntario aditivo o suplementario de la legislación, que solamente se da en aquellas regiones que bien por su extraordinario patrimonio artístico o natural, bien por la presión social, hacen nacer en las partes un sentido de responsabilidad más allá de la norma.

A la vista de los buenos resultados obtenidos por el convenio firmado por Enichem en 1.995, a ella se le añadieron las demás industrias citadas y el A.R.P.A.E., que añadió a las conversaciones una componente técnico-ambiental de mayor calado, sumándose a la empresa Enichem una representación de la industria Ambiente S.p.a., como integrantes de un nuevo grupo de trabajo mixto Administraciones-empresas. Las previsiones temporales del acuerdo voluntario se fijaron al día 31 de diciembre de 2.000.

Este acuerdo voluntario se ha institucionalizado a través de una figura jurídica de colaboración que en Italia se denomina *Protocollo d'Intesa*: esto es, las partes suscriben el acuerdo obligándose personalmente, no solidariamente, a cumplir en la parte propia las prescripciones y líneas directrices del acuerdo. Se comprometen a las siguientes obligaciones:

- Por parte de las empresas, el acuerdo se dividió en tres grandes sectores: aguas, emisiones a la atmósfera y residuos. En lo tocante a la reducción de los contaminantes en el agua, estos son los objetivos:

- a). Reorganización de la gestión de las aguas residuales resultantes de los procesos productivos, centralizándolas en la planta de tratamiento gestionada por Ambiente S.p.a., y, al contrario, individualización de los sistemas indicadores de los niveles de contaminación, parte que gestionará Enichem<sup>1112</sup>.

- b). Reducción de los contaminantes en el agua (fósforo y nitrógeno, sobre todo) y optimización de los recursos hídricos usados, para lo cual las empresas se obligan a

\*\*\*\*\*

<sup>1112</sup> La sociedad Enichem, antes llamada ANIC, había constituido ya en 1.973 una red privada propia para el control y seguimiento de la calidad ambiental circundante a su planta y que posteriormente fue ampliada gracias a la entrada en la aportación de capital del grupo ENEL. Antes aún, en 1.970, la Provincia de Ravenna instaló una red pública de monitores que controlaran las emisiones atmosféricas en la zona urbana e industrial, a la que posteriormente se sumaron también el Ayuntamiento de Ravenna y la Región Emilia-Romagna. Esta red pública y la privada de Enichem citada empezaron a gestionarse juntas desde abril de 1.978, fecha en la que las entidades encargadas de su gestión firman un convenio. El acuerdo voluntario que estamos describiendo y que se firmó en 1.997 prevé poner al día ese convenio de gestión mutua de las redes de monitorización, cosa que se hizo por medio de un Protocollo d'intesa suscrito en 9 de abril de 1.998 entre el Ayuntamiento y la Provincia de Ravenna y la Asociación industrial de la Provincia de Ravenna y las empresas del distrito productivo de Ravenna. Se trata, por tanto, de un convenio de carácter público pero sin contenido ambiental directo. A su vez, este convenio se desarrolló por medio de contratos privados de servicio entre las empresas Enichem y Enel (propietarias de la red privada) y el resto de las empresas firmantes del convenio, por medio de los cuales se fijó el monto a pagar por cada una de ellas en contribución al mantenimiento de la red privada.

instalar la mejor tecnología disponible al respecto, con fechas tope para cada mejora, que se establecieron para fines de 1.997, 1.998, 1.999 y 2.000.

Respecto a la contaminación atmosférica, las directrices son:

a). La reducción y mantenimiento del volumen global de partículas orgánicas volátiles en suspensión a un máximo anual de 6000 toneladas/año.

b). Transmisión de los datos arrojados por las principales fuentes de contaminación atmosférica (los hornos crematorios de las centrales térmicas, por ejemplo), para cuya gestión se creará un protocolo conjunto entre el A.R.P.A.E., la Provincia y las sociedades interesadas.

c). Individualización de sistemas personalizados de control de las emisiones en cada empresa, a lo largo de los procesos productivos de las mismas.

d) Otras obligaciones concretas como la cubierta de los almacenes de sustancias susceptibles de movilizarse por la fuerza del viento, como el polvo de carbón de las centrales termoeléctricas, o instalación en la empresa "Frene" de fuentes adicionales de producción de energía menos contaminante, como turbinas que funcionen con metano o de sistemas de reducción de los valores de CO.

e) Todas las empresas se comprometen ("s'impegnano" –sic–, obligación fundada más en meras intenciones que en constricciones jurídicas) a mejorar en general los valores de emisión de las plantas existentes, y, respecto a los futuros establecimientos, deberán ser menos contaminantes que las ya en funcionamiento.

Por último, en el aspecto ambiental atinente a los residuos, la Ley 257/1.992, de 27 de marzo, prohíbe la extracción, exportación, comercialización y producción de productos de amianto o que lo contengan, para lo cual las industrias firmantes se empeñaron en reducir lo más posible las fracciones de este mineral en sus productos. Igualmente ocurriría con los aceites con residuos de PCBs.

En todas estas obligaciones se decanta una enseñanza particular, y es la de que la flexibilidad de los acuerdos permite que a partir de compromisos generalmente asumidos por todas las empresas existan otros individuales para alguna industria en concreto. Así, por ejemplo, las empresas Enichem y Ambiente se han obligado en más cláusulas que las demás en los tres apartados, posiblemente concienciadas de la gran cantidad de elementos nocivos que sus industrias respectivas aportaban al monto total de impacto ambiental causado por el polo Enichem<sup>1113</sup>.

<sup>1113</sup> Por ejemplo, ambas plantas se comprometían no sólo a reducir su volumen de P.C.B.s y amianto sino que proyectaban asumir sendos planes de sistematización de los residuos por categorías tipológicas, con la intención de recuperar y reciclar aquellos que potencialmente lo fueran. Con esto colegimos que los acuerdos voluntarios pue-

Nos sorprende, eso sí, que no se exprese ninguna obligación por parte de las Administraciones. Sólo se dice que éstas facilitarán la concesión de autorizaciones para la instalación de los elementos técnicos apropiados para reducir la contaminación, pero nada más. Tampoco se reserva parte alguna para ello en el Protocolo. Esto nos hace pensar que tales contraprestaciones existen, pero que quizá no se hayan declarado expresamente en el convenio por miedo de las Administraciones a incumplirlos, sujetando así sus potestades y competencias a un contrato. Pero es algo que ciertamente lleva a reflexión y que no dice mucho a favor de la transparencia que se exige a toda actividad administrativa<sup>1114</sup>.

Una cláusula incluida en el acuerdo que nos merece toda la atención es la relativa a la congruencia del acuerdo con las disposiciones legislativas. Allí se dice que “Quedarán a salvo todas las disposiciones legislativas nacionales, regionales y municipales vigentes o que puedan entrar en vigor en el período de validez del presente protocolo in materia de tutela ambiental, Higiene pública o condiciones de trabajo”. Parece que con este apartado se excluye la aplicación al convenio de todas las disposiciones legislativas que puedan afectar al mismo, vigentes o futuras, con lo que se estaría eximiendo a través de un contrato la sujeción a este grupo de empresas a las leyes. De todas formas nada se dice respecto a las normas administrativas.

La siguiente cláusula prevé la modificación del acuerdo cuando las partes estimen que ello fuese necesario, por medio de un pacto entre ambas, en relación con la eventual emisión de nuevas normas –no se especifica de qué tipo– en la materia. Con esta previsión se suaviza un tanto la exclusión aparentemente absoluta de las disposiciones legislativas anteriormente comentada, en la medida en que ambas partes quieren dar entrada a cualquiera de ellas que crean beneficiará al acuerdo. En este punto parece que se tiene en mente un concepto de acuerdo ambiental concebido como un oasis en el desierto de la vorágine de las caóticas normas administrativas en materia de protección ambiental<sup>1115</sup>: se quiere preservar el acuerdo de la influencia de las

den, como éste, estar diseñados para la reducción de un impacto ya causado al medio ambiente adoptando medidas negativas, o, en cambio, ir más allá y prever mejoras positivas de prospección, como las tomadas por Enichem y Ambiente en este caso.

<sup>1114</sup> De todas formas, el control de los resultados del acuerdo se deja en manos de las partes, quienes habrán de verificar con encuentros periódicos de al menos anuales el estado de cumplimiento de los objetivos y las acciones desempeñadas para alcanzarlos. Se obvia cualquier referencia a posibles sanciones por incumplimiento de cualquier parte, con lo que se verifica la queja que hacían Croci y Pesaro al respecto del escaso control del cumplimiento de los acuerdos voluntarios en Italia.

<sup>1115</sup> No falta en Italia, como en España, doctrina que abogue por la aprobación de una gran Ley general de protección del medio ambiente. Así, FONDERICO, F., *Ambiente e amministrazione in Italia*, en *Rivista Giuridica dell' Ambiente*, Giuffrè Editore, 1.997, págs. 655 y 656, que argumenta a favor de una Ley-marco (legge quadro) que establezca la directrices y criterios generales de tutela ambiental, acompañada de delegaciones legislativas al Gobierno para que aprobara textos únicos en cada sector (aire, aguas, residuos), y dejando las normas técnicas para las fuentes secundarias. La actual maraña normativa le suponen –dice– a la Administración un actuar excesivamente oneroso. Esto le conduce, en pura lógica, a postular un mayor ámbito de libertad de acción a las empresas.

normas, de manera que una posterior restricción de los márgenes de contaminación hecha por norma no afecte a los resultados del acuerdo, lo que le sumiría en una total inutilidad, ya que no existe razón de ser en firmarlo si se llegase a los mismos resultados a través del simple cumplimiento de la normativa que fuese siendo aprobada sucesivamente. De la interpretación conjunta de las dos últimas cláusulas aludidas parece desprenderse el dato de que las disposiciones legislativas habrán de actualizar automáticamente el acuerdo, afectándole de pleno, mientras que las propiamente administrativas (reglamentos) no lo harán sino en la medida en que las partes lo decidan. El acuerdo se cierra con una serie de tablas técnicas en las que se recogen los objetivos ambientales desglosados en valores científicos: químicos y físicos.

Un *protocolo d'intesa* como el aludido está estructurado de la siguiente manera:

1. Una primera parte en la que se escribe en una especie de columna la relación de las partes que van a tomar parte en el mismo, y que antecede al protocolo mismo.
2. El protocolo en sí se abre con un apartado de Antecedentes (“Premesso que...”) en el que se relatan los hechos cuyo concurso ha derivado o motivado en cierta manera la firma del convenio. En este punto se suelen relatar las sensibilidades y acciones tomadas por las partes en defensa del medio ambiente, que desembocan en la adopción del acuerdo voluntario.
3. Sigue luego un apartado de Considerandos (“Considerato in oltre che...”). Aquí se acercan las partes temporalmente al momento de la firma del acuerdo, a la vez que se aluden medios materiales, financieros, personales o jurídicos que servirán de base para la perfección del acuerdo, como instrumentos tecnológicos recientemente comprados para reducir la contaminación, sistemas de monitorización o medida, etc.
4. La parte central del acuerdo voluntario, que es el momento y sitio en que las partes conciertan sus voluntades en obligarse en algo (“Stabiliscono...”) <sup>1116</sup>. Tras la descripción escrita y desarrollada de los capítulos se establece una parte puramente técnica (“Allegato a...”) en que se describe a la precisión con valores numéricos los compromisos de las empresas suscriptoras del convenio, dentro de la que se suelen insertar tablas o gráficos. Es también frecuente, aunque

1116 Se suele poner como cláusula de estilo un pequeño resumen de lo que están conviniendo las partes en este documento, y, en breves palabras, se explicita que se reúnen para firmar un convenio ambiental con tales fines (muy someramente descritos). Luego, en sucesivas secciones o capítulos dentro de este apartado (“Capo 1, Capo 2...”) se fijan y concretan jurídicamente las distintas líneas de actuación del acuerdo, y dentro de cada una de ellas, se fijan las obligaciones de cada parte, su alcance y grado de vinculatoriedad de las mismas.

no necesario, incluir entre los capítulos de descripción jurídica de las obligaciones y las tablas científicas que concretan éstas una serie de cláusulas puramente contractuales, en las que se explicitan los modos de control del acuerdo voluntario, casos y modos de modificación futura y relación respecto a las normas ambientales en vigor o por aprobar. Ni que decir tiene que son éstos los renglones que más nos pueden interesar, pues en ellos se da cobertura formal y jurídica al acuerdo, invistiéndolo definitivamente con la púrpura de los contratos o excluyéndolo de la esfera contractual para incluirlos en los meros acuerdos informales.

##### 5. Fecha de celebración y firmas de los contratantes

Una *convenzione* como la celebrada el 18 de junio de 1.992 entre el Ayuntamiento de Ravenna y la sociedad Enichem se entiende también como acuerdo voluntario. De hecho, el *Protocollo d' Intesa* de 1.997 no hace sino seguir el esquema de esta convención. Resulta muy aleccionador comprobar cómo en Italia existen las figuras de las “convenzioni” y de los “protocolli d'intesa”, similares a nuestros convenios de colaboración que el art. 3.1, d) de la Ley 13/1.995, de 18 de mayo, recoge como herramienta de encuentro de las voluntades de las Administraciones Públicas y los particulares, con un objeto cierto pero sin ser propiamente un contrato (*contratto*)<sup>1117</sup>. Este convenio se llamó “Convenzione tra la Società Enichem e il Comune di Ravenna in tema di ecologia”<sup>1118</sup>.

<sup>1117</sup> La significación que la palabra “intesa” tiene en italiano es la siguiente: *intesa*: 1. *accordo, per lo più tacito, riservato o segreto, tra persone o gruppi di persone*. 2. *accordo tra stati; insieme degli stati legati da un accordo: la Triplice intesa, quella formata da Inghilterra, Francia e Russia nel 1.907*; 3. *pl. accordi fra lo statomitaliano e le confessioni religiose diverse dalla cattolica*; 4. *collaborazione, affiatamento*; 5. *attenzione*, Il Grande Dizionario Garzanti della lingua italiana. Garzanti editore, S.p.a., 1.987, pág. 972. La palabra *intesa* proviene del latín *intendere*, y se aprecia perfectamente que las acepciones con que se recoge en el diccionario son perfectamente trasladables a lo que en España entendemos por colaboración administrativa, lo que hace a los *protocolli d'intesa* figuras hermanas y homólogas de los convenios de colaboración. Sin embargo, un matiz añadido se expresa en esta palabra italiana (*intesa*) que quizás –aunque también exista como característica inherente en el sentido jurídico del término– se nos escape en la española (convenio de colaboración) y es que en aquélla se busca la suma de fuerzas para la consecución de un único fin común, no contrapuesto o diferente para cada parte. Así se desprende de las acepciones todas de la palabra en italiano, donde varias partes, dos o más (Estados, particulares, etc.) persiguen objetivos comunes. Esto debe hacernos reflexionar sobre la contradicción que supone hablar de convenios de colaboración y entender al mismo tiempo que en ellos existe una sinalagmaticidad de intereses de las partes al igual que en los contratos. La dialéctica se resuelve distinguiendo entre la causa y el fin del negocio jurídico que es el convenio: así, mientras que las partes contratan o conciertan un convenio de colaboración persiguiendo fines personales y egoístas, opuestos entre sí, el fin hace referencia a la razón de ser de la figura jurídica “convenio de colaboración”. Por tanto, mientras que existen tantas causas como partes integran el acuerdo (la causa de las empresas es puramente económica); Vid. PAOLELLA, A., *Ambiente e progettazione. Metodi, tecniche e processi dell'intervento ambientale*, Maggioli Editore, Rimini, 1.996, pág. 42). Fin sólo hay uno, el propio al que sirve la figura “convenio de colaboración” y para cuya consecución ha sido reconocida por el Derecho, que le otorga un estatuto jurídico particular, diferente al propio contrato administrativo o privado clásico. La causa, como entiende la doctrina civilística, es subjetiva, es el motivo eficiente y próximo que lleva a las partes a firmar un acuerdo o convenio de colaboración. El fin o finalidad es objetivo, y es la razón por la que en derecho se acoge una institución jurídica negocial como ésta, desgajándola del

Después de una lectura tranquila del acuerdo se observa cómo tampoco en la “convenzione” se explicitan las obligaciones de la Administración, debiéndose inducir del hilo de la redacción cuál es su participación en el mismo: formar el grupo mixto de control de los objetivos del acuerdo, una vaga obligación de mejorar en lo posible y en lo que esté de su mano la tutela del Ambiente del Municipio, etc. Parece, por tanto, que los convenios vistos no tienen una particular estructura de fomento administrativo, de manera que la Administración se obligue a pagar una cantidad X, o a rebajar un tanto los impuestos aplicar o a conceder subvenciones para la compra de la tecnología ambientalmente más adecuada, sino que es el propio objetivo acuerdo (la tutela del medio ambiente circundante a la planta de la empresa firmante) la finalidad común que lleva a las partes a una unión de sus fuerzas en materia ambiental. Recuerdan en ello a los *Vereinbarungen* alemanes, en los que no existe una sinalagmaticidad de causas en el contrato sino una única causa común a ambos, no contrapuestas, que ambas partes coadyuvan en conseguir.

¿Es realmente ésta la estructura lógica de los convenios ambientales o más la del convenio sinalagmático tipo contractual “do ut des”? ¿Es suficiente la introducción de una contraprestación administrativa para denominar al acuerdo convenio o contrato o sigue el acuerdo sirviendo a una finalidad superior íntimamente deseada por las partes al margen de cualquier medida de fomento o estímulo? Dicho de otra manera, ¿Son todos los convenios ambientales del género *Vereinbarung* o todos del género convenio de colaboración? Consideramos que son diferentes y que realmente coexisten sin desplazarse<sup>1119</sup>.

\*\*\*\*\*

tronco del contrato (puramente sinalagmático) y cuyo cumplimiento satisface la existencia del convenio. Por esto, a pesar de que el/los particular/es firmen un convenio de colaboración sólo porque anhelan la contraprestación de la Administración (subvenciones, dinero, rebajas fiscales o simplificación de procedimientos administrativos, etc.) siempre en el convenio se estará sirviendo –consciente o inconscientemente por parte de la empresa/s firmante/s– a una finalidad superior pública (ambiental, laboral, económica) que redundará directamente (y entonces diremos que el convenio es administrativo) o indirectamente (y diremos que es privado) en el bien común. La sinalagmaticidad es contingente y no necesaria en un convenio de colaboración, pero la finalidad o el fin es siempre el que es, inamovible y necesario, por encima de la voluntad de las partes: decimos que es contingente porque puede ocurrir que la parte privada firme el convenio por pura liberalidad y sensibilidad respecto al medio ambiente, sin necesidad de que la Administración la estimule con medidas de fomento, si bien esto no es lo normal. Incluso en estos casos cuando no parece haber una causa directa por parte de la industria firmante, puede querer en el fondo mejorar su imagen de cara a los consumidores, lo que redundará lucrativamente en sus ventas o de cara a los ciudadanos en general, quienes tolerarán más fácilmente la actividad de la empresa si ésta es menos contaminante. Se puede decir que el Derecho Administrativo –que creó esta figura– y la Administración firmante –que la conoce y la usa como otra manera de administrar– usan a la parte privada para incidir en los intereses generales. Parafraseando a los clásicos podemos decir que la causa es el *finis operandi*, y el fin el *finis operis*, propiamente dicho.

<sup>1118</sup> La estructura de esta convención fue copiada también por el Protocollo de 1.997, con las secciones ya comentadas de Antecedentes, Considerandos, Concierto de voluntades (en el convenio encabezada por la palabra “Convienen” (“Convengono...”) y en el Protocolo por la palabra “Establecen” (“Stabiliscono...”), y las cláusulas sobre la congruencia del convenio con la legislación vigente o por salir y el sistema de control y modificación del acuerdo.

<sup>1119</sup> No es posible ni lógico que una empresa convenga en mejorar el ambiente sin obtener beneficios económicos o jurídicos directos o indirectos por parte de la Administración. Hay, pues, que diferenciar cuándo tal apariencia

## 5. Convenio firmado entre el Ayuntamiento de Conselice (Provincia de Ravenna) y la empresa Colorificio Ceramico Faenza, S.p.a., de 31 de diciembre de 1.977

Esta empresa, dedicada a la creación cerámica, estableció una nueva planta en el término municipal de Conselice, y, tras la concesión por el Ayuntamiento de una licencia de apertura y actividades provisional, se procede más tarde por el propio Ayuntamiento a la autorización definitiva de las actividades, cosa que realiza unilateralmente. Sin embargo, las partes quisieron traducir en un acto formal como un convenio (“convenzione”) las disposiciones, compromisos y obligaciones contenidos en el documento aprobatorio de la licencia definitiva.

¿Cuál es la razón para que un acto administrativo como la concesión de una licencia quiera ser posteriormente formalizado por las partes como un convenio? A pesar de la aparente sinrazón que esto supone, la razón más evidente que puede emerger del caso es que a través de él la Administración dispondrá de un compromiso firmado por la empresa de que va a cumplir una serie de obligaciones de objetivos y de medios para mejorar su relación ambiental con el entorno. A su vez, a la empresa le conviene haber formalizado en un solo acto toda la parafernalia autorizatoria que conlleva la instalación de un complejo centro industrial: autorizaciones de vertido, de emisiones atmosféricas, de instalación de pozos negros, de sistemas de monitorización, de tecnología de reciclaje, de construcción de silos, de almacenes, de casetas, etc. Se puede decir que la Administración fomenta la firma de este acuerdo con la empresa facilitando y unificando todos los procedimientos administrativos tendentes a permitir la actividad empresarial de la empresa<sup>1120</sup>.

En este caso particular, merece la pena destacar que la Administración municipal se reserva determinadas potestades exorbitantes –lo que nos recuerda a los contratos

esconde unas contraprestaciones por parte de la Administración no declaradas por la empresa y cuándo efectivamente no existen tales contraprestaciones, con lo que habríamos de buscar la motivación de la empresa para convenir en una mejora a largo plazo de su imagen en la sociedad o de sus productos que le haga vender más o contar con mayor respaldo popular y seguir así produciendo.

<sup>1120</sup> Es de destacar la evolución sufrida en la técnica autorizatoria en sede ambiental. Como todos las herramientas de política de protección del medio ambiente, las autorizaciones han pasado de ser técnicas de control negativo con finalidad eminentemente garantista a detentar lo que SPAGNUOLO VIGORITÀ ya en 1962 y luego GIANNINI llamaron “función de maniobra” (*funzione di manovra*). Mientras que hace años la Administración se limitaba a recibir la solicitud del interesado y a contestar con un acto administrativo, en esta segunda etapa se realiza la inserción de la autorización en un diseño público orgánico de desarrollo, asignándole un rol de incentivación de actividades privadas, y efectuando una verificación sucesiva de conformidad/disconformidad respecto al acto programático general. Vid. SPAGNUOLO VIGORITÀ, V., *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962, pág. 190.

administrativos españoles— como la facultad de modificación unilateral del convenio con la intención bien de obligar a la empresa a instalar nuevas tecnologías menos contaminantes que pudiesen salir al mercado, o de realizar controles sorpresivos de la actividad empresarial al objeto de verificar un posible incumplimiento del convenio, en cuyo caso podría revocar unilateralmente la licencia de actividad.

Generalmente, este tipo de convenios que suponen la formalización de una serie de actos administrativos es aplicativo de la normativa, lógicamente, pues la Administración ha seguido los procedimientos *ad hoc* por el ordenamiento establecido para autorizar cada sector de la actividad a desarrollar. En este sentido, existen sendas cláusulas en el convenio donde se recoge la aplicación de los límites de contaminación establecidos en tal o cual Ley y donde se prevé, además, la aplicación supletoria de las mismas en todo lo no previsto por el convenio. Pueden existir, sin embargo, convenios de este tipo (en los que la contraprestación de la Administración consiste en la mera simplificación de procedimientos) en los que se deje de aplicar alguna prescripción normativa en vigor, lo cual supondrá también una medida de estímulo para la firma del mismo, siendo en este caso el convenio sustitutivo de la regulación, no aplicativo de la misma.

Nos ha llamado la atención cómo a lo largo de todo el convenio, el Ayuntamiento distingue siempre entre obligaciones y compromisos de la empresa, utilizando la expresión “la impresa dovrà...” (traducible como “la empresa deberá...” o “la empresa está obligada a...” ) o la expresión “la impresa s’impegna a...” (“la empresa se compromete a...”), respectivamente. Mientras que las obligaciones parecen de puro *ius cogens*, de obligado cumplimiento empresarial, los compromisos se utilizan en aquellos casos en que se trata de prospecciones deseables a desarrollar por la empresa. Así, mientras que los niveles de contaminación se exigen mediante obligaciones, algunos deberes, como los de instalar una red de monitorización o de construir un silo para algún tipo de material se construyen como meros compromisos morales. De todas formas no es fácil deslindar entre obligaciones y compromisos según una escala de importancia o gravedad de los mismos, y un criterio único de distinción se hace casi imposible, si bien parece que los compromisos suelen invocar obligaciones a cumplir sin un plazo preestablecido, aunque no siempre. Sin embargo, esta distinción no es del todo baladí, pues en este caso sólo en la circunstancia de incumplimiento de las obligaciones cabrá revocar la licencia. Podría pensarse también que mientras que las obligaciones son fruto de la aplicación directa de la normativa o los procedimientos administrativos por el Ayuntamiento, los compromisos a los que se somete la empresa parecen más bien fruto de un diálogo previo, de un acuerdo, en la medida en que se trata de objetivos no derivables de la normativa en vigor y en los que, por tanto, puede existir un cierto margen de maniobra a la pactación.

En este convenio, además, la industria ceramista se compromete a reparar los daños causados por un incumplimiento en las propiedades ajenas, adecuándose a la estimación de la cuantía en concepto de esta responsabilidad civil extracontractual según lo pactado entre la industria y los particulares dañados o en la estimación realizada por el juez, en caso de no llegarse a mutuo acuerdo.

Pero no siempre se articula un consenso en materia ambiental a través de “convenzioni” o “protocolli d’intesa”. Un caso particular fue la aceptación por parte del Ayuntamiento de Faenza, con fecha de 6 de junio de 1.997, de los compromisos a los que se obligaron cinco empresas del término municipal del susodicho Municipio (provincia de Ravenna, Emilia-Romagna). Supone una novedad pues, como se dice en el propio documento, es un acto administrativo (“provvedimento”) inmediatamente ejecutivo. Lo que ocurre es que a pesar de que formalmente se trate de una resolución administrativa que pone fin a un procedimiento administrativo, materialmente es un convenio. Estamos ante una terminación convencional de un procedimiento, a través de un acuerdo (cinco en este caso, uno por cada empresa) que determina el contenido del acto, aunque sin sustituirlo. Entendemos que es un acuerdo del tipo “procedimentale”, según establece la Ley 241/1.990<sup>1121</sup>. En efecto, cada uno de los cinco acuerdos para la aceptación de los compromisos asumidos por cada empresa está compuesto por una parte primera que es la descripción de las obligaciones en sí; luego viene la aceptación del acuerdo por el Ayuntamiento: se trata, técnicamente, de la suscripción de esos compromisos por el Alcalde o por el concejal de medio ambiente del Ayuntamiento (autorizados para ello por el Pleno). Pero esta aceptación se condiciona al cumplimiento por parte de la empresa de una serie de requisitos, que ambas partes habrán debido pactar también con antelación: suele tratarse de la obligación de que la empresa no incurra en retrasos en el perfeccionamiento de sus compromisos o a la constitución de un órgano mixto de control y verificación del acuerdo. Por tanto, a pesar de no ser ni una *convenzione* ni un *protocollo d’intesa*, sustancialmente lo son. Pero como se articulan a través de un acto administrativo de aceptación, formalmente no son tales acuerdos. De hecho la Administración avisa que el acto es inmediatamente ejecutivo y se concluye sólo con la firma del representante de la Administración (sin la de los representantes de las industrias, que sólo firman al pie del acuerdo propio, pero no la resolución final del procedimiento), reservándose, además, el Ayuntamiento, facultades unilaterales de

<sup>1121</sup> Para llegar al pacto con cada empresa, el Ayuntamiento se reunió con cada una de ellas, determinando no sólo cuáles iban a ser los compromisos a los que éstas se iban a sujetar y concordando ya sí el régimen futuro para su cumplimiento.

intervención sobre el mismo. Cada acuerdo –se dice– se concluye en el sentido y efectos establecidos por el art. 11 de la Ley 241/1.990.

## 6. Convenio entre la Provincia de Ravenna, el antiguo U.S.L. n. 35, el Ayuntamiento de Ravenna y la empresa Anic

Firmado con la intención de regular la reutilización y reciclaje de materias primas secundarias y combustibles alternativos usados en el proceso de elaboración del cemento, el principal objeto de su actividad. Nos hace pensar que quizá sea uno de los escasos convenios ambientales en Italia en que se anticipa una regulación ambiental por parte de la Administración, ya que la materia relativa a la reutilización de combustibles alternativos no estaba regulada por ninguna norma, ni siquiera por el DPR 915/82 (puesto que los materiales en ésta regulada están destinados al abandono y necesitan de un previo tratamiento, cosa que no sucede en este caso).

Este *Protocollo d'Intesa* se celebra en espera de un cuadro técnico legislativo en este sentido, y es por su ausencia por lo que las partes conciertan la reglamentación propia que les será aplicable a través de un convenio: convergen, pues, en este acuerdo voluntario, el sentido anticipatorio y sustitutivo de la norma. Incluye este acuerdo, en lo que parece conformarse como una cláusula de estilo de los acuerdos voluntarios italianos, sendas prescripciones dejando a salvo la posible aplicación de las disposiciones legislativas y administrativas (también éstas en este caso) sobre tutela ambiental, higiene pública y de las condiciones de trabajo y a la posibilidad de modificar o integrar el acuerdo previo pacto entre las partes<sup>1122</sup>.

1122 En este acuerdo voluntario se suscita también una cuestión clave para entender cómo son y cómo se entienden los acuerdos ambientales en Italia: hemos dicho que la materia relativa a la reutilización de combustibles alternativos no estaba regulada en el momento de la firma del protocolo, pero si lo estaba el extremo relativo a la recuperación y reutilización de materias primas secundarias, por el DM 26/01/1.990. Pues bien, poco más tarde de suscribirse el acuerdo, la Corte constitucional anuló varios artículos de esta normativa. Lejos de invalidar el acuerdo, las partes pactan a manera de Anexo añadido al acuerdo que tal sentencia no afectará a su convenio, y que, por lo que a ellos respecta, los artículos anulados seguirán siendo válidos *inter partes*. Con ello se están queriendo decir dos cosas: primera, que el acuerdo es la auténtica reglamentación para las partes en la materia acordada; segundo, que aunque se haya salvaguardado la posible aplicación de normativa ambiental al acuerdo, tal cosa parece deberá realizarse previa conformidad de las partes en el acuerdo; tercero, que se está incurriendo en un vicio que en España llamamos inderogabilidad singular de los reglamentos (en este caso, pues las partes se dispensan del cumplimiento de la norma tal como quedó tras la sentencia de la Corte constitucional).

## V. CLASIFICACIÓN DE LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS ITALIANOS

El primer acuerdo voluntario firmado en Italia data de 1.989, año en que se firman el primer acuerdo FIAT y el acuerdo Agip/Unione petrolifera. Una de las principales causas de este retardo y perfectamente trasladable para el caso español es la tardanza en la creación de un Ministerio del Medio Ambiente, que en el caso italiano se produjo gracias a la Ley 349/1.986. Los sujetos económicos firmatarios de estos acuerdos son de tres tipos: empresas singulares, grupos de empresas y asociaciones de categoría. PESARO nos confirma la impresión que ya tuvimos al examinar los acuerdos locales del censo realizado por la F.E.E.M. en 1.997: que los acuerdos ambientales italianos se caracterizan, entre otras cosas, por la relativa poca importancia que tienen en ellos las asociaciones de categoría, los sectores industriales, los cuales dejan casi todo el protagonismo del acuerdo en las empresas individualmente consideradas o en algunas de ellas agrupadas<sup>1123</sup>.

Este dato no debe considerarse un estigma pues responde perfectamente al sentir de la legislación administrativa descentralizadora y pro localista italiana ya comentada. Otro rasgo que podemos asentar de antemano es la presencia en estos acuerdos de pequeñas y medianas empresas, y que no es un dato concluyente de la naturaleza de estos acuerdos, sino un síntoma lógico derivado de la abundancia de PYMES en el tejido empresarial italiano.

CROCI y PESARO convienen en clasificar los acuerdos voluntarios en atención al grado de intervención en ellos de la Administración Pública (fijando contenidos, ejerciendo el control sobre el acuerdo y estando o no legitimada para penalizar de alguna manera la no-ejecución o ejecución defectuosa por parte de la empresa firmante).

Así, ordenan los acuerdos voluntarios en las siguientes categorías, mostrándolos en grado decreciente:

- 1) Regulación negociada,
- 2) Esquemas públicos voluntarios (que hacen referencia a estándares a los que se somete a un grupo de empresas que se unen voluntariamente al sistema, como ocurre, por ejemplo, con los instituidos por las Directivas EMAS y ECOLABEL<sup>1124</sup>),

<sup>1123</sup> Cfr. PESARO, G., en la obra colectiva *Nuovi strumenti di Politica ambientale*, opus cit., pág. 103.

<sup>1124</sup> También en Italia ha deslumbrado la Directiva sobre Ecolabel europea, por la novedad de su contenido y por el éxito moderado que ha tenido para las empresas que la han aceptado. Sin embargo, no faltan autores que llaman la atención sobre un probado efecto pernicioso de esta herramienta. Así, a pesar de ser un documento de ciencia económica, es relevante la opinión de DOSI, C. y MORETTO, M., *Is Ecolabelling a Reliable Environmental Policy*

- 3) Acuerdos negociados (que son propiamente la especie de la que se predicen las características de los acuerdos voluntarios, de manera general),
- 4) Programas unilaterales voluntarios reconocidos por la Administración Pública (que, sintéticamente, se cifran en acuerdos promovidos por empresas de un determinado sector y que pueden variar desde códigos de conducta hasta la regulación propia del sector o actividad, contando con un reconocimiento o refrendo por parte de la Administración)
- 5) Programas unilaterales voluntarios sin reconocimiento público (igual que los anteriores pero sin esta última característica)<sup>1125</sup>.

Las figuras 1) y 5), sin embargo, no son consideradas por estos autores como acuerdos voluntarios. Para la regulación paccionada la razón estriba, en que en ella no se busca como meta la protección del medio ambiente sino la regulación en sí misma, que las empresas sólo pueden influenciar. Para los programas unilaterales voluntarios, en que les falta el requisito de contar al menos, como parte, con una entidad pública que los reconozca. Convenimos con esto último, pues también nosotros consideramos que si el acuerdo sólo engloba a partes privadas y excluye la entrada de cualquier Administración, el pacto no incide en ningún modo en el interés general, ni siquiera indirectamente<sup>1126</sup>. Pero no nos parece correcta la exclusión de la regulación paccionada de los acuerdos voluntarios. Bien es cierto que esta conclusión se obtiene de la mera aplicación de la definición que de “acuerdo voluntario” dan estos autores. Ellos estiman que sólo cuando el acuerdo tiene por meta la protección del medio

\*\*\*\*\*  
*Measure?*, “paper” presentado en la Universidad de Padova y en la Fundación ENI E Mattei, julio 1.998, pág. 3, donde denuncian que es usual que cuando una empresa se ha hecho acreedora de una ecoetiqueta que garantiza la calidad ambiental de un determinado producto o proceso productivo se suelen incrementar por norma habitual las inversiones que la empresa realiza en otros productos y procesos de su actividad y no avalados por la ecoetiqueta, esto es, más contaminantes. La razón es sencilla: ante la imagen “verde” que proyecta en el mercado y convenientemente publicitada por la interesada, los consumidores tienden a comprar productos de la empresa, sin paramientos a discernir si el producto que compra o si el procedimiento usado para producirlo es o no el avalado por la ecoetiqueta. Otro autor en el mismo sentido usa una expresión muy plástica para definir la conducta de la empresa, que se apresta a firmar el acuerdo “to milk its image”: la empresa blanquea toda su imagen comercial con una ecoetiqueta parcial, algo bastante rentable que distorsiona el uso del instrumento, pero sin que se pueda hablar jurídicamente de fraude de ley, ya que el efecto no es provocado por el agente actuante sino por los consumidores. Vid. CAVALIERE, A., *Voluntary Agreements and Efficiency?... opus cit.*, pág. 16.

<sup>1125</sup> CROCI, E. y PESARO, G., *Voluntary Agreements in the Environmental Sector...*, *opus cit.*, págs. 7 y 8.

<sup>1126</sup> Nótese que a estos acuerdos no los consideramos acuerdos voluntarios, pero no porque pertenezcan a la esfera del Derecho Privado sino porque falta en ellos la participación de una entidad Pública. El hecho de que un acuerdo sea de Derecho Privado no implica por sí mismo que éste no sea un convenio voluntario del estilo de los que venimos estudiando, pues de este tipo pueden ser algunos de los celebrados por las propias Administraciones Públicas con particulares o empresas, en los que sólo indirectamente se afecta al interés general, pero afectándose a fin de cuentas. Sólo cuando ni de manera próxima ni remota se toque el bien común ambiental de una comunidad podremos no hablar de acuerdos voluntarios, y esto suele suceder cuando en él no ha entrado la Administración como parte celebrante, ya que ésta tiene la obligación de servir con objetividad los intereses generales siempre y en todo lugar (art. 103 CE).

ambiente puede ser calificado como tal. Usan la expresión inglesa “goal”, dándoles un significado de finalidad directa. Es por ello por lo que emplean una metáfora con la que se quiere expresar la idea de un fin concreto y finito, y que nosotros hemos traducido por “meta”. Esta palabra hace referencia, como deriva del significado real inglés al final de una carrera, a una finalidad directa y fungible (que se agota en su mismo cumplimiento), sin que trasciendan los efectos de la actividad en unas consecuencias más lejanas o indirectas. Con este sentido, todo lo que directamente no esté ordenado a mejorar la protección ambiental no será un acuerdo voluntario.

Comoquiera que la regulación negociada tiene una finalidad puramente normativa, no integra tal categoría. Nosotros no pensamos así. Es más, no creemos si quiera que éste sea un problema de finalidades, sino de causas. Mientras que se puede argüir que la finalidad de una norma pactada es la regulación de un punto concreto, sea o no ambiental, debemos convenir en que si la causa de ese pacto es la mejora del medio ambiente habrá tal acuerdo voluntario. La finalidad atiende más al uso que se hace de un instrumento, de manera objetiva, mientras que la causa, como institución clásica de los contratos, introduce un elemento subjetivo en la figura que antes no existía: la motivación de las partes, aquéllos que ellas deseaban al contratar, ya fuera de manera explícita o aparente, y que en el caso de la regulación negociada no es más que la mejora del medio ambiente a través de la regulación. Dicho de otra manera, regular no es un fin en sí mismo, es un medio para alcanzar determinadas calidades que interfieran en un interés colectivo, que aquí es ambiental.

Una clasificación que nos parece aún más útil que la establecida según los criterios de intervención administrativa nos parece aquella en que se dividen los convenios voluntarios en diferentes categorías en atención al propósito que intentan conseguir.

Así, CROCI y PESARO entienden que existen los siguientes acuerdos voluntarios en relación con la regulación:

- a) sustitutivos de la regulación,
- b) integrativos de la regulación,
- c) anticipatorios de la regulación y
- d) aplicativos de la regulación.

Los primeros reemplazan a las normas ambientales; los segundos se unen a ella para mejorar los resultados a conseguir con las normas; los terceros, como su propio nombre indica, se adelantan a una casi segura regulación unilateral administrativa, previendo costes de aplicación y preparando a las empresas para el futuro; los cuar-

tos, al fin, suelen estar previstos por la norma misma, ejecutando o desarrollando algunos de sus preceptos.

Nos parece mucho más efectiva esta clasificación pues tiene efectos didácticos claves: primero, es aplicable a todos los países y convenios (entre ellos a España); segundo, no prejuzga la naturaleza jurídica de los mismos (algo que sí sucede con al clasificación antes citada, donde, por ejemplo, se excluyen algunos convenios del régimen de los acuerdos voluntarios), y tercero, por lo que supone de confrontación comparativa con el gran paradigma de la política ambiental clásica: la regulación, el “command and control”, las sanciones.

A nadie escapa el hecho de que las principales suspicacias que levanta el empleo de los acuerdos voluntarios son, propiamente, aquéllas que la herencia del Derecho Administrativo ha dejado en la regulación: la igualdad, la tutela de los intereses colectivos, la uniformidad y aplicación general de las disposiciones administrativas y las leyes, las potestades administrativas ejercibles en los reglamentos, etc.<sup>1127</sup> En Italia, es opinión casi unánime de la doctrina cifrar el aumento en el uso de los acuerdos voluntarios en lo puntillosa e hipertrofiada regulación ambiental<sup>1128</sup>. En

1127 A la vista de lo cual no resulta una afirmación arriesgada considerar que posiblemente el Derecho ambiental, por las características especiales de su objeto, puede no ser ya regulable con los instrumentos normativos de la pandectística jurídica: la mutación que en su seno han sufrido conceptos *a priori* inmutables como propiedad, sujeto público, derecho subjetivo, ley o interés público hacen del derecho Ambiental una avanzada del futuro derecho, una “sonda en la Teoría general de la ciencia jurídica”, en palabras de SPANTIGATI, F., *Le categorie giuridiche necessarie per lo studio del diritto dell'ambiente*, en *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, Giuffrè Editore, 1.999, n.º 2, pág. 236. También Vid. LACAVALA, C., *Amministrazione autoritativa...*, *opus cit.*, pág. 145, quien adjudica al Derecho ambiental el factor acelerativo de las tendencias evolutivas que caracterizarán el actuar administrativo del futuro. Por otro lado, nos parece acertada la distinción que realiza POSTIGLIONE, A., *Informazione, educazione e formazione per l'ambiente*, en *Enti locali e ambiente: atti del Convegno di Verona, 15-17 Aprile 1.983*, Cedam, Padova, 1.985, pág., 305, donde distingue, dentro del Derecho ambiental, entre el “derecho del ambiente” (como rama del derecho objetivo) y el “derecho al ambiente” (como derecho subjetivo). Cuando hablamos de acuerdo voluntarios y de instrumentos de política ambiental en general, nos estamos refiriendo al derecho al ambiente, al derecho a un medio ambiente más adecuado, a disfrutar por todos los ciudadanos por medio de la mejora obtenible, en este caso, a través de pactos entre particulares y Administraciones.

1128 El profesor CARAVITA, B., *Buon andamento ed efficienza dell'amministrazione o buon andamento ed efficienza dell'ordinamento?*, *Sez. Giurisprudenza e Note*, en *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, Giuffrè Editore, 1.994, n.º 2, pág. 246, se hace eco de la necesidad ya patente a mediados de los años 90 de purificar el ordenamiento de las numerosísimas contradicciones que se han sedimentado en años de “caótica y aluvial legislación ambiental”. Pero para conjurar que una proposición desiderativa de tal tipo pueda quedar en un mero *flatus vocis*, anuda la solución al art. 97 de la Constitución italiana, en el que se dice que “Los servicios públicos se organizarán según las disposiciones de la ley, de forma que se garanticen el buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración”. A pesar de que tradicionalmente la jurisprudencia ha entendido que dicho precepto va dirigido exclusivamente frente a la Administración, para que introduzca criterios de racionalidad y eficiencia en su actuar, este autor realiza una interpretación progresiva entendiendo que le sería igualmente aplicable al Legislador y al Ordenamiento en su conjunto. Con ello intenta convertir en aspiración jurídica el deseo por todos sentido de coordinar y adelgazar el sistema normativo de derecho ambiental en Italia. Vid. también, del mismo autor, CARAVITA, B., *Dieci mosse per il governo dell'ambiente*, en *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, Giuffrè Editore, 1.996, n.º 3/4, pág. 416, sobre la necesidad de introducir instrumentos de mercado en sustitución de la legislación o de las sanciones. En otro sentido, MILLIZIA, P., y TAMBORRA, M. L., *Legal Framework of environmental Agreements...*, *opus cit.*, pág. 8. Estas autoras consideran que la burocracia administrativa representa con mucho una amenaza mayor que la que pueda derivarse del

esta obra veremos cómo esta oposición es en gran parte ficticia y simbólica, demostrando que el uso de los acuerdos voluntarios no está reñido con las grandes ventajas que la regulación ha demostrado, y que, al contrario, su uso supone un mayor refinamiento en las políticas ambientales, otorgando una mayor flexibilidad a las normas, pero no acabando con ellas.

La flexibilidad ha sido alabada por la mayoría de los autores como una de las principales virtudes de los acuerdos voluntarios en Italia, a diferencia de lo que ocurre con los instrumentos legislativos o incluso económicos<sup>1129</sup>. Junto a ella, la posibilidad de extender su vigencia en el tiempo de manera continuada, al socaire de los vaivenes legislativos o de política ambiental –en el sentido peyorativo del término– se perfila como otra de las grandes ventajas de esta herramienta. Una ventaja más puede estar en la posibilidad de que determinados acuerdos voluntarios se conviertan, con el tiempo, en una legislación para todo el sector industrial. Por ejemplo, puede ser el caso del acuerdo Agip, según ha señalado el Ministerio de Medio Ambiente italiano, al estilo de lo que ha ocurrido también en España en algún caso<sup>1130</sup>.

incumplimiento de los estándares y controles al uso: las pequeñas sanciones en que incurren las empresas por incumplimiento de algunos trámites administrativos si importancia parecen ser una enorme traba en el correcto funcionamiento ambiental de la empresa. Y si bien el uso de acuerdos voluntarios sustitutivos de la legislación ambiental es un tema espinoso sobre el que existen aún ciertas reticencias en Italia, no lo es tanto la tendencia doctrinal a moderar las virtudes –hasta hace algunos años consideradas absolutas– del tradicional sistema de política ambiental basado en la técnica de “command and control”. Las desventajas que se suelen achacar a estos sistemas de control son su escasa flexibilidad y eficiencia y las cortapisas que impone a la libre competencia y al desarrollo tecnológico. En una Conferencia sobre Derecho Ambiental común en la UE, se llegó a la conclusión de dar entrada paulatinamente a los instrumentos llamados indirectos, según la nueva filosofía comunitaria del “work together”, inspirados en el principio de desarrollo sostenible expresado en la Conferencia de Río de Janeiro de 1.992 y basados en otorgar posibilidades de autorregulación a las empresas y en delegar en el juego del mercado el grado de flexibilidad y eficiencia de los logros ambientales. El problema –se ha estimado– consistiría encontrar el justo balance entre la utilización de los instrumentos tradicionales y la introducción de estos instrumentos de control indirecto. Vid., MONTINI, M., y SEERDEN, R., *Verso uno ius commune ambientale? Note a margine della Conferenza dell'Università di Maastricht sul diritto ambientale comparato nell'Unione europea*, en *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, Giuffrè Editore, 1.998, págs. 163 y 164 y LANDI, G., *Strumenti finanziari per l'ambiente*, en *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, Giuffrè Editore, 1.999, n.º. 3/4, pág. 567.

<sup>1129</sup> Vid. CROCI, E. y PESARO, G., *Voluntary Agreements in the Environmental Sector...*, *opus cit.*, pág. 23.

<sup>1130</sup> El 9 de octubre de 1.992, el Presidente de la Comisión de medio ambiente de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (C.E.O.E.) expuso al entonces Secretario de Estado para las políticas de Agua y medio ambiente “una propuesta para la gestión de los residuos de envases y embalajes contenidos en los residuos sólidos urbanos”. En ese proyecto se partía de la base de un gran acuerdo voluntario suscrito entre las Administraciones Públicas afectadas (Ministerios, CC.AA. y Federación Española de Municipios y Provincias) y las “Organizaciones Nacionales involucradas” mediante el que se instauraba un sistema de gestión de envases y residuos de envases usados. Los trabajos se avanzaron bastante, llegándose a constituir una Comisión al efecto. En 1.994, ésta abandonó la idea del acuerdo voluntario una vez que en el seno de la UE. se aprobó definitivamente la Directiva 94/62/CE, que ineludiblemente obligaría a España a transponer normativamente la postura comunitaria. De todas formas, los estudios sobre el Acuerdo voluntario desarrollados sirvieron de base a los Sistemas integrados de gestión de envases que se insertan en la Ley de envases de 1.997 (POVEDA GÓMEZ, P., *Envases y residuos de Envases*, Nueva Legislación, Exlibris, S.L. 1.997, págs. 78 y 79).

El debate en torno a los convenios o acuerdos ambientales no debe plantearse como una dialéctica frente a la regulación, como hacen la mayoría de los autores<sup>1131</sup>, sino como una evolución<sup>1132</sup>, un complemento, un nuevo modo de hacer política en el medio ambiente<sup>1133</sup>, a lo más como una alternativa en algún caso concreto.

Por otra parte, entre los inconvenientes que se han achacado a los acuerdos voluntarios en Italia, están los propios ya comentados (ausencia de mecanismos de control y garantías de cumplimiento) más los generales que se exponen en toda la doctrina europea en general (peligro de colusión cuando pactan grandes empresas<sup>1134</sup>, miedo de los consumidores y asociaciones ecologistas a una especie de captura del legislador<sup>1135</sup> o de la Administración, problema que entronca con el dogma de la indisponibilidad de las potestades administrativas, etc.).

Una buena distinción –que no aclaran, por cierto– es la que establecen CROCI y PESARO al diferenciar “compromiso” de “consenso” al pasar de la regulación pac-

1131 Son legión aquellos autores que comienzan sus estudios sobre los acuerdos voluntarios haciendo alusión a la confrontación entre las políticas clásicas de “command and control” y los acuerdos voluntarios, como un nuevo estadio en la actuación administrativa, ignorando que justamente por clásica, la administración por medio de disposiciones y sanciones ambientales probablemente no desaparecerá nunca. Hasta ahora, los acuerdos voluntarios se han demostrado más eficaces como complemento de la actividad normativa de las Administraciones y Parlamentos que como instrumento de elección en el mismo plano que aquella. Vid. AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE, La Efectividad de los Acuerdos Ambientales, *opus cit.*, pág. 14 y 15.

1132 Por ejemplo, LACAVALLO, para quien se ha producido una “evolución gradual” desde un modelo unilateral-autoritario a un modelo tendencialmente participativo y negocial de ejercicio del poder administrativo. Vid. LACAVALLO, C., *Amministrazione autoritativa...*, *opus cit.*, pág. 144.

1133 CROCI, E. y PESARO, G., *Voluntary Agreements in the Environmental Sector...*, *opus cit.*, pág. 27.

1134 En este sentido, Cfr GERELLI, E., *Società post-industriale...*, *opus cit.*, pág. 135, para quien este punto es una de las principales desventajas de los acuerdos voluntarios, en la medida que les resta credibilidad de cara al público. Para evitarlo propone un procedimiento de negociación totalmente transparente, en el que se invite a asociaciones ambientales o de consumidores como testigos de los acuerdos alcanzados. BORGINI, S. y RANGHIERI, F., *La credibilità delle informazioni ambientali*, en Rivista Giudica dell'ambiente, Giuffrè Editore, 1.991, n.º. 1, pág. 165, ya ponían de manifiesto la importancia de otorgar incentivos a las empresas para que informaran periódicamente a la ciudadanía de su relación con el medio ambiente. La base del éxito y del fracaso de estos informes se cifra en su voluntariedad, lo que hace que en algunas compañías tal cosa se realice seriamente, con auditores externos y en otras de manera más informal y de peor calidad. En parecido sentido, PESARO, G., en la obra colectiva *Nuovi strumenti di politica ambientale*, *opus cit.*, pág. 184, pone de relieve la carencia de legitimidad social que tienen muchas veces los procesos de negociación para la celebración de acuerdos voluntarios, al tratarse de conversaciones que, por estar insertas en un contexto informal, están muy alejadas de las vías democráticas de las políticas ambientales clásicas, donde la ley o los reglamentos son sancionados por los poderes democráticos. Es por ello por lo que a esta autora le parece necesaria una cierta reforma en el modo de suscribir acuerdos voluntarios en Italia: sería necesario que la normativa preestableciera al menos algunas pautas comunes irrenunciables del contenido mínimo de estos acuerdos, con lo que se reconducirían a la legalidad los excesos informales de las negociaciones, sin que ello supusiera merma alguna para las virtudes más aplaudidas de este tipo de instrumentos de política ambiental, o sea, su flexibilidad y eficacia (pág. 184). En este sentido, SALVIA, F., *Gli Strumenti della Tutela ambientale*, *opus cit.*, pág. 219 confiere a la Ley 241/1.990 el mérito de reducir el ámbito de la discrecionalidad administrativa en el campo ambiental al introducir ciertos automatismos en los procedimientos.

1135 CROCI, E. y PESARO, G., *Voluntary Agreements in the Environmental Sector...*, *opus cit.*, pág. 25.

cionada a los acuerdos voluntarios<sup>1136</sup>. Nosotros hemos entendido esta diferenciación de la siguiente manera: en el primer caso emerge una especie de obligación autoimpuesta por la Administración, quien bien podría haber acabado regulando la materia unilateralmente en ejercicio de su potestad reglamentaria, pero que cede, realiza una concesión a las empresas, dejándolas entrar en la más sacrosanta materialización de la *potestas* administrativa. Por el contrario, cuando se llega a un acuerdo voluntario, ambas partes parten de una posición de igualdad y el acuerdo responde más a una necesidad sentida de ambas partes que a un impulso por parte de la Administración<sup>1137</sup>. Se trata de una distinción lábil, como todas las que manejamos en este sentido, pero que puede sernos útil a la hora de enfrentarnos a la ingente tarea de definir el régimen jurídico y la naturaleza de los acuerdos voluntarios.

También puede ocurrir que una empresa respete todos los cánones de emisiones a la atmósfera y vertidos regulados en la normativa vigente en un momento determinado, pero que a pesar de ello esté contaminando de hecho su entorno. En estos casos, en principio, nada cabría hacer por parte de la Administración, que no puede ir más allá de lo por ella o por el Parlamento estatuido<sup>1138</sup>. **Pero es en estas circunstancias cuando los acuerdos ambientales demuestran su carácter óptimo, el de servir de complemento de la legislación, estableciendo unos estándares más rígidos para la empresa que aquéllos susceptibles de aplicación por deducción normativa.** Claro está que no son muchas las industrias sensibilizadas verdaderamente con el medio ambiente, a las que no les baste en conciencia con el mero cumplimiento de la legalidad si en algo están afectando al medio ambiente. Por ello, este tipo de acuerdos requieren de un prerequisite con dos opciones alternativas: o bien que exista este grado supremo de sensibilidad ambiental en la empresa<sup>1139</sup>, que la lleve a suscribir un acuerdo o bien que, en su defecto, la Administración sepa fomentar la firma del acuerdo con beneficios suficientes.

<sup>1136</sup> *Ibidem*, pág. 14.

<sup>1137</sup> PUBUSA, A., *Procedimento amministrativo e interessi sociali*, en Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Pubblico della Università di Cagliari, Giappichelli Editore, Torino, 1.988, pág. 205 se muestra decididamente a favor de introducir módulos contractuales dentro del procedimiento administrativo. En su opinión, aunque la Administración puede siempre resolver unilateralmente un procedimiento, debería usarlo solamente allí donde se requiera un ejercicio de autoridad; esto es, allí donde las partes tengan intereses contrapuestos a los de la Administración, y no, por tanto, cuando éstas tengan una función idéntica.

<sup>1138</sup> En España existen preceptos encaminados a corregir estas disfunciones entre la realidad y la norma, otorgando la potestad a una autoridad superior para suspender o prohibir la actividad de una industria materialmente negativa para el medio, aun cuando cumpla las condiciones prefijadas en las autorizaciones administrativas. Por ejemplo, el art. 95 de la Ley 29/1.985, de 2 de agosto, de Aguas.

<sup>1139</sup> La auténtica sensibilidad ambiental de una empresa no tiene ni mucho menos que proyectarse de cara a la sociedad a través de acuerdos voluntarios, ya que en éstos la industria suele perseguir un interés egoísta como fin primordial. En cambio, existen casos en que la empresa está realmente preocupada por el impacto que su actividad puede causar al medio ambiente y no aspira a rentabilizar esa amenaza pidiendo subvenciones o pactando con la Administración: son casos en los que se comprometen a seguir códigos de buenas prácticas ambientales por ella

Esto fue exactamente lo que ocurrió en el *Protocollo d'Intesa* celebrado entre el Ayuntamiento de Fusignano (Ravenna) y la empresa C.M. Manzoni. En este caso, el acuerdo además era deseable en la medida en que el mantenimiento de la actividad empresarial era condición *sine qua non* para el Ayuntamiento, dada la importancia estratégica de la misma en el tejido laboral y económico de la localidad. También se prevé en este acuerdo voluntario la adopción de medidas para el otorgamiento simplificado de futuras autorizaciones de vertidos y de obras tendentes a reducir el impacto ambiental de las medidas a tomar en aplicación del acuerdo.

Existen también acuerdos en los que se precisa la asistencia técnica de alguna entidad pública o privada que permita un uso racional de las nuevas tecnologías. Un ejemplo de este tipo de acuerdos es el firmado entre la Universidad de Bolonia (Departamento de Química industrial y de Materiales), el A.R.P.A. y la empresa *Ambiente S.p.A. Cementificio di Ravenna*. En el acuerdo también está representada el A.R.P.A.

Los instrumentos voluntarios han sido colocados por SEGRE y DANSERO dentro de la tercera generación de instrumentos ambientales, detrás de los instrumentos normativos y de los económicos<sup>1140</sup>. Para estos autores, suponen un comportamiento "proactivo" por parte de las empresas, muchas de las cuales ven en estos instrumentos una forma ideal de adelantarse a la legislación ambiental, de modo que anticipan los nuevos estándares más restrictivos, ganando tiempo frente a sus competidores en el sector. Lo que olvidan estos autores es que existen acuerdos de este tipo de carácter sectorial, en que todo un ramo de la industria firma un acuerdo común, en el que desaparece, lógicamente, esta finalidad, y en los que priman otras intenciones (modernización, acercamiento a la sociedad, conciencia ambiental de las empresas, etc.). Recalcan estos autores que, pese al carácter voluntario de la adhesión al convenio o pacto, las empresas e industrias suelen moverse, en el fondo, por motivos de presión de los consumidores<sup>1141</sup>.

\*\*\*\*\*

misma redactados o en que directamente actúan en beneficio de la sociedad. Esto último fue lo que sucedió en el caso Montefalcone: la compañía SNAM, inserta en el grupo E.N.I. y encargada del suministro, transporte y distribución del gas natural, buscaba una localización adecuada en la costa italiana para establecer una planta regasificadora. A pesar de que la normativa de Evaluación de Impacto Ambiental italiana sólo exige contar con la opinión de los afectados una vez efectuada la evaluación, la empresa procedió inmediatamente a abrir un período de consultas, audiencias y comunicaciones con los ciudadanos del pueblo de Montefalcone, donde se ubicaría la planta. Tanta fue la confianza depositada en la opinión de los ciudadanos, que éstos, mediante referéndum abrogatorio celebrado en septiembre de 1.996, denegaron el proyecto y la planta no fue finalmente instalada. Vid. DEL FURIA, L. y WALLACE-JONES, J., *The Effectiveness of Provisions and Quality of Practices concerning Public Participation in the EIA Procedures in Italy and the UK*, Paper presentado en la Fondazione Eni Enrico Mattei, junio 1.998, pág. 13.

<sup>1140</sup> Ibidem, pág. 142.

<sup>1141</sup> Ibidem., pág. 142.

Estos autores establecen cuatro tipos diferentes de instrumentos voluntarios:

1. **El balance ecológico:** consiste en una gestión integrada de la empresa desde el punto de vista ambiental, de manera que el medio ambiente se convierte en una “variable estratégica” de la empresa, que, como tal, necesita de un propio sistema de gestión<sup>1142</sup>. El concepto de balance ecológico es un tanto impreciso, pero se apoya en la llamada ecoeficiencia, que no es más que un criterio rector de la política empresarial a la que deben tender los operadores que actúan en el mercado, y que supondría un compromiso por parte de los mismos de poner en manos de los consumidores productos que satisfagan sus necesidades de calidad de vida, pero añadiendo también en el proceso un cuidado especial por la faceta verde, siempre en atención a los criterios de carga máxima de contaminación que podría soportar un entorno concreto singularmente considerado. Este instrumento se puede concretar en sistemas normativos de adhesión voluntaria como la ecoetiqueta y la ecoauditoría sumadas, ya que cada una de ellas por separado sólo tendría en cuenta una parte separada de la producción empresarial. O también en los sistemas de gestión integrada de la calidad (normas ISO), que ponen cuidado en la faceta ambiental de todo el funcionamiento de la empresa, desde aspectos tan profanos como los papeles o bombillas usados en las oficinas hasta otros más clásicos, como los residuos y su depuración, reutilización o reciclaje.

2. **El ecobalance:** hace referencia a un método de control del producto que engloba desde la extracción de la materia prima necesaria para producirlo hasta su muerte, desaparición o renovación. Se trata pues de sistemas que en la cultura ambiental anglosajona se conocen con la expresión “*from cradle to grave*” (de la cuna a la tumba). La ecoetiqueta europea instituida por el Reglamento 880/1.992 es uno de los mejores exponentes de esta índole de mecanismos protectores del Ambiente. Las marcas ambientales o ecoetiquetas han sido una aspiración constante en la política ambiental europea, desde que en 1.977 Alemania instituyera su famoso “*Blaue Engel*” (Ángel azul), hasta hoy día, en que se tiende a que cada país de erija como líder de una clase concreta de productos, para los cuales se encargaría de establecer los criterios de calidad ambiental en el ámbito europeo<sup>1143</sup>. La ecoetiqueta no deja de ser un sistema de proteccionismo ambiental frente a productos de países extra-comunitarios, de menos calidad ambiental y, generalmente, de menor precio.

<sup>1142</sup> Vid. SEGRE, A. y DANSERO, E., *Politiche per l'Ambiente*, Utet Libreria, Torino, 1.996, pág. 143.

<sup>1143</sup> Así, verbigracia, Francia lidera la ecoetiqueta en productos como las pilas, barnices, cosméticos o champúes; Italia en embalajes, frigoríficos y congeladores o baldosas cerámicas; el Reino Unido en bombillas, fertilizantes, productos de limpieza o desodorantes, etc. Fuente, ENEA, 1.994, pág. 15, en SEGRE y DANSERO, *Politiche per l'Ambiente, opus cit.*, pág. 148.

3. **El balance ambiental**, que se diferencia del balance ecológico en que mientras éste introduce la gestión “verde” de la empresa en su generalidad, asumiendo ésta el cuidado del medio ambiente como política de empresa, aquél supone la entrada de la tutela del ambiente en el centro concreto de la empresa. La ecoauditoría es la herramienta más importante en este instrumento, y en Italia ha sido asumida, entre otras, por grandes empresas como Fiat, Montecatini, Ibm Semea, Ciba o 3M, pero plantea problemas para las PYMEs, en la medida en que implica una alta onerosidad que difícilmente puede soportar este tipo de empresas. Por el contrario, la Ecoauditoría se construye sobre la base de una relación voluntaria entre la empresa y la Administración, que se establece a través de un pacto o convenio por medio del cual el Ente público chequea el estado ambiental de la empresa y ésta se compromete a adoptar un programa de mejora ambiental constante de su gestión (recursos usados, energía gastada, eficacia laboral, aspectos organizativos, ergonomía, etc.). Este acuerdo se renovará o modificará en el tiempo para adaptar los progresos o defectos ambientales de la empresa a los objetivos ciertos marcados por la Administración. Es el instrumento típico incentivador por excelencia de las Administraciones para con la empresa<sup>1144</sup>, que la empuja a un compromiso personal de calidad ambiental y que supone, además, una toma de conciencia sobre la importancia de la opinión de la sociedad en que se inserta la empresa, a la que deberán rendir periódicamente cuentas de sus progresos en este campo.

4. **Los acuerdos voluntarios**, que constituyen el objeto de estudio estricto de nuestro estudio. Para SEGRE y DANSERO son una especie de contratos<sup>1145</sup> entre una compañía, un grupo de compañías o un entero sector industrial y la autoridad nacional o regional, en el que las empresas asumen el empeño de conseguir en un tiempo prefijado los objetivos ambientales determinados, ya sea en un sentido cualitativo o cuantitativo, y en el que la Administración se abstiene de reglamentar la materia hasta que la empresa demuestra haberse atemperado a los acuerdos celebrados<sup>1146</sup>. Algunas de las razones que estos autores exponen para entender la decidi-

<sup>1144</sup> Decimos que es el más importante instrumento típico voluntario de protección ambiental, pues existen otros, los acuerdos ambientales, generalmente atípicos que cobran cada día más auge en EE.UU. y Europa.

<sup>1145</sup> Nada dicen sobre qué tipo de contratos son. Vid. SEGRE y DANSERO, *Politiche per l'Ambiente, opus cit.*, pág. 151. Idéntico calificativo usa.

<sup>1146</sup> Definición dada por FUMAGALLI, S., *Industria e Ambiente: la forza degli accordi volontari*, en *Ambiente*, n.º 53, 1.994, citado por SEGRE y DANSERO, *Politiche per l'Ambiente, opus cit.*, pág. 151. Nuestra crítica no puede ir por otro camino que por el de afirmar la capacidad de las Administraciones locales de firmar acuerdos ambientales. Esta posibilidad es, además, una de las más usadas en Italia, donde los Ayuntamientos (*Comuni*) celebran convenios de colaboración (*Protocolli d'intesa* o *Convegni*) con empresas establecidas en su término municipal con la intención de reducir el impacto ambiental que su actividad provoca en la vida de los vecinos. Son, además, las Entidades locales las más sensibles y abiertas a la firma de convenios ambientales, pues es en su entorno donde más se sufre la contaminación, por razones obvias de proximidad geográfica. La cercanía entre centro de poder y contaminación propicia una mayor concienciación de las autoridades acerca de los problemas ambientales.

da apuesta por estos instrumentos son: la rigidez de las herramientas normativas, los costes administrativos ligados a las mismas y la incertidumbre intrínseca que acompaña a los instrumentos económicos, con los que los acuerdos voluntarios comparan los mecanismos de incentivación y fomento de la actuación empresarial, pero con menor control de los resultados en ellos por parte de la Administración. En Italia, FUMAGALLI cita como caso ejemplar y ejemplarizante el acuerdo FIAT sobre reducción de las emisiones de los vehículos y de las instalaciones<sup>1147</sup>. Entre las desventajas o inconvenientes que destacan SEGRE y DANSERO se encuentra una crítica bastante común a los acuerdos voluntarios en Italia y es la inexistencia de un sistema formal de sanciones, lo que hace probable los incumplimientos de los acuerdos. También cita el peligro de colusión entre el sector público y el privado, además de posibles efectos distorsionadores de la competencia.

## VI. ALGUNAS PECULIARIDADES DE LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN ITALIA

A ellas hemos ido aludiendo a lo largo de esta sección dedicada al derecho italiano (como, verbigracia, el usual extremismo en el tipo de empresas que los firman: o muy grandes y poderosas, individualmente consideradas, a escala nacional, o pequeñas y en grupo, a escala municipal). Hemos, sin embargo, citar otras peculiaridades que presentan los acuerdos voluntarios suscritos en Italia.

Por ejemplo, la variedad de agentes que aparecen en la parte industrial de los mismos: empresas singularmente consideradas, grupos de ellas (generalmente como consorcios) o asociaciones de comercio (que suelen ser las que, en el resto de Europa, suelen ocupar el primer puesto en número de acuerdos celebrados)<sup>1148</sup>.

<sup>1147</sup> Cita Fumagalli algunas de las ventajas que proporcionan los acuerdos voluntarios, y que cifra en una mayor eficiencia por la minimización que la adaptación de las medidas ambientales a la empresa le acarrea a ésta, en una mayor posibilidad de planificación a largo plazo por parte de la compañía y en la instauración de una relación de cooperación entre empresa y autoridad administrativa. Vid. FUMAGALLI, S., *Industria e Ambiente: la forza degli accordi volontari*, *opus cit.*, pág. 61.

<sup>1148</sup> Esta pluralidad de intereses revela que hemos pasado en poco tiempo de un tratamiento del medio ambiente como un concepto aislado e independiente, basado sobre técnicas y modos de protección puramente biológicos o científicos a una concepción del entorno como un ser complejo, absolutamente permeable a las influencias de los demás sectores de la política social y económica. Hasta tal extremo se ha llegado en esta conciencia de globalización y complejidad ambiental, que en muchos aspectos, economía y ambiente se solapan. En esta línea, PESARO, en la obra colectiva *Nuovi Strumenti di Politica ambientale*, *opus cit.*, pág. 178, afirma que hoy en día la política ambiental es ya capaz de afrontarse y configurarse a todos los efectos como política industrial. En el mismo sentido, véase también DELL'ANNO, P., *Funzioni e competenze nella vicenda energetico-ambientale e loro coordinamento, en Impianti energetici ed ambiente: profili giuridici: atti del convegno di studio tenuto in Stresa dal 7 al 9 maggio 1.987*,

A la especialidad ya comentada acerca de la existencia de una mayoría de acuerdos voluntarios que desarrollan o ejecutan la legislación nacional o comunitaria, y acerca de su objeto (en gran medida, materia de emisiones y tratamiento de residuos) se une otra característica propia de los acuerdos voluntarios italianos: suelen ser acuerdos que responden al esquema del fomento, como también sucede en España, como veremos en los capítulos séptimo y octavo.

Las ventajas, pues, no suelen ser como en otros países de la UE: el compromiso asumido por el Estado de dejar de regular un campo concreto de la actividad de determinadas empresas a cambio de que éstas mejoren de manera flexible sus estándares de calidad ambiental. Sino que la Administración procede a conceder apoyo económico (subvenciones), financiero (rebajas fiscales) o jurídico (simplificación de procedimientos administrativos, recalificación de terrenos o planificación administrativa *ad hoc*, como el caso de los Planes Regionales de Tratamiento de Residuos, que prevén la separación en origen de los residuos y actividades de reciclado).

Una última y preocupante especificidad de los acuerdos voluntarios en Italia es la reconocida carencia de mecanismos de control del incumplimiento por parte tanto de las Administraciones como de la parte empresarial, y, caso de existir, su insuficiencia para disuadir a las partes de un potencial incumplimiento del acuerdo<sup>1149</sup>: las sanciones no suelen estar permitidas y la institución de órganos mixtos o externos de evaluación es también escasa<sup>1150</sup>.

\*\*\*\*\*

Giuffrè Editore, Milano, 1.988, pág. 47y 53 y ss., donde parte de la inicial distinción entre función administrativa energética (que sitúa dentro de la económica) y función administrativa de tutela del medio ambiente, para acabar coordinándolas a través de la programación (recuérdese, por ejemplo, la Ley 305/1.989, de 28 de agosto, de programación trienal de la acción pública para la tutela del ambiente, en cuyos arts. 1, 3 y 4, 2 se prevé la integración de recursos públicos y privados), las convenciones interadministrativas y la Evaluación de impacto ambiental.

<sup>1149</sup> CROCI, E. y PESARO, G., *Voluntary Agreements in the Environmental Sector...*, *opus cit.*, pág. 19.

<sup>1150</sup> Igual crítica hace a los acuerdos italianos GERELLI, E., *Società post- industriale e Ambiente*, *opus cit.*, pág. 135, advirtiendo que no existen generalmente acuerdos ambientales que incluyan sistemas formales de sanciones en caso de falta de cumplimiento del mismo. Sin embargo –añade– este extremo se compensa con ciertas técnicas sancionadoras indirectas, como suelen ser la aprobación de reglamentaciones más restrictivas por parte de la Administración “burlada” en el acuerdo, podríamos decir. Como excepción podemos citar el acuerdo voluntario celebrado entre el consorcio Replastic y el Estado italiano para reciclar todos los residuos de envases plásticos, en que se prevé obligatoriamente por ley los objetivos y partes integrantes del mismo. El consorcio Replastic se extinguió en 1.997 con el establecimiento del C.O.N.A.I., el nuevo Consorcio Nacional de Envases, integrado por productores, usuarios y transformadores de envases, que tienen el encargo de velar por el reciclado de todos los materiales de envasado. De todas maneras, ese mismo carácter obligatorio ha motivado su ineficacia, lo que explicita a las claras la difícil coexistencia entre la laxitud jurídica y la voluntariedad que las empresas buscan al celebrar estos acuerdos y la necesidad de ciertos límites y garantías que constriñan un libre fluir de las partes en el acuerdo. Otra excepción la conforma el acuerdo voluntario firmado entre Agip y la Asociación de comercio del petróleo, que establece la creación de una entidad de monitorización de la calidad de la gasolina, órgano mixto compuesto por representantes del Ministerio de Medio Ambiente, por fabricantes de automóviles y empresas petroleras.

## VII. EL TRÁNSITO DE LOS INSTRUMENTOS DE *COMMAND AND CONTROL* A LAS TÉCNICAS PACCIONADAS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN ITALIA

D'ARGENTINE (en la Introducción a una obra de D'ANGELO), ha puesto de manifiesto la importante dialéctica que se da –cada vez menos afortunadamente– en la reciente política ambiental italiana, asentada sobre un sistema basado en el principio comunitario del “*command and control*”, cuyos instrumentos esenciales son las sanciones y el uso de la normativa para establecer vínculos, prohibiciones y métodos de control de carácter negativo o estático. Por otro lado, la UE ha avanzado en los últimos años novedosos métodos de protección y mejora ambiental, tales como los acuerdos voluntarios, la adhesión voluntaria a sistemas normativos de tutela o los instrumentos económicos, encaminados a una flexible utilización de la fiscalidad ambiental para corregir y fomentar conductas<sup>1151</sup>.

En particular, D'ANGELO distingue entre tres posibles instrumentos a aplicar por parte de los agentes administrativos.

- Instrumentos de regulación directa, asentados en las maneras clásicas de la Administración unilateral, como la potestad reglamentaria, la de inspección técnica o la sancionadora.
- Instrumentos económicos, que permiten una mayor flexibilidad, en la medida en que se aplican según criterios de mercado, como tasas, incentivos fiscales, derechos de emisión negociables, etc<sup>1152</sup>.

<sup>1151</sup> Vid. D'ARGENTINE, A. B., *Introducción a la obra de D'ANGELO, S., L'Ambiente tra sanzioni e strumenti volontari. Le Responsabilità penali e amministrative dell'Impresa a confronto con Ecolabel ed Ecoaudit*, Edit. Pirola. Impresa ambiente, 1.995, pág. 11. El autor habla del impacto que estos nuevos instrumentos está provocando en todos los países de la UE, que darán lugar, por ejemplo, al nacimiento de otras figuras desconocidas de responsabilidad o de nuevas bases para la delegación de funciones. LANDI, G., *Strumenti finanziari per l'ambiente*, en Rivista Giuridica dell'Ambiente, Giuffrè Editore, n.º. 3/4, 1.999, pág. 568 incluye los instrumentos voluntarios de protección del medio ambiente dentro del *genus* de los instrumentos económicos: su formación de economista y el hecho de que muchos de estos instrumentos se articulen sobre la base de subvenciones a otorgar a las empresas pueden haber influido en esa opinión. Nosotros veremos que los acuerdos voluntarios son algo más que una simple subvención condicionada, un negocio jurídico en el que las dos partes se comprometen a realizar contraprestaciones.

<sup>1152</sup> FONDERICO, F., *Ambiente e amministrazione in Italia*, en Rivista Giuridica dell'Ambiente, Giuffrè Editore, 1.997, págs. 453 y 454, y DELL'ANNO, P., *Manuale de diritto ambientale*, CEDAM, Padova, 1.998, pág. 201 y ss. incluyen dentro de los instrumentos económicos los sistemas de adhesión voluntaria Ecoaudit y Ecolabel.

• Instrumentos voluntarios, que, a su juicio, permiten plasmar en cada caso concreto los generales y preestablecidos instrumentos regulatorios o económicos<sup>1153</sup>. En nuestra opinión, no estamos aquí ante instrumentos puramente vicariales de aquellas dos clases sino que, en su acepción pura, suelen tener virtualidad, contenido y finalidad propias<sup>1154</sup>. Dentro de éstos, el autor incluye cuatro subcategorías: a). instrumentos negociados para afrontar situaciones de crisis; b). acuerdos voluntarios programáticos; c). permisos de contaminación negociables e d). instrumentos normativos de adhesión voluntaria (Ecoauditoría y Ecoetiqueta)<sup>1155</sup>.

Para D'ANGELO, la negociación ambiental se caracteriza por ser una herramienta a utilizar en situaciones de crisis ambiental, *ex post facto*, podríamos decir, cuando ya ha acaecido una catástrofe, y que tiene una doble finalidad: limitar la pena a imponer al responsable de la misma, y, sobre todo, reducir los daños objetivos ya causados en el entorno. En el primer extremo, la capacidad de maniobra de los poderes públicos, tanto en los procedimientos administrativos sancionadores, como en el procedimiento penal es reducidísima. Un poco mayor es la que existe en la adopción de medidas a tomar para rebajar los efectos del hecho ambientalmente negativo ya ocurrido.

Los acuerdos voluntarios programáticos son instrumentos ambientales concordados entre Administraciones Públicas y particulares o bien entre sujetos públicos exclusivamente, jerárquicamente relacionados o no. Entre las previsiones legislativas que permiten celebrar estos acuerdos entre sujetos administrativos están: el art. 24 de la Ley 142/1.990 (sobre la Autonomía Local, ya citada), que usa esta fórmula paccionada para consentir que municipios y provincias puedan planificar servicios y funciones comunes; el art. 25 de la misma Ley, referente a consorcios entre ambas Administraciones con igual sentido; el art. 23 de la Ley 394/1.991, de 6 de diciembre, Ley-Cuadro sobre Áreas Protegidas, donde se determina la constitución de consorcios obligatorios entre Entes locales para la gestión de Parques públicos (aquí el

\*\*\*\*\*  
<sup>1153</sup> Los instrumentos voluntarios entran dentro de la gran categoría de los instrumentos paccionados o negociados, y que sustancialmente suponen un plus de protección para el medio ambiente más allá de concretas obligaciones establecidas por las normas: Es por ello por lo que algún autor considera que este tipo de herramientas sirven para que las empresas obtengan resultados de "excelencia ecológica" (Vid. FONDERICO., F., *Ambiente e amministrazione in Italia*, en Rivista Giuridica dell'Ambiente, Ciuffrè Editore, 1.997, pág. 660).

<sup>1154</sup> D'ANGELO, S., *L'Ambiente tra sanzioni e strumenti volontari. Le Responsabilità penali e amministrative dell'Impresa a confronto con Ecolabel ed Ecoaudit*, opus cit., pág. 113.

<sup>1155</sup> *Ibidem*, pág. 114.

matiz de la voluntariedad claudica un tanto<sup>1156</sup>); el art. 11 de la Ley 183/1.989, de 18 de mayo, sobre la Ordenación organizativa y funcional de la Defensa del Suelo, que instituye Acuerdos de Programa; art. 8 de la Ley 349/1.986, de Creación del Ministerio de Medio Ambiente, donde se recoge la posibilidad de que puedan suscribirse convenios con entes, institutos de Investigación y/o Universidades cuyos servicios de asesoramiento técnico-ambiental sean requeridos por el Ministerio<sup>1157</sup>. Por último, la pactación entre sujetos públicos puede realizarse a través de Acuerdos de Programas ("Accordi di Programma"), figura recogida en el art. 27 de la citada Ley 142/1.990, susceptibles de ser celebrados entre entes estatales y locales. Aun así, la aportación más importante a los convenios administrativos ambientales, como a todos los convenios administrativos en general, es el art. 11 de la Ley 241/1.990, sobre nuevas Normas en Materia de Procedimiento administrativo y Derecho de Acceso a los Documentos administrativos.

Respecto a los acuerdos voluntarios suscritos entre Administraciones y empresa/s o sectores de ellas, considera D'ANGELO que la práctica distingue entre aquellos casos en que la Administración es estatal o periférica y según que el acuerdo se dé antes o después de una normativa ambiental más restrictiva. Si se suscribiera antes de esa legislación, supondría que el acuerdo tendría la función de programar para el caso concreto el régimen de intervención ambiental pública y los costes a afrontar por la Administración en cuanto al control de la actividad empresarial. Si se concretase *a posteriori*, la actividad administrativa tendría como objetivo la concreción normativa para la empresa. Y si con una autoridad central, el acuerdo suele suponer

1156 No es raro el recurso a los consorcios obligatorios para tutelar algunos aspectos del Medio, como atestigua la existencia del Consorcio de los aceites usados, del de los plásticos y del de las pilas y acumuladores gastados, por ejemplo. Un ejemplo de consorcio obligatorio con implicaciones ambientales es el recogido en el artículo 3 de la Ley 10/1.991, para la Actuación del Plan Energético nacional en materia de utilización racional de la energía, de ahorro energético y de desarrollo de las fuentes renovables. Allí se recoge la imposición de celebrar un acuerdo de programa entre el Ministerio de Industria, Comercio y Artesanía (M.I.C.A.) y el E.N.E.A. (Ente público para las nuevas tecnologías, la energía y el ambiente). Se trata, pues, de un acuerdo no voluntario e interadministrativo, que, por lo tanto, escapa del objeto de nuestra investigación, pero que es digno de mención porque posee una estructura muy similar a la de los acuerdos voluntarios entre particulares y Administraciones: se citan obligaciones por las dos partes, objetivos, modos de reforma, se establecen sistemas de control y monitorización, etc. a grandes rasgos, el E.N.E.A. se compromete a asistir técnicamente al Ministerio, realizando labores de tratamiento de datos, apoyo tecnológico, realización de planes, etc. a cambio de concretas sumas de dinero (380 millones de liras para el quinquenio 1.991-1.995, de los cuales 260 a pagar por el Estado y previstos en la Ley y 50 a pagar por el Ministerio). El acuerdo fue suscrito el 2 de abril de 1.992, tiene validez trienal y es renovable tácitamente de año en año. Vid. *RISPARMIO ENERGETICO. L'accordo di programma MICA-ENEA*, Supplemento al n.º 32 de la Revista Ambiente, CEEP editore, sección "I documenti", páginas 1-4, julio 1.992.

1157 Por medio del D.P.R. de 3 de diciembre de 1.999, n. 549, sobre normas de organización de las estructuras de nivel dirigenal general del Ministerio de Medio Ambiente, se ha atribuido la promoción de acuerdos voluntarios con el objetivo del desarrollo sostenible al Servicio para el Desarrollo sostenible (art. 4.1.g), y al Servicio de contaminación atmosférica y de riesgos industriales la actividad de ayuda a esas actividades mediante la promoción de acuerdos voluntarios (art. 7.1, i)

la gestión de la normativa estatal a escala local<sup>1158</sup>. No acierta bien el autor a esclarecer las consecuencias que, en sede de responsabilidad administrativa, supondría para la empresa firmante el incumplimiento del pacto, pues se limita a entender que implicaría un mero incremento cuantitativo o agravación de la que ya de por sí le sería aplicable si no existiera el acuerdo, siempre en el caso de que del incumplimiento del acuerdo derive un daño ambiental. Se ventila a la ligera la cuestión pues nada se dice acerca del régimen de la responsabilidad en sí, su carácter, si existe o no un régimen diferenciado al margen del contractual, o si es extracontractual, sujetos capacitados para exigirla, etc.

Para este autor, el incumplimiento del acuerdo voluntario por la empresa podría determinar la imposición de los siguientes tipos de sanciones por parte de la Administración:

- sanciones más gravosas para el incumplimiento de acuerdos voluntarios que las propias causadas al ambiente;
- controles más restrictivos e incluso “sanciones fiscales” para la actividad empresarial;
- puede adelantar la Administración la aplicación de normativa más restrictiva. No está muy claro lo que quiere decirse con este tercer punto, pero con él parece quererse hacer referencia a la amenaza a la que sujetan algunas Administraciones la ruptura del pacto, que aprueban normativa unilateral –reglamentos– más restrictivos a aplicar al sector industrial que incumplió el acuerdo.

Dentro de los acuerdos voluntarios también incluye D’ANGELO los permisos de contaminación negociables, de origen puramente norteamericano, y aún no aplicados en Europa continental. Respecto a los instrumentos normativos de adhesión voluntaria, podemos citar la Ecoetiqueta y la Ecoauditoría<sup>1159</sup>.

No deja de ser desesperanzador que las medidas voluntarias no logren ser planificadas de manera internacional. Sólo en la medida en que los países se pongan de

<sup>1158</sup> D’ANGELO, S., *L’Ambiente tra sanzioni e strumenti volontari. Le Responsabilità penali e amministrative dell’Impresa a confronto con Ecolabel ed Ecoaudit...*, opus cit., pág. 117.

<sup>1159</sup> Respecto de la ecoauditoría (EMAS) considera que se concitan dos partes: una parte puramente privada, pues supone, en esencia, un negocio jurídico unilateral recepticio de contenido patrimonial, en el que la verificación técnica de las condiciones a cumplir por la empresa está anexa al procedimiento de adhesión a la auditoría. La parte pública se da en un segundo momento, cuando la Administración se encarga, con un ámbito de discrecionalidad patente, de cualificar el cumplimiento de los requisitos exigidos, pudiendo dejar en suspenso o expulsar a la empresa del sistema.

acuerdo en las medidas, plazos y objetivos a conseguir en el campo ambiental, podremos hablar de auténtico éxito: la posible eficacia de los acuerdos ambientales quedará siempre mermada cuando se consiguen solamente éxitos parciales en diferentes regiones, pueblos o ciudades de Europa o del mundo. Lo ideal, ha dicho GERELLI, es la intervención global, tomándose, como no podría ser de otro modo, medidas ambientales generales para problemas que son comunes<sup>1160</sup>.

Dentro de los autores que no recurren convencionalmente a esta ficticia oposición, están, verbigracia, SEGRE y DANSERO, para quienes la política del “*command and control*” sigue vigente en la actual planificación ambiental en Italia, hasta el punto de que hablan de que es un “prerrequisito irrenunciable de cualquier política ambiental”, si bien compartiendo protagonismo, cada vez más, con otras herramientas tendentes a la búsqueda de mayor flexibilidad (pág. 135)<sup>1161</sup>.

Las herramientas regulativas siguen siendo las reinas de la política ambiental, por mucho que se quiera esconder esta realidad. Estos instrumentos regulativos se incluyen dentro de las acciones de mando y control, junto a sistemas de control o monitorización y a las eventuales sanciones que se puedan imponer. Pero en esta línea de matización y relativismo en la que queremos incidir, y en la que debe moverse necesariamente nuestra tesis, no deja de ser verídico que la regulación ambiental puede ganar en flexibilidad dando entrada en la elaboración de las normas a los posibles receptores de las mismas, con lo que estaríamos incluyendo un elemento procedente del pactismo que actúa, de hecho, como un lenitivo del carácter absoluto y uniformizador de las herramientas clásicas de la Administración ambiental. SEGRE y DANSERO consideran que las normas del tipo mando y control pueden ser de cuatro tipos:

- Normas de emisión, en las que la protección del entorno se consigue limitando los niveles máximos de las sustancias a emitir en un determinado cuerpo receptor,

<sup>1160</sup> GERELLI, E., *Società post-industriale...*, *opus cit.*, págs. 144 y 145 expone bien esta filosofía acordándose de aquel viejo principio de la Escuela homeopática: “*similia similibus curentur*” (lo parecido con cosas semejantes se cura). Apostilla este auto premonitoriamente que, en una sociedad postmoderna como la nuestra, caracterizada sobre todo por la uniformización económica y tecnológica, sería de lo más deseable que se adoptaran el mismo tipo de medida en el sector ambiental, como por ejemplo, decidir de manera unánime encarecer los precios de los recursos energéticos escasos o contaminantes. Ello, sigue, no quiere decir erradicar los instrumentos puramente locales, con los que aquellas medidas están llamadas a convivir para su mayor eficacia. En este sentido, Cfr. CARRARO, C., y SINISCALCO, D., *Policy Coordination for Sustainability: Commitments, Transfers, and Linked Negotiations*, Paper presentado en la Conferencia “Sustainable Economic Development: Domestic and International Policy”, OECD, París, mayo 24-25, 1.993, págs.19 y 20, que lleva la teoría de los acuerdos voluntarios a la escala internacional, promoviendo la firma de acuerdos ambientales internacionales fomentados económicamente.

<sup>1161</sup> SEGRE, A. y DANSERO, E., *Politiche per l'Ambiente...*, *opus cit.*, pág. 135.

como el aire o el agua. En Italia, el ejemplo más evidente es la llamada Ley Merli (Legge n. 319/1.976, relativa al control de los contaminantes en el agua<sup>1162</sup>). Otro botón de muestra puede ser el de ciertas normas, conocidas como normas-cero, que prohíben de manera absoluta un determinado elemento en las emisiones o elementos vertidos al exterior (podría ser el caso de las escorias nucleares o del amianto).

- Normas de calidad, que limitan los niveles de sustancias contaminantes no ya en la fuente sino en el cuerpo receptor de la contaminación. Suele entenderse que este tipo de normas protegen con mayor lógica y realismo de la agresión contaminadora de las empresas, puesto que integran en su esencia un cierto control del entorno, de la carga que soporta el recurso a salvaguardar. Un ejemplo de este tipo de normativa puede ser la que protege frente al ruido.

- Normas o estándares de proceso, encaminadas a tutelar el proceso productivo de un bien o de prestación de una actividad. Suelen ser medidas muy usadas en la EPA norteamericana, que impone el uso de la B. A. T. (*Best Available Technology*) cuyo uso reduce considerablemente el impacto ambiental causado por una industria o empresa. El uso de la BAT ha sido también recogido en el V Programa de Acción ambiental de la UE y en la importantísima Directiva 96/61, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación.

- Normas de producto, que tienen por objetivo la producción de productos de mayor limpieza ambiental, de menor consumo energético, etc. Suelen ser productos

1162 En esta Ley se insertan dos tablas, la A y la C. En la primera, más restrictiva, se individualizan las descargas permitidas en las aguas continentales. En la segunda, se concretan los vertidos a sistemas de alcantarillado provistos de depuradoras. En materia hidráulica, por ejemplo, podemos apreciar la evolución de todo el sistema económico italiano hacia el uso de acuerdos voluntarios. A pesar de que los sistemas de licencia y de "command and control" siguen siendo útiles, en los últimos años se está pasando al uso de instrumentos económicos (subvenciones condicionadas, por ejemplo). Así, en Italia tenemos los "acuerdos de gestión", fomentados por el CAP (Agenda 21) y recogidos en Reg. 2.078/92, que son una mezcla entre subvenciones propiamente dichas y acuerdos voluntarios, y que consisten en el otorgamiento de sumas de dinero a los agricultores a cambio de que éstos reduzcan los niveles de pesticidas que usan (sobre todo en zonas protegidas o cercanas a acuíferos). Serían más subvenciones que acuerdos si las subvenciones fueran las mismas para todos, y serían más acuerdos o contratos si a más reducción de niveles tóxicos de pesticidas se otorgara más dinero, de manera individualizada. Cfr. MASSARUTTO, A., *Agriculture, Water Resources and Water icses Polin Italy*, Paper presentado a la Acción concertada "SAGA- Sustainable Agriculture Use of Aquifers in Sothern Europe: Integration Between Agriculture and Water Management Policies", coordinado por la F.E.E.M. con el apoyo del EU-DGX1, pág. 12, aboga por proyectar más y mejor el uso de estos "acuerdos de gestión" al medio ambiente, pero se muestra pesimista porque las subvenciones son escasas y el apoyo técnico deficiente. Otros sistemas voluntarios de reducción del uso de pesticidas son algunos esquemas públicos voluntarios (en la terminología comentada de BRAU y CARRARO). Se trata de etiquetas que premian a los productos de agricultura biológica o ecológica, como la etiqueta "Melinda", de las manzanas del Trentino o los sistemas integrados de gestión del uso de pesticidas desarrollados en el sector vinícola de Friuli-Venezia-Giulia o el Código de Buenas Prácticas para la protección de las aguas subterráneas del nitrato, de escala nacional y de adhesión totalmente voluntaria. Menos clarividente respecto al uso de acuerdos voluntarios pero concienciado de la necesidad de introducir criterios de desarrollo sostenible en la agricultura se muestra MALAGOLI, C., *Agricoltura e Ambiente. Contributo allo sviluppo sostenibile*, Editorial CLUEB, Bologna, 1.994, pág. 125.

difícilmente recuperables después de su uso, por lo que se intenta reducir de antemano la agresión ambiental que provocan. Así pasa con la gasolina sin plomo o con los Clorofluorocarburos (CFCs).

La progresiva ampliación de las fronteras de lo ambiental hacia nuevos campos de actuación trae causa, entre otras razones, de unas consabidas carencias que se achacan a la filosofía ambiental sancionadora. A saber: el uso de instrumentos de comando y control supone una renuncia a la flexibilidad y una apuesta por la uniformización de las conductas exigidas a los destinatarios de las normas. Además, con ellas se suele excluir el criterio de las Administraciones locales, las auténticas conocedoras del estado real del Ambiente concreto, y, por ende, de la calidad de la vida. Si a ello sumamos la dificultad en encontrar el punto justo de equilibrio entre objetivos excesivamente pretenciosos –que pocos cumplirían– y objetivos demasiado vagos o ambiguos (que para nada servirían de tutela ambiental) y las carencias técnicas y económicas de la Administración para establecer sistemas de control y de información de la calidad ambiental, comprenderemos mejor la cada vez mayor aceleración de este proceso<sup>1163</sup>. Es, además, bastante patente que el empleo de este tipo de herramientas de tutela ambiental no supone un fomento o estímulo de mejora para las empresas, no es un motor de su actividad ambientalmente limpia, sino que actúa *a posteriori*, no tanto en la esfera de la conducta sino de la acción.

## VIII. FASES TEMPORALES DE USO DE LOS ACUERDOS AMBIENTALES EN ITALIA

El empleo de acuerdos voluntarios para la protección del medio ambiente ha motivado una evolución en la política ambiental italiana en la que podemos distinguir tres fases sucesivas:

1. Una primera fase, que incluye los acuerdos firmados hasta 1.996, antes de que la UE se pronunciara sobre la viabilidad de la figura en la Comunicación de la Comisión europea sobre Acuerdos ambientales<sup>1164</sup>. Esta etapa se caracteriza por la amplísima variedad de acuerdos –podríamos decir que cada uno divergía en algo respecto de los otros–, por la falta de información sobre el instrumento y por su escaso uso.

<sup>1163</sup> Cfr. SEGRE y DANSERO, *Politiche per l'Ambiente, opus cit.*, págs. 134 y 135.

<sup>1164</sup> Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo relativa a los Acuerdos sobre medio ambiente, Bruselas, 27 de noviembre de 1.996 (COM(96) 561 final).

2. Una segunda fase, que integra los acuerdos voluntarios celebrados entre 1.996 y 1.998, en que los acuerdos ambientales están más acabados que sus antecesores, por la existencia ya de una mínima experiencia sobre el empleo de la herramienta, pero aún sin una finalidad o marco regulador común a todos ellos.

3. Una tercera fase, en la que nos encontramos, caracterizada por una decidida apuesta del Estado italiano por el fomento de los acuerdos voluntarios como medio adecuado para una nueva política ambiental que desarrolle, entre otras, las directrices fijadas por el Protocolo de Kyoto<sup>1165</sup>.

La doctrina italiana suele coincidir en el punto de entender más difícilmente realizables los acuerdos ambientales por sectores que los locales o singulares con una o varias empresas. Para ello argumentan que la inexistencia de organismos públicos que concentraran las dispersas competencias sobre medio ambiente provocaba una amplia gama de obligaciones jurídicas para las diversas industrias del sector radicadas en diferentes zonas geográficas del país<sup>1166</sup>. Otras razones apuntadas son la falta de intereses aglutinantes de las partes integrantes del sector, que pueden atomizar el acuerdo, o la casi inevitable ausencia de algunas empresas del sector, los *free-riders*, que puede motivar que el acuerdo fracase ante la negativa de las demás empresas a que se ejerza una competencia desleal, o la falta de realismo a la hora de fijar los objetivos del acuerdo, imponiendo metas utópicas o difícilmente alcanzables, o la falta de información para las industrias de esos objetivos<sup>1167</sup>.

En este tipo de medidas, es necesario dar noticia del “Pacto por la Energía y el Medio Ambiente”, instituido en noviembre de 1.998 por la Segunda Conferencia sobre Energía y Medio Ambiente, celebrado en Roma los días 25 al 28 de este mes. Lo importante de este acuerdo es que supone el primer marco general para la firma de acuerdos ambientales en Italia, donde se ponen las bases para que las

1165 PESARO, G., *The Development of an effective Cooperation between public and economic Actors in environmental voluntary Agreements*, *opus cit.*, pág. 20. Un ejemplo de acuerdo voluntario basado sobre las obligaciones voluntarias de reducción de emisiones a la atmósfera es el reciente protocollo d'intesa suscrito el 21 de diciembre de 1.999 entre La región de Lombardia, el Ayuntamiento de Milán y la empresa A. E. M. S. p. A., con la intención de incentivar el uso de sistemas de calefacción a gas natural, sustituyendo los tradicionales de calefacción central. Los detalles de este acuerdo y el propio acuerdo a texto completo pueden verse en la página web de la Región de Lombardia: <http://www.region.lombardia.it> (visitada el 20 de febrero de 2.000).

1166 Esto ocurría en el acuerdo voluntario celebrado por el sector del transporte, por ejemplo, donde las peculiaridades de infraestructuras y actividades a escala regional y local hacían muy difusos los objetivos del acuerdo en cada lugar.

1167 Por esto, en 1.998 se crea el E.N.E.A. (Ente Nacional para la Innovación, Energía y medio ambiente), que intenta promocionar el empleo de los acuerdos ambientales y la pactación como instrumento de tutela ambiental por excelencia. Cfr. PESARO, G., *The Development of an effective Cooperation between public and economic Actors in environmental voluntary Agreements*, *opus cit.*, pág. 21.

Administraciones estatal, regional y local y las asociaciones económicas, ambientales y de consumidores adopten acuerdos para conseguir logros en el campo ambiental y energético. Un procedimiento en que se esbozan los requisitos técnicos y operativos a incluir por los acuerdos es también creado. Los objetivos y el sistema de responsabilidad en que pueden incurrir las partes en caso de falta de cumplimiento dan igualmente seguridad y certeza donde antes sólo existía improvisación. Así, si en el plazo de un año desde la firma no se dan por ninguna de las partes los pasos adecuados para el cumplimiento del acuerdo o si fallan las negociaciones en un período ligeramente superior, se prevé que la Administración regule unilateralmente la relación, al estilo de lo que ocurre con los *covenants* en Holanda. La meta de este pacto es clara: la difusión de los acuerdos voluntarios en Italia, haciéndolos salir del ostracismo y normalizándolos, si no jurídicamente, sí otorgando algunas pautas o códigos para su más útil uso. Entre los diversos acuerdos ambientales (locales, regionales o estatales) no existen, en principio, ningún rango, al no ser normas jurídicas<sup>1168</sup>.

Algunas de las medidas a adoptar por las Administraciones públicas italianas apuntan a la necesidad de realizar una previa reforma administrativa, no sólo en el plano organizatorio –estableciendo entidades y órganos competentes para la celebración de los acuerdos y activadores del diálogo permanente sobre cuestiones ambientales– sino en el filosófico: es necesario apuntar la utilidad de una labor pedagógica previa en aquellas Administraciones que aún no estén acostumbradas a descender a la arena del medio ambiente<sup>1169</sup> (PESARO) a luchar en plano de igualdad con las partes implicadas en la resolución de un problema de contaminación. Medidas económicas y fiscales (facilitando el empleo de medidas de fomento), legislativas (creando un marco regulador sobre los acuerdos voluntarios) e informativas (difundir las bases y uso de los acuerdos entre las empresas) se estiman también deseables.

En muchas veces han fallado los acuerdos en Italia porque no existía en ellos previsto ningún mecanismo corrector de los posibles incumplimientos. De todas for-

<sup>1168</sup> PESARO, G., *The Development of an effective Cooperation between public and economic Actors in environmental voluntary Agreements*, *opus cit.*, pág. 23.

<sup>1169</sup> La expresión ha hecho fortuna en la literatura económica. Así, PESARO, G., *The Development of an effective Cooperation between public and economic Actors in environmental voluntary Agreements*, *opus cit.*, pág. 3. Aboga por un cambio en el modo de actuar administrativo que le aleje "de su viejo castillo de roles y comportamientos". Pero también en el campo jurídico se ha usado alguna vez. Vid. SALVIA, F., *Gli Strumenti della Tutela ambientale*, *opus cit.*, pág. 214, habla de una nueva concepción del medio ambiente como un terminal necesario de todas las actividades humanas, que le hace devenir "una especie de arena en la que todos los sujetos públicos y privados portadores de los más dispares intereses, a menudo incompatibles entre ellos, se encuentran y desencuentran.

mas, siendo ello cierto, un uso estandarizado o preestablecido de la potestad sancionadora tampoco se ve muy adecuado porque ello podría influir en una pérdida sustancial de la flexibilidad y voluntarismo innato de la figura, e imponer un respeto excesivo para las industrias a la hora de suscribir un acuerdo<sup>1170</sup>. Se han mostrado más eficaces, en los siguientes casos:

- Cuando son acuerdos que desarrollan o aplican la legislación en la esfera local, sobre todo cuando la parte privada es una o varias empresas, no un sector entero determinado.
- Cuando existen, también en la escala local, peculiaridades ambientales, las cuales se salvaguardan eficazmente con un acuerdo *ad hoc*, y cuando, en el mismo ámbito, existen condiciones de contaminación que empujan al Ayuntamiento a pactar con las industrias que constituyen la fuente de la degradación.
- Cuando se trata de acuerdos anticipatorios o integrativos de la legislación, bien porque a la empresa firmante use el acuerdo para desmarcarse de su competencia, en el primer caso, bien porque le merezca más la pena modular la reglamentación ambiental en su caso concreto que aceptarla de pleno.
- Cuando los elementos básicos del acuerdo están bien definidos, como los objetivos, el control de su cumplimiento, etc<sup>1171</sup>.

## IX. UN EJEMPLO DE POLÍTICA AMBIENTAL PACCIONADA EN ITALIA: EL USO DE ACUERDOS Y CONVENCIONES AMBIENTALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS

La Lombardía fue la primera región italiana en aprobar una normativa propia sobre parques naturales: las Leyes 58/1.973, de 17 de diciembre, y 2/1.974, de 9 de enero, continentes de instrumentos planificadores tanto urbanísticos como sectoriales dentro de parques y zonas reservadas. Estas leyes fueron hijas de su tiempo. Se empezó a sentir que la disciplina urbanística no era suficiente, por sí misma, para solucionar los problemas tan dispares que conllevaba la gestión de zonas especial-

<sup>1170</sup> PESARO, G., *The Development of an effective Cooperation between public and economic Actors in environmental voluntary Agreements*, *opus cit.*, pág. 22.

<sup>1171</sup> PESARO, G., *The Development of an effective Cooperation between public and economic Actors in environmental voluntary Agreements*, CAVA Working Paper n.º. 99/10/3, October 1.999, pág. 19.

mente protegidas por sus valores naturales. Más tarde, con base en ellas y en las marginales competencias atribuidas por el Estado a las Regiones a través del D. P. R. 11/1.972, de 15 de enero, se aprueba por medio de la Ley 33/1.980, de 22 de marzo, el primer plan territorial de coordinación regional, en este caso, el P.T.C. del Parque del Valle del Ticino. Esta figura de planificación territorial se erige como el fulcro del desarrollo económico y social de todas las agrupaciones de población insertas en el parque, conjugando tales aspiraciones con la más esencial de protección del medio ambiente.

Pero por lo que nos interesa especialmente este caso es por prever –de manera absolutamente novedosa y única hasta el momento de escribirse el artículo– la posibilidad de recurrir a convenciones y convenios con los particulares para gestionar el parque. En concreto, el artículo 3 de la Ley 33/1.980 determina que el PTC pueda ser integrado y desarrollado por medio de *atti y provvedimenti* previstos en el ordenamiento, y, en particular, por medio de expropiaciones, convenciones, programas de intervención y planos de actuación por sectores funcionales, a firmar entre la Región, el Consorcio del parque<sup>1172</sup>, Municipios, particulares...).

Las convenciones pueden ser usadas, como recuerda ROBECCHI MAJNARDI<sup>1173</sup>, bien como instrumento directo de actuación de las previsiones del P.T.C., bien como instrumento de desarrollo de otros instrumentos que a su vez desarrollan el P.T.C. La Ley reenvía estas convenciones al art. 6 de la Ley 58/1.973, ya citada, por lo que podrían ser usadas como medidas para concretar las indemnizaciones debidas a los particulares por la imposición de vínculos concretos impuestos a sus

<sup>1172</sup> Integrado, en 1.998, por 49 entidades, de las cuales 46 eran Municipios y 3 provincias (Milano, Pavia y Varese). La plantilla del parque la componían en esa fecha 63 dependientes, de los cuales 21 guardias forestales. Vid. <http://www.parcodelticino.pmn.it> (visitada el 8 de abril de 1.999).

<sup>1173</sup> Vid. ROBECCHI MAJNARDI, A., *Le convenzioni della disciplina dei parchi e nella tutela della natura*, en *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, Giuffrè Editore, n.º 2/1.986, pág. 405. Coincidimos plenamente con este autor a la hora de encontrar en las convenciones urbanísticas el antecedente y origen de las convenciones para la gestión de espacios naturales protegidos. Efectivamente, también aquéllas pueden actuar bien directamente como un medio para desarrollar las directrices del planeamiento urbanístico, bien sustitución de éste. El profesor de la Universidad de Pavia entiende que cuando actúan con carácter integrativo, esto es, desarrollando las prescripciones del P.T.C., las convenciones pueden incluso derogar los algunos casos, lo cual a nosotros nos parece incorrecto. No se trata de una relación análoga a la que existe, por ejemplo, entre una ley de bases y su reglamento de desarrollo –ya que las convenciones no conforman norma jurídica alguna–, a no ser que se opine lo que Romanones cuando decía aquello de “Hagan Ustedes las leyes que ya haré yo los reglamentos”. Si no que al ser el P.T.C. una norma jurídica plena (recordemos que se aprobó por Ley de la Región de Lombardia), un pacto entre la Administración pública y los particulares nunca puede derogar lo previsto por ése en ningún extremo. Más bien, al encontramos frente a estas convenciones para la gestión del parque del Ticino tendríamos que hablar de convenios que concretan para cada caso particular el alcance y medida de las obligaciones y derechos previstos en el plan territorial de coordinación. Afortunadamente, parece moderar su opinión inicial cuando considera que en caso de contraste entre el plan y la convención deberá prevalecer éste (pág. 409).

bienes –no por la simple aprobación del P.T.C.–, sobre la base de unos criterios generales de valoración establecidos por esa norma (prohibiciones, cargas de soportar, daños irrogados, etc.)<sup>1174</sup>, y que se conectan con la función social de la propiedad<sup>1175</sup>.

En el último apartado del art. 6 también se recoge el uso de convenciones, esta vez a suscribir entre el Consorcio del parque, los Municipios y los privados y con una finalidad eminentemente pública, ya que tendrán por objeto la custodia de fondos para los accesos, para la viabilidad del parque, para la modalidad de los cultivos y de los bosques, etc. En este tipo de convenciones se aprecia con mayor claridad la entrada de los particulares en el contenido de la gestión, esto es, en la búsqueda de un consenso de los intereses de todas las partes concernidas por la marcha del parque<sup>1176</sup>.

Respecto a la naturaleza de estas convenciones, entendemos que tienen carácter eminentemente público cuando se usa en la dirección prevista en el art. 6.4, ya que en ellas se acentúa su carácter de instrumento sometido a la consecución de intereses eminentemente de conservación y protección de los recursos del parque (públicos) a través de la intervención de los privados, en el mismo sentido que ocurre en España con los convenios de colaboración, y en Italia con las convenciones urbanísticas<sup>1177</sup>. Lo mismo puede decirse lo mismo del uso general de las convenciones como medio alternativo y paccionado a la fijación unilateral por la Región de las indemnizaciones por el establecimiento de cargas ambientales sobre los bienes de los particulares.

<sup>1174</sup> Si no se consiguiera llegar a un acuerdo con el particular, la Región podrá autónomamente imponer el precio de la indemnización, siempre que el vínculo impuesto sea incompatible con la explotación agrícola o forestal que venía realizando aquél. Podemos inducir aquí el uso tradicional de los acuerdos celebrados entre Administración y particulares, donde la Administración se reserva siempre la facultad de intervenir unilateralmente en caso de fracaso del acuerdo, al estilo, por ejemplo, de los convenios expropiatorios del art. 24 L.E.F. española.

<sup>1175</sup> Como ha establecido FRANCO, M., *Il diritto dell'ambiente: lineamenti e materiali*, Cedam, Padova, 1.990, págs. 65 y 66, la función ambiental de la propiedad privada no es más que el corolario del art. 42 Constitución italiana, que no sólo vincula al Legislador sino también a la Administración como línea de actuación de su discrecionalidad planificadora. En Italia, además, la protección del medio ambiente a través de técnicas de limitaciones a la propiedad privada está muy desarrollada por la tradicional protección del paisaje (art. 9 Constitución italiana) por medio de vínculos (*dei vincoli*).

<sup>1176</sup> Existen al hilo del articulado de la Ley 33/1.980 otras alusiones más concretas a las convenciones con los particulares. Así, en el art. 6, 4 se excepciona la prohibición de arrancar flores si existe una convención *ad hoc* para los habitantes del parque. En ese mismo apartado se permite igualmente el uso de convenciones para la manutención, conservación y custodia de la zona A del parque, siempre que sus previsiones no vayan en contra de la utilidad pública de la zona de reserva integral. En el art. 10, 8º se contempla el uso de las convenciones como modo de concretar con los particulares la cesación de sus actividades agrícolas sobre la zona B del parque, destinadas en principio a uso como boscoso. Al tratarse de una intervención ablativa, se deben articular a través de las mismas concesiones las indemnizaciones de las que ya hablamos al comentar el art. 6, 4º. Por último, la Ley 33/1.980 atribuye un último uso a las convenciones: la regulación de la actividad de tiempo libre de los particulares, a fin de compatibilizarlas con la protección de los valores naturales, con el acceso peatonal y con el uso público del parque.

<sup>1177</sup> Cfr. ROBECCI MAJNARDI, A., *Le convenzioni della disciplina dei parchi e nella tutela della natura*, en Rivista Giuridica dell'Ambiente, Giuffrè Editore, año y número?, nº. 2/1.986, pág. 409 *in fine*. Un ejemplo de convención de este tipo ha sido la celebrada para la gestión y conservación del Bosque Castagnolo dentro del parque del valle del Ticino, comentada por este autor en págs. 410 y 411.

## Sección 4ª.

# LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN ALEMANIA

## I. INTRODUCCIÓN

La gran Alemania unida actual sólo tiene antecedentes de política ambiental *ad hoc* en la antigua República Federal, que creó la *Umweltbundesamt* (Oficina Federal de Medio Ambiente) a principios de la década de los setenta, y su Ministerio de Medio Ambiente en 1.986.

Como Estado Federal que es, la política ambiental en Alemania está profundamente descentralizada en los *Länder*, cada uno de los cuales dispone de su propio Ministerio de Medio Ambiente y aplica sus propias normas. El federalismo germano, además, siempre se ha distinguido por su espíritu cooperativo, a diferencia del carácter competitivo que existe en España entre el Estado y las Comunidades Autónomas<sup>1178</sup>.

No obstante, la caída del muro de Berlín el 9 de noviembre de 1.989 supuso un proceso de ralentización del crecimiento económico y de la inversión ambiental, ante los enormes costes que empezó a provocar la reunificación<sup>1179</sup>.

<sup>1178</sup> La acertada comparación es de BÖRZEL, T. A., *Shifting or sharing the burden? The implementation of EU environmental policy in Spain and Germany*, en *European Planning Studies*, Vol. 6, nº. 5, octubre 1.998, Carfax publishing, Londres, págs. 545-555. Lo normal es que el Bund transponga las normas ambientales comunitarias al derecho interno, y que los *Länder* las apliquen en su esfera propia. Esta lealtad entre los Estados y la Federación (*Bundestreue*) se completa en la política ambiental con una profunda tradición de colaboración entre las industrias, empresas y la Administración Pública. Aparte otras explicaciones psicológicas, las razones que han impulsado dicha cooperación podrían encontrarse en la potencia de la industria alemana, a la cabeza en innovación en Europa, y, quizás, en la existencia continua de gobiernos conservadores en los *Länder* más desarrollados (como el *Bayern* o *Bavaria*), lo que ha llevado a un fuerte condicionamiento de la vida pública por las empresas. A ello se suma una arraigada y espontánea convicción ciudadana a favor de la colaboración como el mejor camino para proteger el medio ambiente. Cabría citar, como ejemplo de colaboración pública-privada, los acuerdos voluntarios suscritos entre los Municipios y las compañías suministradoras de agua a granjeros para elevar los estándares de potabilidad, a raíz de la Directiva 80/778/EC. La alta exigencia de las políticas alemanas sobre medio ambiente ha hecho que, en bastantes ocasiones, las autoridades de la Unión Europea las hayan tomado como modelos para las directivas a aplicar a los demás países (tal fue el caso, verbigracia, de las Directivas sobre Lucha contra la Polución provocada por Plantas Industriales (88/360/EEC) o sobre Grandes Plantas de Combustión (88/609/EEC).

<sup>1179</sup> Los datos que manejamos hablan de una caída del 30% de la producción sólo en la Alemania oriental en 1.991. Cfr. OCDE *Examens des performances environnementales*: Allemande, junio 1.993, págs. 113-121. Hasta esa fecha se habían celebrado ya unos 40 acuerdos voluntarios, entre los cuales, los más importantes (que luego desarrollaremos aquí) son los de recogida y reciclado de botellas [*Duales System Deutschland (DSD) GmbH*], eliminación de CFCs, reducción del

## II. ORÍGENES DE LA REGULACIÓN AMBIENTAL

### 1. La normativa como instrumento tradicional de la política ambiental alemana

Ya en los años setenta el Gobierno aprobó dos importantes normas planificadoras de tipo indicativo: su programa de urgencia para la protección ambiental (*Sofortprogramm*), de septiembre de 1.970 y su programa o plan ambiental (*Umweltprogramm*) de 1.971.

A estos programas generales siguieron varias leyes federales de igual carácter: la Ley sobre la gasolina con plomo (1.972), la Ley de disposición de basuras (1.972) y la Ley de control de inmisiones, de 1.974. Sin embargo, tras un breve período de estancamiento provocado por la crisis del petróleo y la subsiguiente recesión económica, vio la luz la mayoría de las leyes ambientales sectoriales, como la de Conservación de la Naturaleza (1.976), sobre Industrias Químicas (1.980), la Ordenanza sobre Grandes Plantas de Combustión (1.983) y la Ley sobre Responsabilidad Ambiental (1.990).

El año clave fue 1.994, fecha en que se revisó el texto constitucional para integrar, en su nuevo art. 20 A, la protección ambiental como uno de los fines del Estado. Como bien indica KLOEPFER, del texto del precepto se infiere un encargo realizado exclusivamente al Estado (*Staatzielbestimmung*), estando los privados o empresas sólo indirectamente concernidos a través de la delegación que en ellos realiza el principio de cooperación, básico para la protección del medio ambiente, pero sin rango constitucional <sup>1180</sup> (sí lo tiene la cooperación interadministrativa, ex art. 91a Constitución). En esta inteligencia, observa agudamente HANSJÜRGENS que la contradicción que se infiere de la oposición existente entre la protección del medio

amianto en los productos de cementería o sustitución de disolventes por otros productos menos contaminantes en las industrias químicas, y se invertían 8, 8 milardos de marcos en protección ambiental en 1.989. En 1.990, esos gastos suponían el 1, 65 % del PIB en la zona occidental y la industria ambiental ocupaba a 320.000 personas.

<sup>1180</sup> Vid. KLOEPFER, M., *Umweltschutz und Recht. Grundlagen, Verfassungsrahmen und Entwicklungen. Ausgewählte Beiträge aus drei Jahrzehnten*, en *Schriften zum Umweltrecht* (S.U.R.), nº. 100, Dunkler & Humblot, Berlin, pág. 225. El texto de dicho artículo dice lo siguiente (la traducción es nuestra): "El Estado, asumiendo la responsabilidad que le incumbe también sobre las futuras generaciones, protegerá las bases naturales de la vida dentro del orden constitucional vigente por medio de la ley y, de acuerdo con el derecho establecido y la justicia, mediante su poder ejecutivo y judicial". Para ERBGUTH, W., *Zur Vereinbarkeit der jüngeren Deregulierungsgesetzgebung im Umweltrecht mit dem Verfassungs- und Europarecht -am Beispiel des Plantfeststellungsrechts-*, en *Rostocker Schriften zum Seerecht und Umweltrecht*, nº. 8, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1.999, págs. 22-24, quien también estudia este artículo en su obra, se trata de un precepto comparable a los fines propios del Estado social de Derecho (*vergleichbar dem Sozialstaatsziel*).

ambiente como finalidad pública (*ex art. 20 A de la Grundgesetz*) y el principio de subsidiariedad que recoge el art. 3, b) del Tratado de Maastrich es más aparente que real, ya que ninguno de los dos es excluyente de la intervención pública, observándose un nexo entre ambos que es la necesidad de control público de las actividades que no puedan autosatisfacer la sociedad por sus propios medios y resortes<sup>1181</sup>.

Hasta la fecha, la complejidad es la nota dominante de la legislación ambiental alemana, compuesta por infinidad de disposiciones administrativas y leyes federales y estatales. Sin embargo, cada vez parece cundir más la sensación de que la hiperactividad industrial en Alemania disminuye la eficacia de las normas, que caen rápidamente en la obsolescencia y adolecen de una evidente incapacidad para regular todos y cada uno de los productos potencialmente nocivos para el medio ambiente<sup>1182</sup>. Su propia doctrina nacional ha caracterizado la política ambiental alemana de “legalista”, líder europea del “command and control”, “formalista” y renuente a la introducción de estrictos criterios de flexibilidad o consenso, de modo que compele, de alguna manera, a que las prácticas negociadas se realicen de manera casi clandestina, en la “cara oculta de la luna”<sup>1183</sup>.

En los últimos años hasta el Gobierno se ha mostrado claramente favorable al uso de los acuerdos ambientales, incluso por encima de la regulación en algunos casos puntuales. Cuatro son las razones que ha aducido para decantarse políticamente por esta opción<sup>1184</sup>:

<sup>1181</sup> Efectivamente, en opinión de este autor, el principio de subsidiariedad (*Subsidiaritätsprinzip*) es el fundamento último del principio de cooperación, y, por ende, de los instrumentos paccionados para la tutela ambiental, ya que el movimiento inicial para la suscripción de los acuerdos parte en ellos de las propias industrias, en lo que es, desde el punto de vista de la subsidiariedad, una delegación de la Administración en los administrados, y, desde el punto de vista de la cooperación, un avance de los recursos privados, que son capaces de prestar servicios de interés general para la colectividad. Cfr. HANSJÜRGENS, B., *Ökonomische Aspekte des Kooperationsprinzip in der Umweltpolitik*, en la obra colectiva ZIMMERMANN, H. y HANSJÜRGENS, B. (editores), *Prinzipien der Umweltpolitik in ökonomischer Sicht*, Economica Verlag, Berlin, 1.994, págs. 80-86.

<sup>1182</sup> Se ha estimado que en Alemania se producen del orden de 2.000 sustancias químicas, y que la rapidez que despliega la actividad de investigación hace que cada día las empresas requieran nuevos y más sofisticados productos. En esta realidad de vértigo productivo también los ciudadanos pierden, ya que se tiene conciencia de multitud de actividades sin regulación específica, y, por tanto, dejadas a su libre fluir. Es este escenario normativo un tanto pesimista el que, según la Agencia Europea del medio ambiente, explica parte del interés que las Administraciones germanas ponen en los nuevos instrumentos paccionados, que permiten cubrir las lagunas del Ordenamiento jurídico ambiental o ir más allá de los límites legislativos allí donde las normas son poco ambiciosas. Cfr. EUROPEAN ENVIRONMENTAL AGENCY, *Environmental Agreements. Environmental Effectiveness*, en Environmental Issues Series, n.º 3, Vol. 2, Case Studies, Copenhage, 1.997, pág. 35.

<sup>1183</sup> Cfr. KNILL, C., Y LENSCHOW, A., *Change as “appropriate adaptation”: Administrative adjustment to european environmental policy in Germany and Britain*, en European Integration Online Papers, Vol. 2, n.º 1, 1.998, accesible en Internet en la url <http://eiop.or.at/eiop/texte/1.998-001.htm> (visitada el día 7 de diciembre de 2.001). Los autores oponen el estilo germano de regulación ambiental al británico, mucho más ejemplar desde el punto de vista del uso de técnicas paccionadas de tutela.

<sup>1184</sup> Cfr. *Antwort der Bundesregierung auf die Grosse Anfrage der SPD-Fraktion, Bundestags-Drucksache 13/6.704 de 14.01.97*, en JÜLICH, R., *Germany Country Report*, Öko-Institut e. V., Darmstadt, 2.000, pág. 6.

a. La flexibilidad de los acuerdos: su capacidad para adaptarse a los cambios tecnológicos, a la situación de cada empresa y al propio progreso de los objetivos del acuerdo;

b. Los logros ambientales se consiguen más rápidamente con los convenios, ya que no necesitan de un procedimiento *ad hoc*, ya que se dejan los medios para su consecución en manos de los propios sujetos implicados;

c. Se reducen los costes de la acción pública, pues la política estatal se limita a un control de policía y monitorización de los objetivos, con lo que se reduce la burocracia que hace ineficaces a la mayoría de las líneas de protección ambiental;

d. Los acuerdos ambientales son más eficaces en algunos aspectos que la normativa, ya que no se ponen límites a la libertad empresarial ni se añaden costes innecesarios.

## 2. Instituciones ambientales

Hemos dicho que la era de la moderna política ambiental alemana se inicia en los años setenta. De igual antigüedad data la Administración sectorial ambiental alemana, pues es en 1.971 cuando se crea lo que podríamos traducir como Consejo Alemán de Expertos Ambientales (*Rat von Sachverständigen für Umweltfragen*, o S.R.U.), para informar a la Administración General sobre temas ambientales. Su ascendiente en la materia ha sido siempre poderoso y ha condicionado fuertemente las leyes y el enfoque de conjunto que las mismas proyectaban sobre los sectores industriales con impacto ambiental. Desde 1.974 ha publicado siete Informes Globales sobre el Medio Ambiente en Alemania, y aconsejaba directamente al Ministerio de Interior sobre temas ambientales. La tensión entre las clásicas formas de ordenar el medio ambiente y los nuevos instrumentos económicos y paccionados se ha personificado, hasta hace poco, en la óptica tradicional que el S.R.U. y el *Bundesministerium für Wirtschaft* (Ministerio de Economía) han sostenido, respectivamente.

Sin embargo, desde 1.986, la Agencia Federal Alemana de Protección Ambiental (la *Umwelbundesamt*), modulada según el canon de la E.P.A. norteamericana, reveló al S.R.U. en su labor de consulta ambiental a dicho Ministerio.

En esa época los temas ambientales eran de la incumbencia del Ministerio del Interior, hasta que fue creado el Ministerio de Medio Ambiente, Conservación de la

Naturaleza y Seguridad Nuclear en 1.986. Junto a él, varios organismos de apoyo especializados han proliferado posteriormente, como la Agencia Ambiental Federal, la Oficina Federal de Protección contra las Radiaciones, el Centro Federal para la Investigación de la Conservación de la Naturaleza y de la Ecología Rural, etc.

A la vez, todos los Ministerios constan de un departamento ambiental, así como el Parlamento cuenta con un Comité Ambiental (desde 1.986) y con Comisiones de Inspección *in situ*.

### III. LOS ACUERDOS AMBIENTALES COMO HERRAMIENTA DE USO EMERGENTES EN ALEMANIA

#### 1. El marco jurídico-administrativo

En Alemania también se llevaron a cabo las teorías de la planificación (*Planwirtschaft*, economía del plan o economía planificada), que se dieron con antelación, incluso, a la planificación francesa, ya que la primera vez que se llevó a cabo fue durante la República de Weimar, tras la 1ª posguerra. No obstante ello, en Alemania no existen expresamente contratos administrativos: existen, eso sí, los contratos de Derecho Público de subordinación.

La doctrina contractualista alemana, debido a que en su Ordenamiento no se reflejó la ruptura de la Revolución Francesa, no innovó su Derecho Administrativo, perpetuándose el uso de las formas y conceptos del Derecho Civil, tanto más por obra de la pandectística. Es por ello que los contratos que en Francia eran administrativos, entre una Administración y un particular, en Alemania se concebían como contratos privados. Nacieron, eso sí, *los öffentliche-rechtliche Verträge*, contratos públicos, que inicialmente sólo podían perfeccionar dos Entes Públicos, y que luego también podían integrar a particulares. La diferencia con los contratos privados en que participan un particular y la Administración estriba en que éstos son de derecho civil y aquéllos de Derecho Administrativo, Político, etc...y sobre todo, como ha puesto en evidencia SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO<sup>1185</sup>, porque en aquéllos, la

<sup>1185</sup> Cfr. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *La Institución contractual en el Derecho Administrativo: en torno al problema de la Igualdad de las Partes*, en R.A.P., nº. 29, 1.959, pág. 78.

Administración podía utilizar, si fracasaran, formas de autoridad para conseguir la misma finalidad (así, los contratos amistosos en la expropiación, convenios fiscales, etc...).

Con estos contratos de subordinación se alude a contratos celebrados entre la Administración y los particulares en los que se trata de evitar un actuar administrativo que se podría conseguir, pero más dañosamente, por medio de la acción unilateral de la Administración. Aquí podríamos encuadrar gran parte de los acuerdos paccionados para la protección del medio ambiente, donde se pacta con las industrias, y en los que, en caso de incumplimiento por parte de éstas, la Administración procedería a emanar reglamentos que unilateralmente consiguieran los mismos fines que los pactos, sólo que más onerosamente para los sujetos afectados<sup>1186</sup>.

Estas figuras se están multiplicando en el sistema positivo germano, especialmente en materia tributaria, por medio de conciertos fiscales, convenios, etc. De todas formas, influenciada por la doctrina de OTTO MAYER, a quien la figura le resultaba sospechosa, la propia Ley de Procedimiento Administrativo Alemana (*Verwaltungsverfahrenrecht*) ha tratado estos contratos de Derecho Público con cierto temor, al permitir siempre un posterior desligamiento administrativo y dictado de un acto unilateral.

El título IV de la Ley alemana de procedimiento administrativo trata los Convenios de Derecho Público<sup>1187</sup>. Especialmente su art. 54 deja clara la vocación pacticia de la norma, al enunciar expresamente que:

*“Mientras una norma jurídica no disponga otra cosa, una relación jurídica de Derecho Público puede ser creada, modificada o anulada mediante convenio de Derecho Público. La autoridad especialmente, puede, en vez de dictar un acto administrativo, concertar un convenio de Derecho Público con aquella persona a la que de otro modo dirigiría el acto administrativo.”*

Respecto a estos convenios, diversos autores se han planteado el problema de la posición de las partes. La paridad posicional que parecen guardar las partes en Alemania se ha extendido a España, ya que los *öffentlichen-rechtlichen Verträge* son el

<sup>1186</sup> Para un enfoque ambiental de la Ley 13/1.995, de Contratos de las Administraciones Públicas, puede verse mi artículo en el nº. 2 de la Revista electrónica “Medio Ambiente y Derecho”, publicada por el Grupo de Investigación Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Régimen jurídico de los Recursos naturales, accesible por Internet, en [www.cica.es/aliens/gimadus](http://www.cica.es/aliens/gimadus).

<sup>1187</sup> Vid. NIETO GARCÍA, A., *Traducción y Notas al Proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo en la República federal Alemana*, en R.A.P., nº. 46, 1.965, con unas notas incommensurablemente buenas para conocer quién es quién en la doctrina alemana de los contratos y convenios administrativos (Feiner, Mayer, Apelt...).

equivalente natural en Alemania de los conciertos o convenios de colaboración entre Administración y particulares (cuando son suscritos con éstos, pues sabemos –como hemos anticipado ya– que originariamente, esos contratos los firmaban dos entidades públicas)<sup>1188</sup>.

De todas formas, no faltan autores que propugnen la necesidad de introducir en Alemania la figura del contrato administrativo a la francesa<sup>1189</sup>, figura de naturaleza más autónoma y diferente a otras instituciones análogas como el *Vereinbarung*, el *Gesammtakt* y el *Beschluss*.

El primero de ellos, la *Vereinbarung*, es un concepto creado por GIERKE y BINDING, y que viene a significar un negocio jurídico bilateral que no es un contrato, ya que tiene por finalidad no objetos diferentes, sino un mismo objeto, común de las partes en liza: por ejemplo, una fundación, una sociedad<sup>1190</sup>, una unión de comuneros para el ejercicio de derechos sobre la cosa común, e, incluso, una Federación creada por varios Estados. Los *Gesammtakte*, acuerdos en los que se expresa una opinión general por parte de varias personas que integran a una de las partes del acuerdo. El *Beschluss* es lo mismo, sólo que expresada tal opinión por los miembros de un órgano colegiado, por ejemplo de una sociedad, fundación u otras organizaciones.

El *Gesammtakt* se puede traducir al español por “acto colectivo”. En él, los sujetos todos manifiestan su voluntad, que es la misma para todos, se da en el mismo sentido, mientras que en la *Vereinbarung* se da un acto jurídico en el que la declaración de voluntad la produce un sujeto, pero posteriormente otras partes se agregan a las obligaciones jurídicas que tal manifestación produce; por ejemplo, en una subasta. El ejemplo prototípico de acto colectivo es la creación de una sociedad o compañía mercantil, en la que todos los fundadores desean fundarla, aportando cada uno de ellos alguna cosa para que la organización comience a funcionar. La *Vereinbarung* se

<sup>1188</sup> Cfr. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *El Derecho Civil en la Génesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones (Dos Estudios)*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1.960, pág. 137.

<sup>1189</sup> Vid. HOFFMAN-RIEM, W., *La Reforma del Derecho Administrativo. Primeras Experiencias: el ejemplo del Derecho Ambiental*, en Documentación Administrativa, n.º. 234, abril-junio 1.993, “*El Derecho Administrativo en Alemania: Nuevas Tendencias (I)*”, pág. 63, 65, 69 *passim*.

<sup>1190</sup> A pesar de ello, existe cierta jurisprudencia, en Francia sobre todo, que plantea sin ambages la naturaleza contractual de determinados tipos de sociedades, como las asociaciones, tan desarrolladas en el vecino país, basándose en la Ley de 1 de julio de 1.901, sobre el sector asociativo. La razón fundamental de fondo estriba en la finalidad lucrativa de la figura (compartir beneficios) así como en las diferentes aportaciones realizadas por cada miembro. Esta teoría está basada en diferentes pronunciamientos jurisprudenciales, como el arrêt de la Cour d’appel de Poitiers de 15 de mayo de 1.985 o la decisión de principio del Consejo Constitucional de 16 de julio de 1.971. En BUTSTRAEN, L., *Les Petits Affiches*, n.º. 35, 23 marzo 1.998, edición CD-Rom, págs. 1-4.

crea por una voluntad jurídica dominante, integrada a su vez, en una colectividad de individuos disgregados o del órgano de una colectividad.

De manera un tanto diversa pero enfocando el mismo tema, DUGUIT distingue entre actos jurídicos unilaterales y actos jurídicos plurilaterales. Dentro de éstos encuadraba el autor francés a la *Vereinbarung*, en francés *union*, que es propiamente una convención, un acuerdo de voluntades, pero no un contrato. Por tanto, para DUGUIT, existen tres tipos de actos: contrato, acto colectivo y unión. El acto colectivo o *Gesammakt* no es un acto jurídico plurilateral, no entraña un acuerdo de voluntades sino la mera suma aislada e inconexa de voluntades individuales. No implican entre sí relación alguna de compromisos, ya que cada una de esas manifestaciones de voluntad no tiene un objeto diferente a las otras, sino el mismo, y al no existir contraposición de intereses no existen relaciones contractuales. Más que una ligazón basada en la posibilidad de obtener algo de las otras partes se trata de nexos comunes basados en la asociación. Y comoquiera que por sí mismo ese acto no tiene relevancia externa, posteriormente ese acto colectivo recibirá del derecho objetivo el status adecuado para funcionar, recibiendo efectos jurídicos. Al contrario que en el acto colectivo, en la *union* existe acuerdo, pero igualmente ocurre que los intereses de las partes no son diferentes sino idénticos. La voluntad de una parte se acepta por la otra, que se adhiere a ella.

En un contrato, el pacto entre las partes no se produce por la adición de las voluntades de las partes sino por la confrontación de pareceres, de forma que las dos aceptan no porque tengan los mismos fines (no son aliados, no se alían) sino porque cada una necesita a la otra, quiere algo que la otra tiene o puede realizar. Podemos decir que mientras que en el contrato la unión la hace la oposición, en la *Vereinbarung* la unión la crea la asociación de las partes<sup>1191</sup>.

Una ley, un convenio o Tratado Internacional, un acuerdo tomado por el pleno de un Ayuntamiento no son, pues, contratos, sino actos colectivos. Según FERNÁNDEZ DE VELASCO, un ejemplo claro de acto colectivo se da en el procedimiento de expropiación, compuesto de varias fases en las que los órganos tienen

1191 Siguiendo esta argumentación, podemos ver cómo las sociedades que han convenido en institucionalizarse y dotarse de una organización de poder, democrática o no, se fundan sobre un pacto colectivo, un *Gesammtakt* en que todas las voluntades tienen por intención darse las mismas reglas y convivir. No sería tal contrato, por tanto, desde este punto de vista, aunque podría serlo si nuestra perspectiva, como la de Rousseau o Locke, se centran más en el intercambio que se da entre la sociedad y sus dirigentes, por medio del que aquélla cede parte de su libertad originaria a cambio de que éstos la sepan manejar, crear leyes y administrar justicia. Son diferentes puntos de vista.

que convenir diferentes puntos, cada uno de ellos subordinado al anterior, hasta expropiar la cosa: declaración de utilidad pública, acuerdo de ocupación, determinación del justiprecio, ocupación, etc<sup>1192</sup>... Y se trata de un acto colectivo porque el órgano toma acuerdos en un único sentido, sin sentir la oposición del particular expropiado, que, caso de existir, necesitaría de un contrato (determinación consensuada del justiprecio) o de una decisión unilateral (la del Jurado de Expropiación) o judicial (de la justicia contencioso-administrativa).

Otro caso de relación bilateral no contractual la constituye la relación estatutaria que existe entre las Administraciones y sus funcionarios. El acceso de éstos al cargo y el desempeño de sus funciones es voluntario, pero la relación jurídica no se crea por la unión de la voluntad de éstos con la de la Administración, que de suyo no enmarca la relación jurídica, sino que los efectos vienen *ad extra*, los confiere la normativa administrativa en vigor. No nos encontramos, pues, ante un arrendamiento de servicios o ante una *negotiorum gestio* pues no se pacta el régimen de desempeño de las tareas, que son impuestas por la ley. Tanto la Administración como el funcionario tienen una serie de deberes y derechos para con la otra parte, pero no negociables ni negociados, algo que se diferencia evidentemente del contrato, en que las partes pactan el régimen jurídico que les une, yendo más allá de un mero y simple acuerdo de voluntades.

## 2. Los orígenes

A pesar de la supremacía de la regulación, si por algo se ha caracterizado el Derecho Ambiental alemán es por su capacidad de innovación, de creación o importación de nuevas técnicas de protección y por su escaso dogmatismo. Las empresas alemanas han recurrido *de motu proprio*, desde mucho antes que el resto de las europeas, ha adoptar sistemas de autogestión, autorregulación ambiental<sup>1193</sup> o solución

<sup>1192</sup> Véase FERNÁNDEZ DE VELASCO, R., *Relaciones jurídicas bilaterales de Origen no contractual*, EN Revista General de Legislación y jurisprudencia, Tomo 144, Madrid, 1.924, pág. 575, citando a Hauriou.

<sup>1193</sup> Recordamos ahora el en su día muy seguido modelo Winter de gestión ambiental de la empresa, el primero que intentaba dar respuesta a los cambios estructurales, laborales y de funcionamiento a los que se debería someter toda empresa moderna que aspirase a liderar su mercado desde una faceta ambiental. Este programa, ideado por el profesor Georg Winter, abogaba por ideas tan revolucionarias entonces como la autodetección de fugas de energía, las auto-auditorías o la planificación de los logros a medio plazo. Cfr. WINTER, G., *Das umweltbewusste Unternehmen*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oscar Beck), München, 1.987, págs. 92 a 95.

pactada de desastres ecológicos<sup>1194</sup>, si bien el enfoque tradicional de la política ambiental ha sido el regulatorio y normativo<sup>1195</sup>.

Según STEGER, el primer acuerdo ambiental firmado en Alemania fue un compromiso voluntario (*Selbstverpflichtung*) que se impuso la I.G.A. (Asociación de Aerosoles Alemana) y que aceptó el Gobierno Federal en 1.976. El objeto del mismo fue la reducción de la cantidad de clorofluorocarbonos (CFCs) en los sprays fabricados en Alemania para reducir el impacto negativo que ya se dejaba sentir en la capa de ozono. El objetivo era alcanzar un descenso del 30% de esa sustancia para el año 1.979, en relación con los valores de 1.975. Es curioso comprobar cómo en este compromiso se dieron dos circunstancias que, con el correr de los tiempos, se han ido repitiendo en la mayoría de los acuerdos ambientales alemanes hasta convertirse en característica propia: por un lado, la existencia de una amenaza legislativa, que llevó a la industria de aerosoles a autocomprometerse con el medio ambiente, presionando así al Gobierno para evitarla (lo que TERHART denomina “moral suasion”); por otro, la forma jurídica empleada para el acuerdo, esto es, una declaración unilateral aceptada informalmente por el Gobierno, evitándose conscientemente cualquier forma de contrato o incluso convenio formalmente celebrado<sup>1196</sup>.

1194 Baste recordar el caso de la empresa química Sandoz en Bassel, que determinó la firma de los llamados acuerdos del Rhin, en 1.987 y 1.991, por medio de los cuales la ciudad de Róterdam desistía de sus acciones legales ya en tabladas o renunciaba a entablarlas en el futuro contra las industrias ribereñas francesas, alemanas y suizas, a cambio de que éstas se comprometieran a reducir el volumen de sustancias contaminantes vertidas al Rhin en un 50% para el año 1.995, en referencia a los valores de 1.985. La industria alemana fue de las más activas, y suscribió un acuerdo específico en 1.991 con una duración hasta 2.010. Cfr. VAN DUNNÉ, J. M., *Legal Issues arising from the Rhine Contracts*, en *Environmental Contracts and Covenants: New Instruments for a realistic Environmental Policy?*, VAN DUNNÉ, J. M. (editor), *Proceedings of an international conference held in Rotterdam*, Vermande, Lelystad, 1.993, págs. 124-127.

1195 Así lo confirma el S.R.U. en su Informe titulado *Abfallwirtschaft. Sondergutachten*, Metzler-Poeschel, Stuttgart, 1.991, pág. 55, al afirmar con contundencia que los instrumentos económicos están ampliamente subdesarrollados en Alemania. Bien es verdad que desde entonces hasta la fecha han pasado diez años, y que después han venido apareciendo muchos acuerdos voluntarios, contratos y compromisos de autogestión o autorregulación. Proscritos por su carácter aparentemente contrapuesto al medio ambiente, los instrumentos económicos necesitarían inscribirse en el marco normativo existente para aunar a su vertiente de eficacia y eficiencia una nueva faceta ecológica, en opinión de EWRINGMANN, D. y GAWEL, E., *Kompensationen im Immissionschutzrecht. Erfahrungen im Kannerbäckerland*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1.994, págs. 28-29.

1196 Cfr. STEGER, U., *Umwelt Management. Erfahrungen und Instrumente einer Umweltorientierten Unternehmensstrategie*, editorial Frankfurter Allgemeine-Gabler, Wiesbaden, 1.988, págs. 97-100 y TERHART, K., *Die Befolgung vom Umweltschutz- auflagen als betriebswirtschaftliches Entscheidungsproblem*, en *Schriften zur wirtschaftswissenschaftlichen Analyse des Rechts*, n.º 1, editorial Duncker & Humboldt, Berlin, 1.986, pág. 28. Ante los Buenos resultados obtenidos por el acuerdo de 1.976, las mismas partes se animaron a celebrar una segunda parte del mismo en 1.987, esta vez siendo la parte pública el flamante Ministerio de Medio Ambiente, con el objetivo de reducir un 35% los CFCs para finales de 1.988 en relación a los valores de 1.987. La amenaza jurídica en esta segunda ocasión fue la Convención de Viena de 1.985 para la protección de la capa de ozono y el Protocolo de Montreal sobre Sustancias que reducen la capa de ozono, de 1.987. Los objetivos también fueron cumplidos.

### 3. Marco jurídico de los acuerdos voluntarios en Alemania

Con este importante y exitoso antecedente, desde los años ochenta, las críticas a los instrumentos normativos (lo que podría denominarse *Ordnungsrechts*) se extendieron entre la doctrina, a los que se achacaba, en general, falta de eficacia, complejidad innecesaria, politización y carestía, lo que supondría, a corto plazo, el advenimiento de un “nuevo derecho”<sup>1197</sup>. Desde entonces, toda una batería de instrumentos negociados (*Verhandlungslösung*) ha proliferado en el Derecho Ambiental germano, asentada sobre la base de principios inferidos como el de cooperación (*Kooperationsprinzip*), quien contamina paga (*Kostenanlastungsprinzip*) o precaución (*Vorsorgeprinzip*). Aun así, a pesar de la existencia de una nueva ola de autores que abogan por el recurso a instrumentos externos al orden jurídico administrativo, no siempre se ha propugnado un abandono de la regulación, las sanciones o la policía como sustancia principal de la función ambiental, ya que existen autores que promueven una revolución interna de estos instrumentos clásicos, sin tener que recurrir a los novedosos mecanismos de mercado<sup>1198</sup>.

<sup>1197</sup> Véase, por todos, KOCH, H.J., *Beschleunigung, deregulierung, privatisierung, Modernisierung des Umweltrechts oder symbolische Standortpolitik?*, en la obra colectiva SCHLACKE, S. (editora), *Neue Konzepte im Umweltrecht. Beschleunigung durch Modernisierung, Effektivierung, Vereinfachung!*, en Schriftenreihe des Vereins für Umweltrecht, Rombos-Verlag, Berlin, 1.996, págs. 27-35 y 54-57, que parte de la decadencia de un Estado hiperintervencionista/hiperdemandado (*überforderte Staat*) para llegar a un modelo de Administración consensual (*Konsensuales Verwaltungshandeln*) y CREMER, W. y FISAHN, A., en la obra colectiva por ellos editada *Jenseits der markregulierten Selbststeuerung – Perspektiven des Umweltrechts*, en Schriftenreihe des Vereins für Umweltrecht, Rombos Verlag editorial, Berlin, 1.997, págs. 28 y 29, como paso previo para la introducción de la fiscalidad ambiental, cuya génesis comparte causalidad y fenomenología con la de los acuerdos y convenios ambientales.

<sup>1198</sup> De entre los primeros, LÜBBE-WOLFF, G., *Modernisierung des Umweltordnungsrechts. Vollziehbarkeit-Deregulierung-Effizienz*, Economica Verlag, Berlin, 1.996, págs. 182-203 o SUCK, A., *Möglichkeiten und Grenzen “freiwilliger Selbstverpflichtungen” der Industrie im Umweltschutz – Eine komparative Fallanalyse*, Diplomarbeit, Constanza, 1.999, págs. 100-105 (a quien agradecemos su colaboración para poner a nuestra disposición este trabajo no publicado), requieren una mirada hacia los flancos para aprovechar sin rubor los hallazgos de ciencias anexas como la economía, apostatando de los mecanismos unilaterales de control. De entre los segundos, por ejemplo, cabe citar a los administrativistas WAHL, R. y APPEL, I., *Von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung*, en la obra colectiva WAHL, R. (editor), *Prävention und Vorsorge*, Economica Verlag, Berlin, 1.999, págs. 36-41. Adoptando una clásica perspectiva *pro Res publica*, consideran que aunque es cierto que el Derecho Ambiental de los últimos años ha sufrido importantes transformaciones (aumento de la complejidad técnica y jurídica, inserción de multitud de agentes interesados en las decisiones administrativas –multipolaridad, la llaman-, la necesidad de encontrar una solución rápida para los episodios contaminantes, incertidumbre científica de los medios a emplear, etc.), las armas del propio Derecho Administrativo son suficientes, necesitando, sobre todo, una adaptación flexibilizadora del procedimiento administrativo a esa nueva coyuntura y una apertura general del instrumental jurídico-administrativo (*Offenheit der Rechtlichen Instrumentarien*). En esa línea se encuentra también ACKERMAN, S. R., *Umweltrecht und -politik in den Vereinigten Staaten und der Bundesrepublik Deutschland*, en Frankfurter Schriften zum Umweltrecht, n.º. 10, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1.995, págs. 57-58, para quien es deseable que el Derecho Administrativo dé un paso adelante para un conocimiento prospectivo al respecto (*Vorgehensweise*). Entre ambas posturas se encuentra GAWEL, E., *Effizientes Umweltordnungsrecht – Anforderungen und Grenzen aus ökonomischer Sicht*, en la obra colectiva GAWEL, E. y LÜBBE-WOLFF, G. (editores), *Effizientes Umweltordnungsrecht. Kriterien und Grenzen*, en Schriftenreihe Recht, Ökonomie und Umwelt, n.º. 10, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2.000, págs. 28-30, que propone seguir utilizando los instrumentos reguladores (*ordnungsethischen Instrumenten*) pero en combinación con los económicos y los de fomento (*Anreizverfahren*), hasta conseguir un reparto racional del trabajo entre todos ellos (*Arbeitsteilung*).

Dentro de esa gran categoría, los acuerdos o instrumentos paccionados de gestión ambiental como género (*Umweltabsprachen*) carecen, como en España, Francia, Italia o EE.UU., de marco regulatorio específico y son, en su enorme mayoría, no vinculantes para las empresas, reduciéndose a declaraciones unilaterales de buenas intenciones o a compromisos de caballeros. Cítese aquí la declaración de la industria química alemana (V.C.I.) a favor de los *Selbstverpflichtungen* como estrategia propia para reducir la contaminación<sup>1199</sup>.

Tampoco atan a las Administraciones, que se limitan a aceptarlos o no, pero sin establecer con la parte privada vínculo contractual alguno. Ahora bien, que no sean vinculantes no quieren decir que no sean negocios jurídicos, de los que se desprenden importantes efectos para las partes: principalmente, como hemos anticipado, el incumplimiento de los objetivos por las empresas que convinieron intitula a la Administración o al Gobierno para, respectivamente, regular mediante disposiciones administrativas o aprobar un proyecto legislativo sobre la materia, lo que causa un impacto tal en el sector que es de por sí suficiente amenaza como para constreñirlo a actuar. No son vinculantes, pero esta importante consecuencia les hace funcionar casi como tales. La discrecionalidad administrativa es fuerte en estos convenios, en el bien entendido de que el correcto entendimiento del cumplimiento o incumplimiento de los objetivos marcados queda al albedrío de la Administración<sup>1200</sup>.

El principal basamento actual de los acuerdos ambientales en Alemania es el principio de responsabilidad compartida que expresara hace poco el V Programa de Acción Ambiental de la Unión Europea<sup>1201</sup>. En Alemania este principio ha

1199 Cfr. V.C.I., *Position des VCI zu Selbstverpflichtungen als Instrument der Umweltpolitik*, de 13 de mayo de 1.998, donde esta poderosísima rama industrial alemana menciona las cinco ventajas que, a su entender, le supone la opción por los instrumentos paccionados: alta aceptación de los compromisos por las empresas; existencia de un margen de maniobra para adaptarlos a sus necesidades personales sobre gastos; control propio de la evolución de sus prestaciones ambientales, sustituyendo al de la Administración; evitación de instrumentos regulatorios, económicos y fiscales, y apuesta por la subsidiariedad (págs. 8 y 9).

1200 La ex-Ministra de medio Ambiente, Angela Merkel tenía una favorable opinión respecto al empleo de convenios ambientales, pero siempre que cumplieran las siguientes condiciones: objetivos cuantificables, compatibilidad con el mercado, correcta revisión de sus logros y transparencia. Cfr. BUNDESMINISTERIUM FÜR UMWELT, NATURSCHUTZ UND REAKTORSICHERHEIT (B.M.U.), *Der Stellenwert von umweltbezogenen Selbstverpflichtungen der Wirtschaft im rahmen der Umweltpolitik der Bundesregierung*, en *Umwelt*, n.º. 3, 1.997, págs. 88-92. Más recientemente, el Gobierno ha arremetido contra el tradicional "command and control" como herramienta dominante de la gestión ambiental, afirmando que los instrumentos normativos no parecen constituir una solución eficiente ya que provocan una ralentización del desarrollo de técnicas innovativas. Cfr. BUNDESREGIERUNG, *Vermeidung und Verwertung von Abfällen im Automobilbereich. Antwort des Bundesregierung auf eine Parlamentarische Anfrage der Abgeordneten Angelika Graf (SPD)*, en *Umwelt*, n.º. 2, 1.996, pág. 76.

1201 En alemán, *Gemeinsamen Verantwortung und Partnerschaft*, tal como fue introducido en la reforma que la Decisión 2.179/98/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 1.998 hizo del V Programa (art. 9). Cfr. RENGELING, H.W., *Europarechtliche Grundlagen des Kooperationsprinzips*, en la obra colectiva HUBER, P. M., (editor), *Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht*, en *Schriften des Hellmuth-Leoning-Zentrums für Staatswissenschaften e. V.*, Jena, n.º. 9, Berlin Verlag Arno Spitz, Berlin, 1.999, págs. 54-55 y 60-62, para quien dicha reforma ha supuesto el empuje definitivo del principio de cooperación ambiental en Alemania, enraizado en la aparición de los *Vereinbarungen*.

sido reconocido por el Tribunal Constitucional Federal como principio de cooperación (*Kooperationsprinzip*), esto es, cifrando la responsabilidad de la tutela ambiental no sólo en la Administración sino también en la industria (y en los ciudadanos, cabría añadir, conforme al principio de participación). La Corte ha tenido ocasión de pronunciarse en un par de sentencias recientes sobre el sustrato jurídico de este principio, hasta entonces sólo virtualmente presente en varias regulaciones<sup>1202</sup>.

#### 4. Tipología y características de los acuerdos ambientales alemanes

Siguiendo al profesor HÄGER en este punto, consideramos que existen dos tipos de acuerdos ambientales en Alemania: los acuerdos que podríamos llamar de cumplimiento, o ejecutivos, y los acuerdos legislativos o normativos.

Los primeros se utilizan para que la Administración ambiental y las empresas contaminantes, generalmente individualmente consideradas, solucionen una determinada situación dañosa para el entorno o consigan una autorización para la apertura, modificación o ampliación de sus instalaciones, pactando el cumplimiento más adecuado de la normativa existente para remediar la situación existente. TOMERIUS, que los denomina *Projektabsprachen* (algo así como acuerdos sobre proyectos) considera que se encuadran dentro de la teoría alemana de la Administración informal (*Informelle Verwaltungshandeln*) y que tienen una función positiva pacificadora de conflictos, reductora de la incertidumbre o flexibilizadora del procedimiento administrativo. Jocosamente recuerda que, al producirse en la “sala oscura” (*der Dunkelkammer*) o el “campo de recreo” (*Tummelfeld*) del Estado de Derecho carecen

<sup>1202</sup> Así, en su pronunciamiento de 7 de mayo de 1.998 (*Bundesverfassungsgericht*), el Tribunal Constitucional anulaba una tasa local sobre los envases de un solo uso por in contra el principio de cooperación que recoge la Ley Federal de Residuos, ya que esta norma sólo establece objetivos de responsabilidad compartida en la recogida y tratamiento de residuos, pero no concreta los medios por los que dichos agentes deben afrontarla, como hace esta tasa. En un segundo caso, el Tribunal Constitucional hace lo propio con una tasa estatal sobre la generación de residuos peligrosos en plantas industriales, por contravenir la Ley Federal de Control de Emisiones, que otorga un margen de opciones abiertas para que una instalación industrial pueda proveer sobre la correcta disposición de estos residuos una vez generados. Se observa en ambos pronunciamientos que el principio de cooperación ambiental tiene no sólo un aspecto positivo (que obligaría a los agentes contaminantes a hacerse cargo de los residuos o emisiones que producen) sino también un importante componente negativo, que se cifraria en la obligación de la Administración de no cargar demasiado en las espaldas de la industria la responsabilidad mutua de proteger el medio ambiente. Una lectura crítica de ambas sentencias puede verse en ROLLER, G., *Environmental Law Principles in the Jurisprudence of German Administrative Courts*, en E.L.N.I. n.º. 2, 1.999, Darmstadt, págs. 33 y 34, quien considera que la concreta exégesis del Tribunal va en contra de la vaguedad con que las leyes que fundamentan el fallo enuncian la cooperación, conculcándose el principio democrático.

de efecto vinculante, por lo que la Administración puede siempre optar por una solución alternativa unilateralmente adoptada<sup>1203</sup>.

Los segundos suponen algo más, constituyendo una especie de forma de regulación, ya que la Administración renuncia a dictar una norma o a aprobar un proyecto legislativo para un determinado sector contaminante a cambio de que éste se comprometa unilateralmente o por medio de un pacto aceptado por la Administración a solucionarlo por sí mismo<sup>1204</sup>. Aunque también enclavados en el dominio natural de la acción pública informal (*Informelles Staatshandeln*), en opinión de HOPPE y BECKMANN no cabría considerarlos parte de la Administración informal propiamente dicha, al tratarse, en la mayoría de los casos, de limitaciones voluntariamente autoimpuestas por las empresas (*Selbstbeschränkungsabkommen*)<sup>1205</sup>,

<sup>1203</sup> En su opinión, estos acuerdos ejecutivos (por medio de los cuales los administrados, sobre todo empresas, se acercan a la Administración para llegar a una solución pactada de una obligación ambiental establecida previamente en una norma) tienen lugar porque existe un déficit de ejecución o aplicación de las normas ambientales, dados los alto estándares que establecen y su heterogeneidad. Vid. TOMERIUS, S., *Informelle Projektabsprachen im Umweltrecht. Möglichkeiten und Grenzen im kooperativen Normenvollzug aus verfassungsrechtlicher Sicht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1.995, págs. 5-12 y 120-130 y LÜBBE-WOLFF, G., *Wie effizient ist Flexibilität? – Ergebnisse einer Behördenbefragung zur Wünschbarkeit grösserer fallbezogener Entscheidungsspielräume der Umweltverwaltung*, en la obra colectiva MARBURGER, P. (coordinador), *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts*, Editorial Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2.000, págs. 74 y 75.

<sup>1204</sup> **Este segundo es el tipo más común de acuerdos en Alemania**, y, aunque parecen que suplen el rol de la regulación tradicional, en verdad carecen de vinculatoriedad, si bien la presión social o informativa puede llevar a una cierta coercibilidad *de facto*. Vid. HÄGER, G., *Legal Theory of Voluntary Agreements in the Field of the Environment*, CAVA Working Paper n.º. 2.000/2/14, febrero 2.000, págs. 4 y 12. El profesor de Friburgo se muestra a favor de establecer un marco legislativo para la suscripción de acuerdos voluntarios, evitando así que se puedan celebrar en fraude de ley o en clara contravención de los intereses públicos. Ese marco legal crearía los presupuestos procedimentales y las garantías de participación, democracia, control y sanción adecuadas para intentar blindar el tradicional talón de Aquiles de los instrumentos paccionados para la protección del medio ambiente: su vaguedad y carácter puramente moral más que legal (pág. 7). La misma visión la comparten COENEN, R., KLEIN-VIELHAUER, S. y MEYER, R., *Integrierte Umwelttechnik – Chancen erkennen und nutzen*, editorial Sigma Rainer Bohn Verlag, Berlin, 1.996, pág. 84, para quien los acuerdos ambientales sólo llegarán a ser aceptables instrumentos de política ambiental si la Administración regula claras metas en tiempos determinados que después incluye o exige en sus acuerdos. Junto a ambos tipos de acuerdos, el profesor STEGER incluye una tercera categoría, los llamados *Informationsverpflichtungen*, compromisos informales basados en el *Verursacherprinzip*, por el que las empresas o ramos industriales se comprometen a rendir cuentas al público o a la Administración de sus datos ambientales. Cfr. STEGER, U., *Evaluierung freiwilliger Branchenvereinbarungen (Kooperationslösungen) im Umweltschutz*, en la obra colectiva B.D.I. (editora), *Freiwillige Kooperationslösungen im Umweltschutz*, BDI, Colonia, 1.992, págs. 15-21. Contemplan también este tipo de acuerdos VON FLOTOW, P. y SCHMIDT, J., *Evaluation von Selbstverpflichtungen der Verbände der Chemischen Industrie*, Institut für Umweltmanagement GMBH, Oestrich-Winkel, 2.001, págs. 26 y 27.

<sup>1205</sup> Cfr. HOPPE, W., y BECKMANN, M., *Umweltrecht*, editorial C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1.989, págs. 156-159. Para SÜNDERHAUF, H., *Mediation bei der aussergerichtlichen Lösung von Umweltkonflikten in Deutschland*, Rombos-Verlag, Berlin, págs. 130-135, 257-258 y BRENNER, V. M., *Normsetzung durch private Verbände. Zur Verschränkung von staatlicher Steuerung und gesellschaftlicher Selbstregulierung im Umweltschutz*, en *Umweltrechtliche Studien*, n.º. 20, Werner-Verlag editorial, Dusseldorf, 1.996, pág. 17 y ss., un tipo de acuerdos que tampoco cabría enclavar en la Administración informal son los acuerdos a los que llegan la Administración y las empresas contaminantes para solucionar extrajudicialmente un litigio ambiental por medio de una mediación o de la autocomposición (*Prinzip der Einigung*), ya que se producen dentro de un procedimiento más o menos formalizado, con absoluta transparencia para terceros y respetando los principios de democracia, legalidad y participación.

que las asumen en ausencia de regulación positiva. Claro está, que, en la mayoría de estos últimos, queda de parte de la voluntad política de la Administración aprobar o no finalmente una norma, ya que no es posible que ésta renuncie a sus poderes unilaterales<sup>1206</sup>.

A esta clasificación de los acuerdos ambientales en acuerdos sustitutivos de la regulación (*normersetzende/normvertretende Absprachen*) o ejecutivos de la misma (*norm-vollziehende Absprachen*) se adhiere JÜLICH<sup>1207</sup>.

### A. La regulación de los acuerdos ambientales en el fallido proyecto de Código Ambiental Federal

La tendencia hacia la resolución paccionada de los problemas ambientales encontró un aliado imprevisto en la codificación de la normativa ambiental: desde hace una década, una Comisión independiente para la Codificación ambiental (*la Unabhängige Sachverständigenkommission Umweltgesetzbuch*), con sede en el Ministerio de Medio Ambiente, tiene el encargo de filtrar, unir, refundir y codificar todas las leyes, reglamentos y disposiciones menores federales en materia de medio ambiente, reduciendo, además, los trámites administrativos de las licencias. El resultado ha

<sup>1206</sup> En Alemania no es posible vincular las potestades administrativas. A lo máximo que se podría llegar es a que la parte privada que ve cómo el Gobierno aprueba finalmente una regulación sobre la que existe un acuerdo voluntario en vigor demande a la Administración por los daños y gastos realizados en la esperanza de su abstención normativa, esto es, por responsabilidad extracontractual con base en el art. 34 Constitución en relación con el art. 839 Código Civil alemán.

Incluso en los sistemas jurídicos más avanzados para los acuerdos ambientales como Bélgica o Dinamarca, la vinculatoriedad se predica mayormente de las industrias que de la Administración, que retendrá sus poderes normativos o sancionadores. En éste último país, los acuerdos son entendidos como contratos administrativos, pero sin que puedan establecer objetivos inferiores a los recogidos en la legislación que les sirva de base, como recogen los arts. 10 y 11 de la Ley de Protección Ambiental danesa. Cfr. BASSE, E. M., *The Contract Model - The Merits of a Voluntary Approach*, en *Environmental Liability*, n.º. 2, 1.994, págs. 76, 81-83.

<sup>1207</sup> Los acuerdos ejecutivos son los que pueden terminar un procedimiento administrativo, y pueden o no ser encauzados por el art. 54 de la Ley de Procedimiento Administrativo. También puede ser usado este marco legal de los acuerdos vinculantes para formalizar lo que Jülich llama "acuerdos de vecinos", esto es, acuerdos entre la Administración y una única parte privada para la solicitud de licencias o para la resolución paccionada de conflictos. El art. 71 de la Ley de la VwVfG exige que la Administración que deba resolver sobre la licencia convoque una reunión a la que deberán asistir, aparte el solicitante, todos los terceros interesados en el procedimiento, para discutir sobre la concesión o denegación de la licencia, con lo que quedan salvaguardados los intereses vecinales, sobre todo. Tal fue el caso de el acuerdo entre la ciudad de Bremen y las autoridades y asociaciones vecinales para solicitar la apertura de un nuevo vertedero de residuos, en 1.993. El autor realiza un exhaustivo análisis de los casi 90 acuerdos ambientales de todo tipo suscritos en Alemania hasta 1.999, la mayoría de ellos no vinculantes. Cfr. JÜLICH, R., *Germany Country Report*, Öko-Institut e. V., Darmstadt, 2.000, págs. 6-10. El inventario oficial de los acuerdos más importantes lo ha realizado el propio Ministerio de Medio Ambiente (BMU, *Selbstverpflichtungen in Deutschland, Auswertung des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit*, 1.995.

sido un proyecto de Código Ambiental Alemán (*Umweltgesetzbuch, UGB-KomE*), en cuya elaboración se ha introducido un capítulo dedicado a los acuerdos voluntarios: allí se distingue claramente entre convenios ambientales y compromisos voluntarios<sup>1208</sup>.

El proyecto de Código Ambiental alemán tiene vocación de Ley General de Medio Ambiente y es su intención última la de dotar de coherencia interna a esta incipiente rama del derecho que, con este proyecto, pretende disipar todas las dudas aún pendientes acerca de su independencia científica como rama jurídica autónoma. El proyecto integrará una parte general y una parte especial, y tiene un total de 598 artículos. Aúna con exhaustividad todas las normas sectoriales del Derecho Ambiental (salvo algunas normas especiales de carácter penal) con la intención práctica de determinar el derecho vigente en un sector caracterizado por una enorme voráGINE de normas, su temporalidad y complejidad.

El proyecto del Volumen I del Código Ambiental fue presentado en septiembre de 1.997 por la Comisión, pero, tras ser revisado por el Consejo de Legislación no ha sido aún aprobado; más aún, fue vetado en 1.999 por el Ministerio de Medio Ambiente, por lo que sus preceptos son puramente informativos y orientativos, y no han entrado aún en vigor. Al no estar aprobado el Código Ambiental, el estudio que ahora adelantamos es, por tanto *de lege ferenda*, pero lo hemos considerado importante ya que expresa el parecer de la doctrina más autorizada sobre los acuerdos ambientales al tiempo que adelanta el que algún día será el mejor marco legal sobre acuerdos ambientales en Europa.

a). Respecto de los primeros, los convenios ambientales – (*freiwillige Umweltvereinbarungen*) –, que se caracterizan por su sinalgmaticidad y su posible carácter vinculante, el Código Ambiental los recoge en su art. 36, I, nº. 1, 2 y 3, permitiendo la suscripción de convenios ambientales (*covenants*, en terminología holandesa) sustitutivos de la legislación, pero impidiéndoles ir más allá de lo que podría hacerlo la legislación que sustituyan, es decir, respetando la competencia del ente administrativo que los acepta o suscribe y el mismo procedimiento de elaboración de la misma; no signi-

1208 Sobre la codificación ambiental en Alemania, véase SENDLER, H., *Modernisierung des Umweltrechts durch ein Umweltgesetzbuch*, en la obra colectiva SCHLAKE, S. (editora), *Neue Konzepte im Umweltrecht. Beschleunigung durch Modernisierung, Effektivierung, Vereinfachung?*, en Schriftenreihe des Vereins für Umweltrecht, Rombos-Verlag, Berlin, 1.996, págs. 65 y ss., RENGELING, H. W., *Auf dem Weg zum Umweltgestezbuch I. Zur Umsetzung der IVU- und der UVP- Änderungsrichtlinie*, en Schriften zum deutschen und europäischen Umweltrecht, nº. 16, Carl Heymanns Verlag, Colonia, 1.999, BREUER, R., *Empfiehl es sich, ein Umweltgesetzbuch zu schaffen, gegebenenfalls mit welchen Regelungsbereichen?*, en Verhandlungen des Neunundfünfzigsten deutschen Juristentages, nº. 1, C.H. Beck'sche Verlagsbuschhandlung, Munich, 1.992 o BLÜMEL, W., (editor), *Umweltgestezbuch – Klagebefugnis*, Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung, Speyer, 1.999.

fica que el convenio no pueda exigir un umbral de protección superior al establecido en la ley, lo cual es, por lo demás, deseable. Lo que quiere decir es que la identificación del convenio con la ley o reglamento al que reemplaza debe ser total, y si ésta exigía su aprobación por el Parlamento, también deberá someterse a él el convenio, así como al resto de requisitos de audiencia y participación de terceros interesados. Otro límite fundamental que se recoge allí es la necesidad de no contravención de los intereses generales. Además, deberán ser publicados en el Boletín Oficial (art. 36, II), su cumplimiento sujeto a revisión y ejecutable forzosamente por la Administración que los celebró (art. 36 III 3). Por último, y reflejando una clara influencia de las recomendaciones de la UE al respecto, el art. 37 deja la puerta abierta a que la Administración declare vinculante el acuerdo, lo que se nos antoja de difícil cumplimiento (de hecho ni uno de ellos se ha dado aún en Alemania)<sup>1209</sup>. Requisitos todos ellos que nos recuerdan mucho a los límites que el art. 88 de la Ley 30/1.992 española establece a los acuerdos de terminación convencional de procedimientos o el art. 4 TRLCAP hace para con los convenios de la Administración.

En caso de que la Administración considere que es necesario hacer vinculante el convenio, se someterá al marco jurídico del art. 54 VwVfG, que refiere a contratos administrativos de subordinación (los celebrados por las Administraciones con sus administrados). Comoquiera que estos acuerdos de terminación convencional del procedimiento administrativo no podrán conculcar lo establecido en las leyes, solamente podrán suscribirse allí donde la Administración cuente con poderes discrecionales, y siempre que no contravenga los intereses generales, por lo que sólo se aceptará el acuerdo si la prestación ambiental a la que se compromete la empresa/s revierte a favor de las competencias o tareas que tiene encomendadas la Administración que lo suscribe<sup>1210</sup>.

<sup>1209</sup> Un ejemplo de *Vereinbarung* o convenio ambiental, si bien no vinculante, es el que glosan BÜLTMANN, A. Y WÄTZOLD, F., *The implementation of national and European legislation on air pollution from municipal waste incinerators in Germany*, UFZ-Centre for Environmental Research Leipzig-Halle, Leipzig, 2.000, págs. 20-24: se trata del acuerdo que suscribieron en febrero de 1.990 el Gobierno del Estado alemán de Rin del Norte-Westphalia con el sector estatal de incineración de basuras para la reducción del volumen de dioxinas y furanos emitidos (*Emissionsminderungsplan für Dioxine aus Abfallverbrennungsanlagen-EMDA*) a 0.1 ng TE/m. Este tipo de acuerdos, suscritos por la Administración, suele adoptarse *secundum legem*, no variando los estándares legales más que en algunos pocos aspectos *a fortiori*. Así, en este caso, la tasa de reducción se contemplaba ya en el proyecto de Ordenanza sobre Plantas Incineradoras de Residuos y Sustancias Combustibles Similares (*Verordnung über Verbrennungsanlagen für Abfälle und ähnliche brennbare Stoffe - 17. BImSchV*), que finalmente fue aprobado el 23 de noviembre de 1.990. La principal virtualidad del acuerdo era la de anticipar la regulación, dejando libertad a las partes sobre los medios a adoptar. Los autores convienen en afirmar que no se trata de un contrato de Derecho Público, sino de un acuerdo ambiental con importantes efectos para las partes (pág. 24).

<sup>1210</sup> Advierten en buena lógica ZIMMERMANN, H. Y HANSJÜRGENS, B., *Zertifikate im Instrumentvergleich aus Ordnungspolitischer Sicht*, en la obra colectiva BONUS, H. (editor), *Umweltzertifikate. Der steinige Weg zur Marktwirtschaft*, editorial Analytica Verlag, Berlin, págs. 52-55, que en el ámbito ambiental, la complejidad de los asuntos demanda en muchos casos una decisión discrecional (*Notwendigkeiten zur diskretionären*) que otorgue libertad de acción a la Administración con la que acomodarse, además, al nuevo derecho ambiental basado en el consenso.

En una obra de trascendental importancia para conocer el entorno jurídico de los acuerdos ambientales en Alemania, KNEBEL, WICKE y MICHAEL consideran con muy buena lógica que la apuesta del Derecho comunitario por hacer vinculantes los acuerdos ambientales provocaría más problemas que los que trata de remediar<sup>1211</sup>.

En este sentido, una interesante aportación al debate jurídico de fondo sobre la viabilidad de los acuerdos voluntarios se debe a NICOLAI DOSE, quien ha tratado el tema en varios artículos doctrinales. En la línea de otros juristas modernos, estima que la reafirmación del principio de legalidad (*Rechtstaatsprinzip-Wesentlichkeit*, art. 20 GG) es fundamental para legitimar a la Administración, que sólo se ve investida de *potestas* en la medida en que sus integrantes son elegidos de entre el Parlamento, votado, a su vez, por el pueblo. Sin embargo, con una sutil percepción, ha denotado la existencia de señales en el aparato administrativo que buscan una radicalización de esa base democrática a través de una ejecución del Derecho Administrativo en posiciones de igualdad con los ciudadanos, no de superioridad. Una de ellas son los contratos administrativos (*öffentliche-rechtlichen Verträge*) del art. 54 VwVfG<sup>1212</sup>.

b). Respecto de los segundos, los simples compromisos unilaterales, que son los que mayoritariamente se han dado hasta la fecha en el Derecho Ambiental alemán, son meras declaraciones unilaterales de las industrias o sectores empresariales (*Selbstverpflichtungen*), si bien fruto de arduas negociaciones con la Administración. La autorregulación pura es rara, ya que siempre existe algún tipo de intervención pública, cuanto menos como amenaza reguladora que lleva a la parte privada a auto-normarse; el art. 35 del proyecto de Código Ambiental recoge este tipo de promesas por medio de las que se pueden establecer determinados requisitos para precaver

<sup>1211</sup> Cfr. KNEBEL, J., WICKE, L. y MICHAEL, G., *Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes*, Umweltbundesamt, Ercih Schmidt Verlag GMBH & Co., Berlin, 1.999, págs. 155-185. En su opinión, aunque la vinculancia de los acuerdos sea la directriz que se pretende seguir en la UE o en el proyecto de Código Ambiental Alemán, esto se debe a la influencia de las tesis holandesas, no aplicables en el resto de países de la UE, con sistemas constitucionales basados en el principio de legalidad y en la prohibición de disponer de las potestades administrativas.

<sup>1212</sup> Para DOSE, N., *Negotiated Decision-making between State and Market*, Arbeitspaper n.º. 1/2.000, Technische Universität München-Polwiss, 2.000, págs. 13-14 y 17-19, el encuentro entre Administración y administrados en posiciones de mercado (de igual a igual, podríamos decir) favorece un plus de legitimación de la actividad administrativa a través de su ejecución, esto es, una radicalización de su carácter democrático (el principio democrático está en la base de todo este movimiento paccionado que intentamos estudiar en nuestra tesis) *ex post*, ya que, por ejemplo, con uno de estos contratos públicos la administración puede sustituir la relación bilateral de sujeción por medio de un acto administrativo (art. 35 VwVfG) con determinadas empresas contaminantes e ir más lejos y más rápido en la protección ambiental. Lógicamente, al darles al convenio el marco del art. 54 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), se le otorga un carácter vinculante para ambas partes, de modo que cualquier de ellas puede exigirle a la otra parte su prestación.

los riesgos ambientales o para la salud humana. Estos compromisos deben ser debidamente publicitados y contener información sobre las competencias de cada parte, la naturaleza y extensión de los objetivos a satisfacer, el plazo de vigencia, los momentos en los que se han de emitir informes al Gobierno Federal sobre el grado de cumplimiento de los mismos y el modo de probarlo<sup>1213</sup>.

KNEBEL, WICKE y MICHAEL dan las claves que explican la extensión de estos compromisos voluntariamente realizados por las industrias, sus puntos débiles y las condiciones que deben tener para ser mejorados. Entre sus virtudes, figuran:

1. La simplificación normativa que suponen para la futura política ambiental alemana, ya que se aplican en sustitución de normas por aparecer, si bien no cabe que sustituyan a normas ya vigentes;
2. La rapidez con que se preparan y actúan sobre la situación ambiental problemática para la que se crearon;
3. Su flexibilidad y reducción de costes;
4. Su conformidad con el mercado, dado su carácter no vinculante;
5. La reducción de la incertidumbre sobre el futuro de la empresa, al fijar una regulación “a medida” para ella a la que atenerse, y, por tanto, de la conflictividad con la Administración;
6. Implicación de la compañía en las metas ambientales públicas;
7. Su carácter abstracto e informal<sup>1214</sup>.

<sup>1213</sup> Alemania es el primer país europeo en número de acuerdos ambientales celebrados hasta la fecha. Ya en 1.997 eran 93 los acuerdos ambientales de todo tipo suscritos, datando el primero de ellos de 1.980. Como decimos, la mayoría de ellos son compromisos voluntarios, y así lo ha confirmado la Agencia Europea de medio ambiente, debido a la alta cantidad de asociaciones industriales y al enfoque desregularizador y de *laissez-faire* ambiental que aplican los Gobiernos alemanes. Cfr. AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE, *La Efectividad de los Acuerdos Ambientales*, Serie de Cuestiones Ambientales, nº. 3, Vol. I, págs. 29 y 30.

<sup>1214</sup> Cfr. KNEBEL, J., WICKE, L. y MICHAEL, G., *Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes*, Umweltbundesamt, Ercih Schmidt Verlag GmbH & Co., Berlin, 1.999, págs. 19-155. Pero no todos son ventajas, como hemos dicho. Estos autores centran sus críticas en la alegalidad de la figura, que hace que entren en conflicto con los principios de democracia) y legalidad (por sustraer del Parlamento determinadas decisiones ambientales); por su déficit jurídico en general, por el posible perjuicio que conllevan para los derechos de terceros no incluidos en el acuerdo; por proponer en ocasiones objetivos inferiores a los establecidos en las normas; por su ausencia de coercibilidad; por los perjuicios que causan los *free-riders* (*Trittbrettfahrers*, literalmente, “los que montan sobre el estribo”) que pueden hacer fracasar el acuerdo; por la incertidumbre sobre su cumplimiento, ya que éste queda en manos de la propia parte privada; por la carencia de controles sobre los resultados que se dicen ir obteniendo; por la ausencia de sanciones en caso de incumplimientos; por su insuficiente publicidad; por suplantar a la Administración como último sujeto responsable de la protección del medio ambiente; y por pasar por alto las garantías y exigencias del procedimiento administrativo.

De todas formas, conscientes de lo generalizado de su utilización, proponen varias enmiendas en sus características actuales para compensar dichos defectos. En resumen abogan por aprobar una ley sobre acuerdos voluntarios o, en su defecto, que cada uno de ellos se limite a aplicar o ejecutar objetivos ya contenidos en normas, con lo que

Los compromisos ambientales unilaterales cuentan con el apoyo del S.R.U., lo que no es poco en materia ambiental. Su informe de 1.998 (*Umweltgutachten 1.998*) abogaba por intensificar su uso en determinadas áreas, al tiempo que disipaba cualquier duda sobre su compatibilidad con el derecho de la competencia, mientras que importantes autores los eligen como primera opción de política ambiental, por diferentes motivos, todos ellos contrapuestos de algún modo a los hipotéticos efectos negativos de la regulación<sup>1215</sup>. Otros optan por su concurso como complementario al de la normativa tradicional<sup>1216</sup>.

Claro está, los inconvenientes son también muchos. Principalmente, la vaguedad de los objetivos que se recogen y su carácter puramente moral hacen que muchas empresas no se sientan concernidas por lo que la asociación a la que pertenecen ha aceptado. Como ha destacado FUHR, las inclinaciones motivacionales conforman un aspecto esencial de este autocontrol, si bien otros factores externos pueden determinar también el éxito o fracaso de estos compromisos voluntarios. También otros problemas de legitimidad se han suscitado entre la doctrina (PETERSEN), que ve en los acuerdos ambientales una apuesta por la “venalidad del Estado” (*Käuflichkeit*

se les confiere un marco de estabilidad y garantía jurídica esencial, proponiendo objetivos similares o superiores a los regulados, pero nunca inferiores, al tiempo que conservan sus principales virtudes; someterlos a veto del Parlamento cuando afecten a sus competencias; exigir su publicación en los diarios oficiales del *Land* o la Federación, según su entorno geográfico; que incorporen obligatoriamente medidas de control de los resultados, lo que les otorgaría mayor transparencia de cara a la Administración y credibilidad para el gran público; proponer sanciones para casos de incumplimiento flagrante y doloso y alguna forma de responsabilidad de cierre en la Administración con la que reparar el daño provocado a los intereses generales.

<sup>1215</sup> Tomando como referencia a la poderosa Asociación de la Industria Química Alemana (V.C.I.), JEDER, P., *Position Paper of the Association of the German Chemical Industry (VCI): Self-Commitments as an Instrument of Environmental Policy*, CAVA Working Paper nº. 2.000/2/20, 2.000, págs. 9 y 10, concluye que existen varias razones para apostar por los *Selbstverpflichtungen*. Fundamentalmente, el alto grado de aceptación de la industria de unos compromisos fuertemente negociados por ella misma; la evitación de normas o tasas si se consiguen las metas en ellos plasmadas; el control que sobre los mismos mantiene las empresas, en lugar del dirigismo administrativo propio de las herramientas de *command and control*, su validez desde el punto de vista de la libre competencia, lo que ha sido confirmado por el *Kartellamt* alemán (el equivalente a nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia) en todos los informes sobre los mismos emitidos hasta la fecha: aquí, cualquier posible restricción de la competencia se hace para favorecer la protección del medio ambiente, la salud de los trabajadores o de los consumidores; y, por último, la capacidad de maniobra que se deja a la parte privada para cumplir los objetivos propuestos, actuando los compromisos como directivas que dejan libertad total de medios a los actores, que los adaptan, además, a sus necesidades económicas y a sus ambiciones en el mercado.

<sup>1216</sup> Para REHBINDER. E., “Environmental Agreements. A new instrument of environmental policy”, *European University Institute*, Jean Monnet Chair Paper RSC No 97/45, 1.997, págs. 4 a 12, la autorregulación por medio de compromisos voluntarios sería una salida adecuada para el momento de autocomplacencia que vive el Derecho Ambiental. Si la normativa ha sido siempre el medio normal de expresión de la autoridad pública en este campo se debe al hecho de ser el Derecho Administrativo la fuente primordial de esta rama jurídica. En su opinión, “Esto, naturalmente, significa que en teoría el péndulo puede también oscilar en un futuro de nuevo hacia la regulación administrativa. Sin embargo, dada la tendencia generalizada que reconoce límites a la regulación, no es muy probable que los compromisos voluntarios caigan en desgracia en un futuro previsible, probado que pueden demostrar un adecuado grado de eficacia en comparación a la regulación administrativa, por un lado, y a los instrumentos económicos basados en el mercado, por el otro.”.

des Staates), haciéndose peligrar los beneficios directos que de una acción ambiental pública se derivan para todos los ciudadanos<sup>1217</sup>.

Tal vez el último y más completo trabajo dedicado en exclusiva a los acuerdos ambientales en Alemania es la Tesis Doctoral de CHRISTOPH GIEBEL, leída en Frankfurt en septiembre de 2.000, discípulo del profesor Rudolf Steinberg. Tras dos capítulos de arrastre sobre la experiencia francesa y europea sobre los acuerdos ambientales, su tercer capítulo está dedicado por completo a los *Umweltvereinbarungen* o acuerdos ambientales, género en el que incluye la especie más común en la práctica alemana, los *Selbstverpflichtungen* o declaraciones o compromisos unilaterales. Sus conclusiones son las siguientes:

1. Se trata de una institución amorfa, abstracta, no encajable en ninguna categoría jurídica preexistente.
2. Se encuentra situada entre los contratos de Derecho Público (*Öffentliche-rechtliche Verträge*) y privado, sin pertenecer a ninguna de ellas, dado su no vinculatoriedad.
3. De todas formas, se inserta de un modo más natural entre los instrumentos del Derecho Administrativo, ya que la protección del medio ambiente es una función pública, ex art. 20, A GG.
4. Y tal vez se integra, dentro de él, en una categoría residual (los de actividad pacificadora o mediadora de la Administración, *schlichten (Verwaltungshandeln)*) que se encuentra, a su vez, dentro de la llamada Administración informal (*informalles Verwaltungshandeln*).
5. Su naturaleza interna es moral o política, pero ello no obsta a que produzca importantes efectos jurídicos, de entre los cuales los más importantes son:

<sup>1217</sup> Convenimos absolutamente con Fuhr en la necesidad de establecer un marco legal para los instrumentos paccionados o para la autorregulación, evitando así cualquier posible lesión a terceros no integrantes del acuerdo o problemas de obstrucción de la competencia. De todas formas, la tendencia a cambiar lo que él denomina sistemas administrativos de pensamiento unilateral (*Einseitigkeitdenken*) por un principio de cooperación (*Kooperationsprinzip*) que confiera mayor responsabilidad a los propios sujetos contaminantes y les otorgue libertad de opción (*Wahlfreiheiten*) para determinar cómo mejorar sus prestaciones ambientales, parece estar ya en ciernes en el derecho vigente. Algunos síntomas pueden verse en la Ley de Envases (art. 6.3) o en el procedimiento compartido de notificación de nuevas sustancias contaminantes en la Bundes- Immissionschutzgesetz. Vid. FUHR, M., *Industrial Self-control in the European Regulation of Chemicals*, en E.L.N.I. nº. 1, 1.999, Darmstadt, págs. 31-33. Respecto de los problemas de legitimidad de los acuerdos ambientales que señala PETERSEN, V., *Umweltrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1.999, págs. 49 y 50, cabría pensar en qué medida los intereses públicos que la protección pública del medio ambiente trae consigo no se satisfarían indirectamente de igual manera por medio de acuerdos celebrados entre las empresas y el Estado, que, a fin de cuentas, si se cumplen, estarían revirtiendo en el mismo bien común de los ciudadanos.

- el hecho de poder ser sustitutivos de la normativa;
- de generar una responsabilidad extracontractual en la Administración cuando ésta decide aprobar finalmente una normativa unilateral sobre el objeto del pacto vigente, procediendo una indemnización a favor de la parte privada por las inversiones realizadas. Ello siempre que la Administración haya procedido a un reconocimiento (*Anerkennung*), aunque implícito o informal del compromiso, por ejemplo, a través de los medios de comunicación o de una rueda de prensa. Sólo generarían responsabilidad contractual de la Administración si se firmaran en el marco del art.54 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

6. No suponen una seria amenaza a los principios de democracia o de legalidad dada su innata no vinculatoriedad para la Administración<sup>1218</sup>.

En resumen, podemos advertir tres características generales de los acuerdos ambientales en Alemania, comunes a los dos tipos que hemos descrito:

1. La abstención de la Administración, que se limita a incentivar o negociar, a lo sumo, los convenios, implicándose pasivamente a no emanar normativa propia si se cumplen los objetivos de los mismos;
2. La exclusión de terceras partes: ni los ciudadanos en general, ni las asociaciones de consumidores ni ONGs suelen participar en los acuerdos, al contrario de lo que ocurre, por ejemplo, en Francia o EE.UU.;
3. El carácter no vinculante de las obligaciones establecidas, moviéndose, por tanto, en el terreno de lo moral o político, no siendo posible de ejecutar administrativamente<sup>1219</sup>.

Un ejemplo muy apropiado de la lucha de la industria y la Administración por unir regulación e instrumentos económicos es el llamado Pacto Ambiental de Bavaria. El Estado de Bavaria, fiel al art. 30.8 de la Agenda 21 (que patrocina la adopción de una mezcla de diversos instrumentos de política ambiental, para su mayor efectividad), firmó el 23 de octubre de 1.995 un acuerdo ambiental con la industria estatal cono-

<sup>1218</sup> Cfr. GIEBEL, C., *Vereinbarungen als Instrument des Umweltschutzes. Eine vergleichende Untersuchung des französischen, deutschen und europäischen Rechts*, Nomos Verlagsgesellschaft, en Franfurter Schriften zum Umweltrecht, n.º. 25. Baden-Baden, 2.000, págs. 270-308.

<sup>1219</sup> Vid. GEBERS, B., *The diversity of environmental agreements. An international Overview*, en GLASBERGEN, P. (editor) *Co-operative Environmental Governance. Public-Private Agreements as a Policy Strategy*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1.998, págs. 98-100. Por estas razones, los acuerdos ambientales no han sido muy bien mirados por los movimientos ecologistas, que han visto en la mayoría de ellos meros subterfugios de las empresas por retardar o suavizar el cumplimiento de sus obligaciones legales.

cido como *Umweltpakt Bavaria*. La implicación fue al más alto nivel: por parte de la Administración lo suscribieron el Presidente del Gobierno y los Ministros de medio ambiente y Economía, Transportes y Tecnología; por la parte privada, la Asociación de la Industria Bávara, el director del Consorcio de Cámaras de Industria y Comercio bávaras y el presidente de las Cámaras de Comercio y Artesanía de Bavaria<sup>1220</sup>.

Desde la llegada a la Presidencia del S.R.U. del Catedrático de Derecho Administrativo de Frankfurt, el ya emérito profesor Eckart Rehbinder, la opción por los acuerdos ambientales se ha acendrado<sup>1221</sup>.

De parecida opinión es LUDWIG KRÄMER. Para Krämer, el hecho de que el art. 249 TUE no hable en ningún momento de contratos, acuerdos o de herramientas paccionadas es de por sí un límite para el empleo de los acuerdos en el ámbito comunitario. Esto lo reafirma el art. 5 TUE, donde el principio de subsidiariedad parece constreñir su empleo a escala nacional. Y aunque la Comisión Europea se haya pronunciado a favor de la vinculatoriedad de los acuerdos voluntarios (*Verbindlichkeit der Vereinbarung*), propugnando que se formalicen como contratos civiles o de derecho público, el autor se muestra más favorable a que los acuerdos sean siempre un complemento, no una sustitución (“Sie sollen Rechtsvorschriften ergänzen, nicht ersetzen”) de los instrumentos reglamentarios en el Derecho comunitario<sup>1222</sup>.

1220 La cualidad que nos ha llamado la atención de este acuerdo y razón por la que lo traemos aquí, aparte de por su carácter sinalagmático, poco usual en Alemania, como venimos diciendo, es la apuesta que hace por hacer que sea “funcionalmente equivalente” a los instrumentos regulatorios, en palabras de BOEHM-AMTMANN, A., *The Environmental Pact of Bavarian – Experiences and Perspectives*, CAVA Working Paper nº. 2.000/2/8, págs. 8-11. En efecto, el Gobierno acepta este pacto como sustitutivo de los estándares ambientales recogidos en la regulación ambiental estatal, consistente en un genérico compromiso de mejorar ambientalmente sus prestaciones ambientales, y, a cambio, las empresas auditadas y conformes con el sistema de ecogestión EMAS reciben del Gobierno la promesa de que hará todo lo posible para liberarlas de la obligación de entregar informes y documentación, pasar controles por las autoridades y de trámites procedimentales para la concesión de licencias. Aunque se trata de un proyecto piloto desde el que se intenta enjugar los problemas que el pacto causaría desde una perspectiva de libre competencia comunitaria, su prestigio en Alemania es innegable, y como consecuencia, ya han comenzado las negociaciones para llegar a una segunda parte del mismo. Y es que los acuerdos ambientales pueden considerarse Derecho a los efectos de cumplimiento e identificación con la ley.

1221 Según nos confesaba él mismo personalmente en su despacho de la Universidad Goethe de Frankfurt, sólo en sede de energía nuclear se han podido firmar acuerdos vinculantes en el año 2.000, con la intención de dejar de utilizar esta energía, por lo que los instrumentos paccionados están abocados a servir de mero complemento a la regulación, dada su esencia no coercitiva. Por tanto, el art. 54 de la Ley de Procedimiento queda, pues, para contractualizar actos administrativos en los que existan poderes discrecionales, esto es, sobre todo en materia de ejecución de planes urbanísticos y poco más, si bien su potencialidad en la protección del medio ambiente está, en su opinión, por explotar. A pesar de ello, en su Informe de 2.000, titulado “Comenzando el próximo Milenio”, el S.R.U. apoya sin tapujos su uso, bien para aconsejar sobre la mejora de algunos acuerdos ya firmados (sobre todo los dedicados a la recuperación y reciclado de coches para desguace y de pilas como de la declaración unilateral de la industria alemana sobre reducción de CO<sub>2</sub>), como para utilizarlos en campos hasta ahora poco hollados por esta herramienta, como en la industria petrolífera. Vid. RAT VON SACHVERSTÄNDINGEN FÜR UMWELTFRAGEN, *Report 2.000, Beginning the next Millenium*, págs. 44, 83, 92, 96, 103 y 112.

1222 KRÄMER, L., *Umweltvereinbarungen im Gemeinschaftsrecht*, en RENGELING, H. W./HOF, H. (editores), *Instrumente des Umweltschutzes im Wirkungsverbund – Interdisziplinäres Kolloquium – zugleich Siebte Osnabrücker Umweltgespräche*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2.001, págs. 85 y 88.

## IV. LOS ACUERDOS AMBIENTALES MÁS IMPORTANTES CELEBRADOS EN ALEMANIA

### 1. El Sistema alemán de Recogida y Reciclado de Envases y Residuos de Envases (*Duales System Deutschland GmbH*)

Los alemanes tienen a mucho honra haber sido los primeros en Europa en desarrollar un sistema eficaz de recogida y reciclado de residuos. Efectivamente, antes que los sistemas francés y español, el D.S.D. alemán nació el 28 de septiembre de 1.990. Como sistema se anticipaba así al Decreto de Envases (*Verpackungsverordnung o Verordnung über die Vermeidung von Verpackungsabfällen*), que fue aprobado por el Gobierno alemán el 12 de junio de 1.991 y cuyas prescripciones han sido recogidas por éste<sup>1223</sup>. El modelo alemán ha servido de base a nuestro Ecoembalages español, como tendremos ocasión de ver, y a otros sistemas de reciclado de envases en toda Europa.

La organización se articuló en un principio como empresa privada, pero se convirtió en 1.997 en una compañía pública limitada sin ánimo de lucro. Tiene por misión la reducción del material superfluo que se usa en los envases, la recolección de los envases reutilizables y el reciclado del resto de los residuos de envases<sup>1224</sup>.

La sociedad DSD está formada por tres tipos de actores: las empresas voluntariamente adheridas o afiliadas al sistema (llamadas *Zeichennehmerin* y que serán fabricantes o distribuidoras de productos envasados), empresas dedicadas al reciclado, denominadas *Garantiegeber* o “garantes” (que son de seis tipos: vidrio, papel, hojalata, aluminio, carta de tetra-bricks y plásticos), y las Administraciones Públicas que, o bien reconocen el sistema en su territorio (los Länder) o bien conciertan con DSD para permitirles la recogida dual privada de los envases (los Municipios, que deben dar el visto bueno, mediante las llamadas declaraciones de concertación

1223 La nueva versión del Decreto entró en vigor el 28 de agosto de 1.998. La filosofía de la reforma era introducir más criterios de competitividad entre el DSD y otros posibles sistemas de gestión de residuos de envases, lo que no consiguió, sobre todo, en lo referente al modo de cobro del contrato de licencia sobre el uso del logotipo punto verde (*der grüne-Punkt*).

1224 Actualmente contiene a más de 600 entre todos ellos, cuyos nombres se exponen en el folleto informativo editado por la propia empresa y titulado *Packaging materials are raw Materials, Information brochure*, DER GRÜNE PUNKT, DUALES SYSTEM DEUTSCHLAND, págs. 24 y ss. Todos los datos numéricos que se exponen en este epígrafe han sido extraídos de este folleto y de la página web del DSD (<http://www.gruener-punkt.de>, visitada los días 8, 9 y 10 de julio de 2.001).

(*Abstimmungserklärung*) a los contratos de prestación de servicios de recogida suscritos entre DSD y las empresas privadas o públicas encargadas de la recogida). Los garantes son organizados por las propias industrias que fabrican los envases o se crean como empresas especialmente dedicadas a tal cometido y deben comprometerse con DSD a revalorizar los envases sin poder proceder a la incineración ni a su depósito en vertederos.

El nombre de “sistema dual” le viene por la voluntad del sistema de construir un sistema de recogida de residuos secundario y privado, paralelo y al margen del normal de recogida de residuos de los Municipios, y dedicado a la recogida de envases y residuos de envases.

El Decreto de Envases establece la obligación de fabricantes y distribuidores de productos envasados de recoger, seleccionar y reciclar (en la medida que se establece en sus anexos para cada año y tipo de envase) sus envases, pero pudiendo escoger una de las dos siguientes posibilidades:

1. Bien organizando un sistema de autogestión, organizado con otras empresas o distribuidores del ramo, que realice las labores de manera autosuficiente; el Decreto impone a los sistemas de autogestión que recuperen los envases de los consumidores finales en los puntos de venta o en sus inmediaciones, de modo gratuito para ellos (arts. 6.1 y 6.2), pudiendo contratar para ello a terceros, según permite el art. 11.

2. Bien eximiéndose de tal obligación mediante su adhesión a un sistema voluntario de gestión de residuos, que, por ahora, es únicamente DSD a escala federal (conforme al art. 6.3 del Decreto), aunque existan otros de índole estatal o regional<sup>1225</sup>. El lugar de recogida para estos sistemas de gestión será generalmente el de destino final de los envases, esto es, los hogares de los consumidores o sus inmediaciones (contenedores). Estos sistemas sólo eximían de tal obligación en relación con los denominados envases de venta, esto es, los envases que acababan en manos de los consumidores, mientras que los envases de transporte (que facilitan el transporte de mercancías y protegen contra los daños que pudieran afectar a los productos) y los envases colectivos (utilizados para el

<sup>1225</sup> En 1.992 eran ya ocho los Länder que se habían embarcado en el sistema: Rhineland Palatinate, Baden-Württemberg, Sachsen-Anhalt, Thuringia, Mecklenburg-Vorpommern, Bavaria y Schleswig-Holstein. Éstos dos últimos incluían también mediante pactos las ciudades rurales y urbanas. A principios de 1.993, todos los Länder habían reconocido el sistema. Se estima que existen unos 546 distritos de recogida en toda Alemania y que se han firmado acuerdos de servicio de recogida por DSD con 537 empresas (municipales o privadas).

embalaje adicional de los envases de venta) sólo podrán ser recuperados conforme a sistemas de autogestión.

En realidad, la intercambiabilidad de ambas opciones no es absoluta, como ha tenido ocasión la Comisión de reconocer. Los sistemas se solapan sólo cuando de trata de envases de venta, de envases retornables o de envases que se entregan en el establecimiento del consumidor privado, por lo que, a lo máximo, los sistemas de autogestión sirven como trampolín para una posterior e hipotética decisión de los mismos de convertirse en competidores de DSD en algún Estado<sup>1226</sup>.

La recogida se realiza selectivamente: cada familia dispone en su casa de cuatro bolsas, gratuitamente regaladas por la propia organización: orgánica, papel, plásticos y basura metálica, que se recogen periódicamente. Por si fuera poco, existen contenedores a razón de uno/500 habts<sup>1227</sup>.

Pero lo realmente interesante del sistema DSD es su funcionamiento, basado en contratos y convenios voluntarios entre las Administraciones y las empresas que ponen productos envasados en el mercado (llamadas también llenadoras o “fillers”). Todo el aparato bascula alrededor del sistema de etiquetado ecológico proporcionado por DSD, que se reconoce como “el punto verde” (*der grüne Punkt*). Todo producto envasado es susceptible de llevar este logotipo y su contratación por cada fabricante o comerciante exige pagar una tasa a DSD<sup>1228</sup>. Los contratos de licencia de uso del punto verde suponen que, a cambio de otorgar el derecho a usar el punto

<sup>1226</sup> Entre otras cosas, porque el sistema DSD no permitía, hasta hace bien poco, que el consumidor final pudiese elegir depositar los envases usados en el establecimiento comercial en que compró el producto y no esperar a que se los recogieran en su domicilio. Los costes y desembolsos que supondría la candidatura de un sistema de autogestión a sistema de gestión dual son tan excesivos que aquí la Comisión habla de abuso de la posición dominante. A los gastos burocráticos de reconocimiento en cada Lander se suma la complicación de abrir mercado contra DSD, que actualmente tiene una cuota del 82% aproximadamente de los productos envasados en Alemania. Cfr. Decisión 2.001/463/CE de la Comisión, de 20 de abril de 2.001, en procedimiento con arreglo al art. 82 del TCE (Asunto COMP D3/34.493 –DSD), publicada en el DOCE L 166/1, de 21 de junio, epígrafes 96 y 98 y SCHOENECK, S., *Verpackungsverordnung und Duales System: Ein meilstein auf dem Weg zum Abfallrecht der Zukunft?*, en la obra colectiva CREMER, W. y FISAHN, A., (editores) *Jenseits der markregulierten Selbststeuerung – Perspektiven des Umweltrechts*, en Schriftenreihe des Vereins für Umweltrecht, Rombos Verlag editorial, Berlin, 1.997.

<sup>1227</sup> Existen de 5 tipos: para las botellas de vidrio, para el papel usado, para los plásticos, los metales y tetra-bricks.

<sup>1228</sup> Tasa, que, claro está, se repercutirá posteriormente en el precio del producto a comprar por el consumidor. El importe de esa tasa está en relación con el peso y tipo de materiales del envase, y con el número de productos envasados puestos en el mercado por el usuario del punto verde. Con ello se incentiva que los propios productores se esfuercen por reducir el peso o volumen de materiales utilizados en el envase, lo que redundará también, por supuesto, en un mayor respeto del medio ambiente. Aproximadamente, se estima que la tasa es de unos 2 Pfennig por unidad. Actualmente existen unos 19.000 contratos de uso del punto verde. En abril de 2.001 se estimaba que el 70% de los envases puestos en circulación en Alemania contaban con el logotipo del punto verde. También las empresas extranjeras que vendan productos en Alemania pueden usarlo, aunque un cierto favoritismo de DSD en su concesión a favor de las empresas alemanas motivó un contencioso que la Comisión Europea acabó desestimando a favor del DSD y en contra de la vulneración del antiguo art. 86 (actual art. 82 de la versión consolidada del TCCE).

verde, el sistema exige al fabricante o distribuidor de recoger y reutilizar o reciclar sus envases y lo hace él mismo. A ello hay que añadir el beneficioso efecto llamada que el punto verde tiene para los consumidores alemanes, muy concienciados con el entorno, respecto de los productos que lo portan.

Estos contratos entre fabricantes o comerciantes y el DSD se completan con la obligación de los garantes (determinadas empresas de cada sector dedicadas a llevar a cabo esa tarea de reciclado o reutilización), quienes, a su vez, entregan el material secundario resultante a los mismos fabricantes, con lo que se cierra el círculo productivo<sup>1229</sup>. Con el dinero que DSD recoge de las tasas que pagan los fabricantes usuarios del punto verde el sistema paga a las empresas de reciclado y reutilización y desarrolla actividades de estudio e investigación. El carácter de la compañía sin ánimo de lucro impide, pues, repartir dividendos.

El éxito del sistema *DSD-der grüne Punkt* ha sido fulgurante. Cada año cumple los objetivos de reciclado y recuperación propuestos y a fecha de 31 de mayo de 1.992 englobaba a más de 30.000.000 personas y 230 ciudades.

Tal vez la razón del éxito del DSD es su carácter voluntario. En él se acrisolan todas las posibles ventajas de los sistemas de adhesión voluntaria de particulares a sistemas o paneles públicos de protección ambiental. La profesionalización de la burocracia (alrededor de 380 personas trabajan en los cuarteles centrales de la compañía, en Cologne-Porz) y de las labores de reciclado, junto con el carácter no gratuito del mecanismo hacen que cada empresa se responsabilice hasta un grado sumo de los envases que comercializan, aplicándose sin apenas escapes el principio “quien contamina, paga”. Para que nos hagamos una idea, en 1.999 el total de los importes pagados por el empleo del punto verde ascendía a 3, 9 billones de marcos, cantidad absolutamente suficiente para autoabastecer el sistema e invertir un remanente anual en desarrollo. En estos momentos de bonanza, la propia DSD se plantea encontrar formas de reducir el coste de la tarifa de adhesión para cubrir al 100% de los productos envasados vendidos en Alemania. En 2.000, los consumidores ale-

<sup>1229</sup> Los comerciantes en cuyos establecimientos se venden los productos no tienen obligación de recoger los envases, cosa de la que se encargan, como decimos, determinadas empresas contratadas por DSD o bien las Administraciones por medio de contratos celebrados con DSD (bien a través de sus propios servicios de recogida, bien a través de empresas concesionarias de los mismos), quienes las llevan a las empresas encargadas del reciclado o reutilización de los envases. Éstas últimas pueden ser o fabricantes de envases o compañías exclusivamente dedicadas a ese cometido. Por lo demás, la creación de un mercado secundario de residuos de envases es altamente beneficioso para el medio ambiente, al introducirse criterios económicos en el tratamiento de los mismos y abrir la tecnología miles de formas de usarlos, por lo que son cada vez más apetecidos como envases o simple materia prima por un mayor número de industrias.

manes recogieron un total de 5.671.647 toneladas de residuos de envases (a razón de 78.3 kilos por persona y año).

No obstante la originalidad del diseño del mecanismo del sistema, no todo han sido laureles. Aparte de la crisis financiera por la que atravesó la entidad<sup>1230</sup>, varias denuncias han sido interpuestas contra DSD ante la Comisión por posible vulneración del derecho de la competencia y por abuso de la posición dominante. Recientemente, la Comisión ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto y de reprobar públicamente su conducta<sup>1231</sup>.

Finalmente, no han faltado críticas sobre los impactos negativos que, paradójicamente, puede acarrear el DSD en el medio ambiente y en el bolsillo de los consumidores<sup>1232</sup>.

1230 Por ejemplo, los cálculos sobre recogida de envases de plásticos fallaron, lo que llevó a DSD a estar a punto de la bancarrota a finales de 1.993. sucedió que las expectativas de recogida de este tipo de envases, para 1.992, fue de 100.000 unidades, siendo al final que se recogieron 400.000. Esto desbordó la capacidad de reciclado del sistema, que se vio abocado a pagar a más empresas recicladoras. A ello se unían los gastos derivados de la reclasificación de basuras antes los "errores" de algunos consumidores o de la deuda que acumulaban algunas empresas que no pagaban o pagaban tarde sus tasas por el uso del punto verde. La solución vino de la mano de un acuerdo entre todos los socios de DSD, que concedieron a la empresa un crédito de 614 millones de marcos y la potestad –de ahí en adelante– de reclamar judicialmente las deudas. Respecto de los errores de los consumidores a la hora de seleccionar la basura en su casa, se han distribuido bolsas transparentes, para que se vea su contenido.

1231 En la Decisión 2.001/463/CE de la Comisión, de 20 de abril de 2.001, en procedimiento con arreglo al art. 82 del TCE (Asunto COMP D3/34.493 –DSD), publicada en el DOCE L 166/1, de 21 de junio, la Comisión corrige ciertas actuaciones que, hasta la fecha, venía desarrollando la empresa DSD, de la siguiente manera: 1). Constata que DSD no podrá exigir el pago del canon por el empleo del logotipo punto verde cuando las empresas sujetas a la obligación de recogida y reciclaje de sus envases sólo utilizan el servicio prestado por DSD en parte o bien no lo utilizan en Alemania pero sí en otros países de la UE donde existen sistemas de gestión de residuos adheridos al sistema de punto verde o cuando para algunos de sus envases no recurren a DSD sino a sistemas de exención de sistemas de gestión competidores de DSD o a sistemas de autogestión. Estos otros sistemas deberán probar mediante certificado otorgado al efecto tal extremo. 2). Obliga a DSD a no reclamar canon de licencia por los envases de venta distribuidos en Alemania con el punto verde que no se hayan acogido a la exención que este sistema proporciona de su deber de recuperar y reciclar los envases que introducen en el mercado, cuando demuestren que este deber lo cumplen por otros cauces. La obligación de no-exigencia de canon también se aplicará a aquellas empresas fabricantes o distribuidoras que empleen un sistema de punto verde existente en otro Estado de la UE y con cuyo distintivo sean distribuidos o vendidos en Alemania. En este último caso, la empresa deberá colocar en un lugar visible de la etiqueta que el producto no participa en el sistema DSD alemán. Entre los Estados que disponen de un sistema de punto verde están Francia, Austria, Bélgica, Portugal, España, Luxemburgo e Irlanda. Todos ellos han suscrito contratos de licencia con ProEurope, la empresa a la que *Der grüne Punkt* ha cedido sus derechos fuera de Alemania en el territorio de la Comunidad, con sede en Bruselas)

Entre las denuncias presentadas contra DSD figura la que agrupaba a los fabricantes de productos de cuidado para el cabello (L'Oréal, Wella, Goldwell, Schwarzkopf y otros, junto con el prestador de servicios de gestión de residuos del ramo Vfw), por estimar que el régimen de cobro del contrato de utilización del distintivo obstaculiza el establecimiento de su sistema de autogestión, en competencia con DSD).

1232 La obligación de reciclar no es en sí misma más ambiental que cualquier otra, incluida la incineración. Se ha demostrado que, por ejemplo, para los envases de plásticos de PVC, el reciclado supone mayor consumo de energía que ventajas implica el reciclado. Lo mismo ocurre con el coste energético que trae consigo el transporte de los residuos de envases de un distrito sin planta recicladora a otro en el que tal cosa se produce. Los costes para el ciudadano son peligrosamente inevitables. De acuerdo con las técnicas de protección ambiental que tienen como base el mercado, es normal y deseable que el consumidor final acabe pagando por productos ambientalmente más respetuosos. Lo que ocurre es que si al consumidor final no se le da la opción real de elegir entre dos productos con envases gestionados por sistemas de reciclado diferentes no habrá auténtica mejora y competitividad y, por

## 2. El Acuerdo sobre la Gestión ambiental de la industria de Desguace de Automóviles (*Umweltgerechte Altautoverwertung*)

Los instrumentos paccionados para la gestión de residuos se vieron reforzados desde 1.986, fecha de la adopción de la Ley sobre Prevención y Gestión de Residuos, y, más recientemente, con la importantísima Ley sobre Circulación económica y Gestión de los Residuos de 1.994 (*Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, KrW-/AbfG*), actualmente vigente, que entró en vigor el 7 de octubre de 1.996<sup>1233</sup>. Ya anteriormente se había aprobado una en 1.972, que fue derogada por la de 1.986<sup>1234</sup>.

Pasemos a analizar un importante artículo de ésta. El art. 22 de la Ley de 1.994 expresa que:

*Quienes desarrollen, fabriquen, procesen y traten o vendan productos tienen “responsabilidad por producto” (Produktverantwortung) para la consecución de las metas en relación con el ciclo cerrado de sustancias para la gestión de residuos. Para cumplir esta responsabilidad por producto, los productos deben ser diseñados de tal modo, si fuera posible, que la generación de residuos se reduzca dentro de su producción y uso, y que se ase-*

tanto, se pueden producir abusos de DSD para con ellos. Estas y otras críticas han sido vertidas por el GRUPO SOBRE PREVENCIÓN Y CONTROL DE LA CONTAMINACIÓN, *Extended Producer Responsibility. Phase 2: case Study on the German packaging Ordinance, 5-6 de noviembre de 1.997*, OECD Headquarters. Documento ENV/EPOC/PPC(97)21, OCDE, París, págs. 37-41. Algún autor ha señalado que la base de los males del DSD se encuentra en la primigenia obligación de los productores de recoger los envases de sus productos (*Rücknahmeverpflichtung*), lo que les incita simplemente a deshacerse de esta responsabilidad contratando con el DSD, sin que existan otros incentivos para crear un sistema de recogida alternativo. Diferentes resultados ha cosechado en este punto el sistema británico (que data de 1.997) en el que no existe tal obligación de partida, habiéndose creado ya 18 de esos sistemas. Cfr. LEHMAN, M. A., *Voluntary Agreements and Their Antitrust Implications. The case of Germany's Dual Management System*, accesible en Internet en la página web de la École des Mines de Paris ([www.ensmp.fr](http://www.ensmp.fr)), consultada el 23 de febrero de 2.000, págs. 16-17.

<sup>1233</sup> Esta ley aumentaba el ámbito del concepto de residuo, incluyendo en él no sólo la basura para tirar sino también para reciclar. Introdujo también el deber general de no evitar la generación de los residuos, tanto en el ámbito de los productos como de los procesos productivos. Sus esenciales capítulos III y IV tratan del esencial principio de “responsabilidad extendida de los productores”, si bien se encontraba ya en ciernes en el art. 14 de la Ley de 1.986. Este principio es la base legal de los instrumentos paccionados relativos a la recogida y reciclado de vehículos para desguace, de envases (el DSD ya mencionado), de residuos de construcción (1.996), de papel usado en las industrias gráficas (1.994) y de pilas (que veremos más adelante). Vid. QUEITTSCH, P., *Das öffentlich-rechtliche Entsorgungsprinzip nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (KrW-/AbfG)*, en GESSENICH, S. (editor), *Das Kreislaufwirtschaft und Abfallgesetz – Risiken und Chancen – Erste Analicen aus der Abfallbranche*, editorial Eberhard Blotner Verlag, Taunusstein, 1.998, págs. 149-172.

<sup>1234</sup> El enfoque paccionado de la gestión de los residuos en general consiste en el estableciendo por el Gobierno de concretas metas para la evitación, reducción o reutilización de los residuos en áreas específicas, pero dejando a los grupos encargados de conseguirlas un importante margen de maniobra. Si los valores de llegada no fueran alcanzados o no se hicieran esfuerzos adecuados para lograrlos, el Gobierno estaría legitimado para actuar normativamente. (Vid. *Abfallwirtschaft. Sondergutachten*, Metzler-Poeschel, Stuttgart, 1.991, págs. 56-57). Podríamos bautizar esta deseable primera opción administrativa por la libertad de actuación o de medios como principio *pro libertate* o de vicariedad normativa en materia de medio ambiente.

*gure una recuperación y disposición ambientalmente compatible de los residuos resultantes de su utilización (La traducción es nuestra).*

Este precepto general y los dos que le siguen constituyen el marco legal en el que se ha firmado el acuerdo. Así, mientras que el art. 23 permite al Gobierno aprobar reglamentos concernientes a los requisitos específicos de cada grupo de productos, incluyendo prohibiciones, restricciones o etiquetado, para facilitar un correcto reciclado y disposición, el art. 24 establece la obligación de productores y consumidores de devolver y aceptar los productos usados.

El acuerdo fue suscrito voluntariamente en 1.996 por parte de 16 organizaciones de todas las ramas industriales y empresariales relacionadas con los automóviles de uso particular: fabricantes, proveedores de piezas, desguazadores, recicladores, garajes de reparación y chatarreros<sup>1235</sup>. Su finalidad era gestionar desde un enfoque ambiental más correcto la entrega de vehículos usados y su posterior desguace y reciclado. El acuerdo fue ratificado, por parte del *Bund*, por el Ministerio de Medio Ambiente, quien, para completar sus cláusulas, promovió una ordenanza, aprobada por el Parlamento en junio de 1.997. con la que dar fuerza de obligar a algunos de sus logros e introducir la competencia en el sector. Finalmente, acuerdo y ordenanza entraron en vigor en la primavera de 1.998, en un momento más tardío que los acuerdos voluntarios sobre desguace de Francia y Reino Unido<sup>1236</sup>.

El convenio es fruto de una amenaza de la Administración alemana sobre el sector del desguace. Al igual que ocurre en Francia, Holanda o EE.UU., cuando un sec-

<sup>1235</sup> Son las siguientes: Asociación de la Industria Alemana del Automóvil (*Verband der Automobilindustrie e. V. - VDA*), Asociación de Importadores de Automóviles (*Verband der Importeure von Kraftfahrzeugen e. V. - VDIK*), Federación para el Comercio de Automóviles (*Zentralverband Deutsches Kraftfahrzeuggewerbe e. V. - ZDK*), Asociación federal de la Industria Alemana del Reciclado del Acero (*Bundesverband der Deutschen Stahl-Recycling-Wirtschaft e. V. - BDS*), Asociación Alemana de Reciclado y Gestión de Chatarra (*Deutscher Schrotterecycling Entsorgungsverband e. V. - DSV*), Asociación de Comerciantes Alemanes del Metal (*Verein Deutscher Metalhändler e. V. - VDM*), Asociación de la Industria del Caucho Alemán (*Wirtschaftsverband der deutschen Kautschukindustrie e. V. - VdK*), Asociación de la Industria del Acero (*Wirtschaftsvereinigung Stahl- WVStahl*), Asociación de la Industria del Metal (*Wirtschaftsvereinigung Metalle e. V. - WVM*), Asociación General de la Industria del Reciclado de Plásticos (*Gesamtverband Kunststoffverarbeitende Industrie e. V. - GKV*), Asociación de la Industria del Manufacturado de Plásticos (*Verband kunststoffzeugende Industrie e. V. - VKE*), Asociación de la Industria de Láminas de Vidrio (*Fachvereinigung Flachglasindustrie e. V.*), Asociación general para el Comercio de Piezas de Automóvil (*Gesamtverband Autoteile-Handel- GVA*), Asociación General de la Industria Textil en Alemania (*Gesamtverband der Textilindustrie in Deutschland -Gesamtextil e. V.*), Asociación de la Línea de Frenado y Embragues (*Verband der Reibbelagindustrie e. V.*) y la Asociación de los Desguazadores de Coches Alemanes (*Interessengemeinschaft der Deutschen Autoverwerter- JGA*).

<sup>1236</sup> Puede verse un análisis fáctico más pormenorizado de las negociaciones en los tres países en WHISTON, T., y GLACHANT, M., *Voluntary agreements between industry and government –the case of recycling regulations*, en *Environmental Policy in Europe. Industry, Competition and the Policy Process*, editado por LÉVÊQUE, F., Edward Elgar, Cheltenham-Brookfield, 1.996.

tor industrial se muestra poco cumplidor de la normativa ambiental que le regula y la Administración quiere hacer algo para remediarlo, recibe una advertencia por parte del Gobierno para que se avenga a una solución pactada para reparar la contaminación provocada, si no quiere que se regule severamente su actividad de manera unilateral<sup>1237</sup>.

El sector del desguace se ofrecía como un blanco perfecto para un hipotético acuerdo ambiental. Cumplía varias condiciones que le hacían óptimo a este tipo de herramienta: ser ambientalmente poco eficiente, recalcitrante incumplidor de la normativa ambiental aprobada hasta el momento (muy compleja, ambiciosa y diseminada); estar agrupado en asociaciones, a pesar del pequeño tamaño y de la irregularidad administrativa de muchos de sus miembros; idoneidad para la autorregulación, dado el deseo de los fabricantes de mejorar su imagen ambiental ante los consumidores, etc. La coyuntura política era también la adecuada<sup>1238</sup>. Por el contrario, como luego se demostró a la postre, el sector adolecía en su base de las motivaciones necesarias para que cada parte actuara voluntariamente, ya que, excepción hecha de los grandes fabricantes, el margen de beneficios de los agentes implicados era escaso o marginal, y las vías de escape para no cumplir el acuerdo eran demasiadas y fáciles, lo que agravaba el sempiterno problema del *free-riding*.

El problema ambiental que provocaba la incorrecta gestión de los residuos de coches usados era impactante<sup>1239</sup>, por lo que, más que el medio, lo esencial para el Gobierno era actuar con premura.

<sup>1237</sup> Este es el origen del acuerdo sobre desguace. Desde 1.990 el Ministerio de Medio Ambiente empezó a filtrar varios proyectos de reglamentaciones sobre desguace, que comprometían fuertemente al sector, de por sí poco respetuoso con el medio ambiente. La importancia del problema fue tal que el propio S.R.U dedicó su informe de 1.991 al tema monográfico de la gestión y tratamiento de los residuos. Otros proyectos fueron discutidos con el sector en 1.992 y 1.994, que inicialmente se integró en las negociaciones con el objeto de intentar suavizar las prescripciones de dicha normativa. Los preceptos iban en una línea de dureza que hubiera significado el cierre de la mayor parte de empresas chatarreras o desguazadoras de Alemania, muchas de las cuales eran de pequeño tamaño y de pocos empleados, y cuyos beneficios económicos eran tan insuficientes que se mantenían en la ilegalidad ambiental más absoluta. Finalmente, comprobada la tenacidad del Gobierno en aprobar una normativa, las empresas del sector decidieron pactar para evitar males mayores, y resultado de ello fue el acuerdo, firmado en febrero de 1.996 y posteriormente aceptado por el Ministerio Ambiental.

<sup>1238</sup> El Gobierno socialdemócrata suscribió un acuerdo de coalición en 1.994. Por otra parte, la subida al poder, en la 13<sup>a</sup> Legislatura, de la coalición PSD-Los Verdes, acentuó el recurso al pactismo ambiental, ya que tal era uno de los caballos de batalla del partido ecologista. Desde que llegaron al poder desde octubre de 1.998, han mantenido que "Los acuerdos voluntarios acentúan la preocupación ambiental de aquellos que los firman. Pueden ser particularmente útiles cuando se dan en áreas claramente definidas y contribuyen a una acción ambiental más efectiva si los objetivos generales y preliminares se encuentran claramente estipulados y pueden ser revisados, y si cabe imponer sanciones para casos de incumplimiento. Los acuerdos voluntarios celebrados de esta forma pueden obviar la necesidad de regulación en determinadas áreas deseables...". Vid. Acuerdo de Coalición firmado entre SPD y Alianza 90/Los Verdes en Bonn, el 20 de octubre de 1.998.

<sup>1239</sup> Se ha estimado que aproximadamente del 10 al 20% de todos los metales y del 6-7% de todos los plásticos usados en la industria alemana se destinan a la producción de automóviles, mientras que el número de matriculaciones sigue aumentando, así como la cilindrada de los vehículos nuevos. A ello se unía la entonces escasa reciclabilidad de muchos componentes, sobre todo plásticos, y de los líquidos del motor, que acababan drenándose al sub-

Desde finales de los ochenta los grandes productores empezaron a agruparse en asociaciones: la PR.AV.D.A (*Projektgruppe Autoverwertung der Deutschen Automobilindustrie*), que agrupaba a los fabricantes de automóviles alemanes, la EURHEKAR (*Europäische Herstellerkreis Altautorecycling*), que asociaba a los europeos y norteamericanos, y la MARI (*Markenübergreifende Automobilrecycling Initiative*), para los productores asiáticos. Todas ellas elaboraron guías de gestión propias de los vehículos de desguace, que, en general sólo eran declaraciones de intenciones vagas y, por supuesto, no coercitivas. Sobresalen al respecto los programas de Volkswagen y BMW.

Sustancialmente, el acuerdo compromete al sector privado al cumplimiento de los siguientes tres objetivos fundamentales:

- 1). Diseñar los vehículos de forma que se favorezca el reciclado de sus componentes;
- 2). Gestión ambiental de los residuos de los vehículos de desguace, especialmente de sus líquidos;
- 3). Establecimiento de instalaciones especialmente dotadas para recuperar la mayor parte posible de estos vehículos, en sustitución de los cementerios de coches.

Y ello, a conseguir por los siguientes medios:

\*\*\*\*\*

suelo con el peligro evidente de contaminación de los acuíferos. Cfr. ENQUETE-KOMMISSION, *Die Industriegesellschaft gestalten. Perspektiven für einen nachhaltigen Umgang mit Stoff- und Materialströmen*, editorial "Schutz des Menschen und der Umwelt" des Deutschen Bundestages, Bonn, 1.994, págs. 237.El 1 de enero de 1.999 existían en Alemania un total de 49, 76 millones de vehículos matriculados (508 por cada 1.000 habitantes). Vid. KBA (FRAFTFAHRT-BUNDESAMT), *Mitteilung für die Presse. Bestand an Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern in Deutschland am 1. januar 1.999* (<http://www.kba.de/pb-6-98.htm>), págs. 307. Sólo un 10% de los plásticos usados en la fabricación de coches es reciclable a fecha de 1.998, mientras que el 52% del acero y el 12, 5 del hierro es también recuperable. Para una mayor comprensión técnica del problema ambiental, puede consultarse el completo informe de JÖRGENS, H. y BUSCH, P.-O., *Agreement on the Environmentally Sound Management of End-Of-Life-Vehicles*, en la serie *Case Studies on negotiated environmental agreements*, Neapol Closing Conference, 2.000, págs. 5-8 y SCHENK, M., *Altautomobylrecycling. Technisch-ökonomische Zusammenhänge und wirtschaftspolitische Implikationen*, editorial Deutscher Universitäts Verlag, Wiesbaden 1.998, págs. 222-223. El sistema que se usaba para tratar estos residuos hasta el momento de firmarse el acuerdo era casi artesanal y poco tecnificado, ya que los desguazadores retiraban sólo la chapa, las ruedas y vendían el resto a los chatarreros, quienes, tras quitar las partes aprovechables del motor para vender como piezas a bajo coste, abandonaban los restos del vehículo en un cementerio de coches, lo que provocaba pérdidas de los fluidos, altamente contaminantes. Para que nos hagamos una idea, sólo en Berlín se abandonaron ilegalmente en 1.992 45.000 coches, mientras que ni se sabe el número de automóviles usados que cruzaron las fronteras orientales camino de alguno de los países del Este de Europa (Cfr. U.B.A. (UMWELTBUNDESAMT), *Daten zur Umwelt. Der Zustand der Umwelt in Deutschland. Ausgabe*, editorial Erich Schmidt Verlag, Berlin, 1.997, pág. 257. Con estas breves pinceladas uno se hace cargo de la altísima prioridad que para el Ministerio de Medio Ambiente tenía la adopción de una medida urgente al respecto.

a). Creación de una infraestructura nacional para la devolución y reciclado de vehículos de pasajeros para desguace no más tarde de dos años después de la creación del necesario marco normativo.

b). Creación de una infraestructura nacional para la devolución y reciclado de las partes y piezas reemplazadas en las reparaciones de estos vehículos.

c). Reducción de los residuos no reciclables del coche del 25% al 15% en peso en el año 2.002, y al 5% en 2.015.

d). Los productores de automóviles pueden recoger sus propios vehículos usados en condiciones de mercado, pero deben hacerlo gratuitamente respecto de todos aquellos coches registrados después de la entrada en vigor de la ordenanza de 1.997 (octubre de 1.998) y que no tengan más de 12 años de antigüedad. Para la recogida gratuita, esos vehículos deben haber sido registrados en Alemania al menos seis meses antes de la devolución por su último dueño, estar completo y poderse desplazar, libre de residuos y sin serios daños. Sus partes y accesorios deben cumplir los requisitos legales fundamentales<sup>1240</sup>.

El acuerdo dispone de un sistema de revisión de su cumplimiento, encomendado a un comité especial (llamado *Arbeitsgemeinschaft Altauto*) nombrado en el seno de la Asociación de la Industria Automovilística Alemana. Este grupo debe enviar un informe cada dos años a los Ministerios Federales de Medio Ambiente y de Asuntos Económicos, dos años después del establecimiento del marco regulador.

Desde la entrada en vigor del acuerdo, los propietarios de vehículos usados que quieran deshacerse de ellos, deberán entregarlos en un punto de recogida oficial o en un desguazador normalizado al respecto, para así poder recibir la prueba necesaria para poderlo dar de baja y –para los coches registrados antes de abril de 1.998 o de una antigüedad superior a 12 años– deberán soportar los gastos de recogida y reciclado. Los propietarios de empresas de chatarrería o de desguaces pueden integrarse en la red nacional de recogida montada por los productores o actuar como competidores independientes de ella, y en ambos casos deberán obtener una licencia para poder seguir funcionando. Para su obtención, deberán cumplir los estándares ambientales establecidos en la ordenanza de 1.997. Estas licencias serán concedidas por expertos independientes verificados por el Estado<sup>1241</sup>.

<sup>1240</sup> Vid. UMWELTBUNDESAMT (BROCKMANN, K. L., DEIMANN, S. y WALLAU, F.), *Evaluierung von Finanzierungsmodellen zur Durchführung der kostenlosen Rückgabe von Altautos*, Texte 42/00, Berlin, págs. 137 y ss.

<sup>1241</sup> Un año después de que entra en vigor el acuerdo, en junio de 1.999, estaban ya certificadas 8.000 estaciones de recogida y 1.024 empresas desguazadoras. Cfr. BUNDESREGIERUNG, *Unterrichtung durch die Bundesregierung. Entsorgung von Altautos*, Bonn, 1.999.

La Ordenanza de 1.997 juridificaba y hacía obligatorias las principales conductas a las que cominaba el acuerdo: la obligación de devolución de vehículos por los propietarios, la entrega de la prueba de disposición que, a cambio, entregarían los que los recogieran, la obligación de reciclar al menos el 15% del peso del vehículo en 2.002 y hasta el 5% en 2.015. Recoge también sumariamente la cadena a seguir para el reciclado de residuos: tras recibir el coche directamente del propietario, la estación de recogida montada por el productor debe pasarla directamente al desguazador (a no ser que el vehículo se devolviera directamente a éste), quien, tras actuar sobre el vehículo, tendrá que pasar lo que quede del mismo a una instalación certificada para su reciclaje.

Se puede observar que el acuerdo anticipa y hace más rigurosos los requisitos de gestión ambiental de los vehículos para desguace, pero siempre en previsión de una normativa de apoyo (aparte de la ordenanza de 4 de julio de 1.997, que recoge las principales obligaciones que el acuerdo apuntaba) que deberá establecer los requisitos del certificado de devolución a conceder a los propietarios que devuelvan sus vehículos y los estándares de calidad ambiental a cumplir por los desguazadores, chatarreros y empresas de reciclado. Si a ello sumamos la amenaza legislativa que dio origen al acuerdo, su monitorización y la capacidad sancionadora que se reserva el Ministerio podemos observar el carácter cuasinormativo del mismo. Aunque las estadísticas revelan que ha aumentado el volumen de chatarra proveniente de vehículos usados reciclada también es verdad que el Gobierno ha renunciado a perseguir a los propietarios que han justificado la no entrega de los vehículos con ficticios contratos de venta a terceros naturales de otros países. Además, parece que mientras que el objetivo de reducir la irreciclabilidad del vehículo hasta el 15% en 2.002 era fácilmente conseguible ya en 1.996, con lo que se constata uno de los principales temores de las asociaciones ecologistas respecto de los acuerdos voluntarios: la poca ambición de algunas de sus metas y su empleo fraudulento para evitar una legislación más dura. Claro está, el Gobierno sólo debe aceptar este tipo de acuerdos cuando lo considera un mal menor ante el sistemático incumplimiento de la normativa, lo que suele imbricarse con un deficitario conocimiento de las cifras reales de la capacidad de reciclado de las instalaciones existentes en el momento de firmar el convenio.

El acuerdo no cuenta con incentivos económicos por parte de la Administración, que se ha limitado a aceptarlo a secas a cambio de aprobar la ordenanza de 1.997 para cubrirse las espaldas y de renunciar a imponer sanciones en caso de incumplimiento. Obviamente, no debemos caer en la tentación de valorar los resultados del acuerdo como si fuera un reglamento o ley. La flexibilidad de algunos de sus postulados se compensa con la claridad de otros de ellos (los plazos a fecha de 2.001 y

2.015), pero el enfoque preventivo se diluye dejando la responsabilidad principal del funcionamiento del sistema en manos de los pequeños agentes (chatarreros, desguazadores, garajes de reparación) y de los propietarios, más que en los fabricantes, con lo que se pasa a una política de gestión ambiental de “final de chimenea” (*end-of-pipe policy*). Tampoco ha sido todo lo amplia que hubiera sido de desear la participación de consumidores y asociaciones ambientales.

### 3. El acuerdo para la Recogida separada de Pilas y Baterías tóxicas (*Vereinbarung über die Entsorgung von Batterien*)

Con el mismo basamento jurídico (la responsabilidad de los productores en la recogida de los productos contaminantes que ponen en el mercado) nació en 1.988 el acuerdo para la recogida y reciclaje de pilas tóxicas, así como para la reducción de las sustancias peligrosas en las mismas. A diferencia, sin embargo, del acuerdo sobre vehículos para desguace, fue la Ley de Residuos de 1.986 la que enmarcaba legalmente el convenio, si bien con el mismo espíritu que la Ley sobre Circulación económica y Gestión de los Residuos de 1.994 (*Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, KrW-/AbfG*).

Ya en 1.980 se firmó un acuerdo voluntario para la recogida de pilas de botón, que fue escasamente seguido. El acuerdo actual fue fruto, igualmente, de una amenaza del Gobierno alemán, si bien bastante débil, lo que originó, a la postre, su fracaso<sup>1242</sup>. Parte de la motivación que llevó, pues, al acuerdo fue la presión ambiental del Gobierno, pero mayor fue la motivación económica o la propia presión social, concedora de que, desde los años setenta se estaba procediendo a desembarazarse de las pilas en vertederos ordinarios, con el peligro que esto suponía<sup>1243</sup>.

El objetivo del convenio ambiental era que los consumidores depositaran en los comercios y detallistas exclusivamente las pilas tóxicas (que constituyen sólo una pequeña parte del total existente en el mercado<sup>1244</sup>) y tirara directamente a su basu-

<sup>1242</sup> En esos años se estaba gestando en la UE una directiva sobre recogida de pilas tóxicas (la que después ha sido la Directiva del Consejo 91/157, modificada por la Directiva de la Comisión 93/86), lo que permitió que el Ejecutivo teutón presionara a la industria fabricante de pilas a autorregularse y crear un sistema de recogida selectiva de baterías y pilas tóxicas (esto es, que contuviesen cadmio, mercurio y plomo), enteramente costeado por los productores. No obstante, a pesar de la existencia de borradores oficiosos, nunca fue aprobado un anteproyecto de ley o proyecto de reglamento que verdaderamente intimidara al sector a ser ambicioso en los objetivos a plasmar en el acuerdo.

<sup>1243</sup> Esto hizo que la primera medida que se adoptó para solucionar el problema fuera instalar contenedores en 1.977, y más tarde, proceder a la incineración de hasta un 30% de las pilas existentes. Cfr. JÜLICH, R., *The Battery Agreement*, en el libro *Environmental Agreements – The Role and Effect of Environmental Agreements in Environmental Policies*, en E.L.N.I. ed., Cameron May, 1.998, pág. 271.

<sup>1244</sup> En concreto, un 17%, según han estimado JÖRGENS, H. y BUSCH, P.-O., *Case Studies on Negotiated Environmental Agreements. Germany: Self-Commitment on the Collection and Recovery of Spent Batteries and the Reduction of Mercury Content in Batteries*, NEAPOL Closing Conference, 2.000, pág. 3.

ra el resto de las pilas, digámoslo así, “inofensivas”<sup>1245</sup>. Después, estos comerciantes se encargarían de devolver a los fabricantes las pilas tóxicas para que ellos, por sí mismos o mediante empresas especializadas, las reciclaran e inertizaran sus residuos.

El acuerdo ha dado resultados apreciables en su objetivo de que productores e importadores redujeran el nivel de sustancias peligrosas en las pilas, pero ha sido un fracaso en lo tocante al sistema de recogida, como decimos, por su escasa ambición y por la heterogeneidad de los agentes encargados de hacerla<sup>1246</sup>. Con este pie quebrado, fue tropezando en sucesivos problemas insalvables: la escasa información y la ausencia de un etiquetado idóneo hacían que los consumidores no distinguiesen bien entre pilas tóxicas y pilas normales, y tiraban ambas indistintamente a la basura o depositaban en los contenedores especiales unas y otras. Esto provocaba que los comerciantes entregaban a los productores pilas equivocadas, sin que quisieran responsabilizarse de una criba previa. Los fabricantes se quejaban, a su vez, de esto y de que no podían recoger y dar un doble tratamiento a pilas diferentes. Además, sólo un objetivo medible fue incluido en el convenio, al margen de las genéricas declaraciones de intenciones: reducir el contenido de plomo de las pilas alcalinas en tres pasos desde el 0, 2% al 0, 1% de su peso, y por debajo de esa cifra, en 1.993.

A ellos se sumaron varios problemas legales:

1. La Oficina Alemana para el Control y Supervisión de Carteles (el homólogo de nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia), accedió a dar validez al sistema de recogida de pilas tóxicas de modo excepcional, por interesar sólo a una pequeña parte de las pilas en el mercado. Ello suponía, *de facto*, una prohibición de crear un segundo sistema más amplio que abarcara la recogida y tratamiento diferenciado de los demás tipos de baterías.

2. Nunca fue creado un órgano encargado de negociar el acuerdo con la Administración, ya que los comerciantes y detallistas, por ejemplo, aunque

<sup>1245</sup> A pesar de contener menos sustancias peligrosas, todas las pilas contienen sustancias alcaloides y cobre, níquel o hierro, altamente contaminantes si llegaran a entrar en contacto con la capa freática. Y, aparte el problema que puede suponer la lixiviación de estas sustancias al ser depositadas con el resto de la basura en vertederos, está el enorme problema del consumo energético que la fabricación de las pilas supone. Scholl ha estimado que se usa 50 veces más energía en fabricar las pilas que la energía que de ellas se obtiene. Cfr. SCHOLL, G., *Instrumente des produktbezogenen Umweltschutzes - Das Beispiel Gerätebatterien*, en IÖW/VÖW Informationsdienst, Vol. 10, nº. 2, 1.995, pág. 11. Mientras que este aspecto energético no ha recibido atención alguna en el acuerdo, sí lo ha hecho el de la contaminación directa.

<sup>1246</sup> Los comercios dedicados a la venta de baterías se aglutinan en un sector muy heterogéneo, que va desde grandes multinacionales y grandes superficies a empresas de ámbito familiar, lo que dificulta una entrega de información clara a los consumidores sobre el tipo de pilas a devolver. Cfr. DE CLERCQ, M. D., SEYAD, A., SUCK, A. y AMEELS, B., *A Comparative Study of Environmental Negotiated Agreements*, NEAPOL Closing Conference, 2.000, pág. 54.

entraron en las negociaciones, fueron finalmente muy remisos a cumplir el convenio<sup>1247</sup>. Una vez enunciado el acuerdo se creó un grupo de trabajo, el *Arbeitsgemeinschaft Batterien*, pero ya era demasiado tarde.

3. Ello hizo que la Administración tampoco se interesara demasiado por el mismo, y que se limitara a observar desde fuera, aceptando sólo informalmente el compromiso voluntario de la industria fabricante de baterías y acumuladores<sup>1248</sup>.

4. El número de agentes que implicaría el acuerdo era demasiado elevado. Efectivamente, entre fabricantes, importadores (que nunca entraron en la organización del sistema de recogida que proponía el acuerdo) y detallistas depositarios de pilas, el número ascendía a unos 100.000, lo que dificultaba el reparto igual de las cargas y encendía recelos respecto a su cumplimiento<sup>1249</sup>.

En suma, hemos de sacar algunas conclusiones sobre este caso de pactación ambiental: **cuando la amenaza usada por la Administración es poco creíble, un acuerdo sólo puede servir para que la industria contaminante dilate el cumplimiento de sus obligaciones ambientales, ya que tiende a adoptar compromisos vacuos y fútiles.** Al mismo tiempo, una mayor implicación es deseable por parte del órgano ambiental administrativo, bien aceptando el acuerdo, bien comprometiéndose a no aprobar una legislación en caso de correcto funcionamiento del compromiso voluntario, incentivando así la responsabilización de los agentes privados.

<sup>1247</sup> Según JÜLICH, R., *The Battery Agreement*, en el libro *Environmental Agreements – The Role and Effect of Environmental Agreements in Environmental Policies*, en E.L.N.I. ed., Cameron may, 1.998, pág. 292, en cerca del 63% de las tiendas sólo se daba información a los consumidores si era pedida, y, además, de una manera muy pasiva.

<sup>1248</sup> Cfr. JÖRGENS, H. y BUSCH, P.-O., *Case Studies on Negotiated Environmental Agreements. Germany: Self-Commitment on the Collection and Recovery of Spent Batteries and the Reduction of Mercury Content in Batteries*, NEAPOL Closing Conference, 2.000, pág. 10.

<sup>1249</sup> Como destaca SUCK, A., *Chances and Limits of Environmental Agreements in Waste Management Policy in Germany*, CAVA Working Paper, n.º. 2.000/2/17, febrero 2.000, págs. 13 y 14, mientras más sean los actores llamados a aplicar un acuerdo más alto es el riesgo de que muchos de ellos no lo cumplan o no lo firmen, para ahorrar costes y aprovecharse del esfuerzo ajeno. Este problema no se da, por ejemplo, en el sistema de recogida de papel usado (objeto del acuerdo voluntario en 1.994), en el que las Compañías municipales de recogida de basuras eran las encargadas, lo que simplificaba muchísimo el funcionamiento final del mismo. En el estudio comparativo que este autor realiza de ambos acuerdos, determina que el éxito del convenio de recogida y reciclado de papel usado se encuentra en la ausencia de problemas de competencia (las propias entidades locales han aceptado recoger el papel diferenciadamente); la creación previa a la firma de un grupo de interlocutores con la Administración (el *Arbeitsgemeinschaft Graphische Papiere*); el mayor grado de amenaza de ésta respecto a la industria papelera, lo que supuso la inserción en el acuerdo de fuertes objetivos cuantificables en el acuerdo; la alta demanda de este tipo de papel; la existencia de un organismo de control que hace las veces de árbitro de los conflictos surgidos entre las partes (el *Alpapierrat*) y el menor número de partes en su seno (págs. 5-17).

El fracaso del acuerdo llevó al Gobierno a aprobar una ordenanza sobre reducción de sustancias tóxicas en las pilas y de recogida selectiva y reciclado de las mismas, aprobada por el Parlamento en marzo de 1.998, y que entró en vigor en octubre del mismo año. Su principal novedad es la obligación de los consumidores de depositar las pilas gastadas en los comercios o en especiales puntos de recogida.

#### 4. El Acuerdo voluntario de Recogida de Papel usado (*Selbsterpflichtung für eine Rücknahme und Verwertung gebrauchter graphischer Papiere*)

Este compromiso voluntario, al contrario que el anterior, sí fue ratificado por la Administración, en concreto, por los Ministerios de medio ambiente y de Economía. Fue suscrito en 1.994 entre los sectores industriales de la industria gráfica y de fabricantes de papel y la Administración.

Su origen, como viene siendo habitual en nuestro recorrido germano, se debe a las presiones normativas del Ministerio de Medio Ambiente, que quería aprobar una regulación muy severa para obligar a los fabricantes de papel a aumentar la tasa de papel reciclado en el mercado, y a las empresas de la industria gráfica a recuperar su papel usado y entregarlo a ésta para su posterior recuperación y reciclado. Llegó incluso a publicarse un proyecto de reglamento que, conocido por el sector privado, le impulsó a entablar negociaciones y a comprometerse mediante objetivos cuantificables y por plazos, que, finalmente, han sido cumplidos de largo<sup>1250</sup>.

Hemos de decir que el sistema de recogida del papel usado es más sencillo de cumplir para los consumidores que el existente para las pilas, fundamentalmente porque lo llevan a cabo las mismas Entidades locales a través de sus propias empresas concesionarias de recogida ordinaria de basuras, y porque el producto no conlleva problemas de identificación para los usuarios como sucedía también en aquél. Con este sólido apoyo inicial, el acuerdo fue firmado por una amplia gama e agentes representativa de todos los sectores implicados: productores e importadores de papel, la industria de la imprenta, prensa, publicistas y empresas gráficas.

<sup>1250</sup> Como señala SUCK, A., *Chances and Limits of Environmental Agreements in Waste Management Policy in Germany*, CAVA Working Paper, nº. 2.000/2/17, febrero 2.000, pág. 6, los objetivos planificados eran de llegar a unas tasas de recuperación de papel del 53% a finales de 1.994, 55% a finales de 1.996, 58% a finales de 1.999 y 60% a finales de 2.000. Estas ratios han sido superadas en la realidad en una media superior a los 20 puntos. Además, las cuotas de demanda de papel reciclado han aumentado en Alemania (un país profundamente concienciado con el medio ambiente, no lo olvidemos) desde mediados de 1.980. Según este autor, mientras que en 1.986 era del 45, 9%, en 1.996 ascendía ya al 60, 4%.

## 5. La Declaración de la Industria y el Comercio de Alemania sobre la Prevención del Calentamiento global de 1.995 y su actualización de 1.996

Sin lugar a dudas, el primer compromiso voluntario de Alemania en cuanto al número de partes integrantes. Se trata de una declaración unilateral de la mayoría de los sectores industriales alemanes, con algunas excepciones (producción de bienes alimentarios, inversiones o bienes de consumo). Ese carácter “transversal” es su mayor virtud, ya que engloba a las industrias más contaminantes de Alemania, como las pesadas, las eléctricas, azúcar, de equipamiento, de la construcción, refinadoras de petróleo, del vidrio, cementeras y de la construcción, papel y pasta de papel, metálicas o textiles.

Hemos de ponernos en situación: el 4 de febrero de 1.991, el Consejo autorizó la participación de la Comisión, en nombre de la Comunidad, en la negociación de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, adoptada en Nueva York el 9 de mayo de 1.992. La Convención Marco ha sido ratificada por la Comunidad en virtud de la Decisión de 15 de diciembre de 1.993 (Diario Oficial L 33 de 7.2.1.994) y entró en vigor el 21 de marzo de 1.994. Por consiguiente, las Partes en la Convención decidieron, en la primera Conferencia de las Partes que se celebró en Berlín en marzo de 1.995, negociar un protocolo que contuviese medidas de reducción de las emisiones para el período posterior al año 2.000 en los países industrializados. Fruto de ese clima de efervescencia ambiental contra los gases de efecto invernadero fue este compromiso voluntario.

En 1.995, 14 asociaciones industriales, la Asociación de Generadores Industriales de Energía (V. I. K.) y otras 4 asociaciones del sector de la energía presentaron a los Ministerios de medio ambiente y Economía una declaración de intenciones consis-

1251 Al tratarse de un compromiso sin aceptación oficial, los objetivos se han diversificado en la medida y las fuentes deseadas por cada ramo industrial (en lo que los anglosajones conocen como *umbrella agreements*. Vid. RAMESOHL, S. y FRISTOF, K., *Voluntary Agreements - Implementation and Efficiency. The German Country Study. An evaluation of the updated Declaration of German Industry on Global Warming Prevention (1.996)*, Wuppertal Institute for Climate Environmental Energy, 2.000, págs. 19, 24, 26, 36, 50 y 51. Case studies in the sectors of cement and glass). De este modo, mientras que la asociación alemana del cemento ha optado por una meta de reducción del 20% del fuel consumido en 1.987 para 2.005 y su paulatina sustitución por combustibles alternativos, las industrias del cristal han establecido dos diferentes objetivos: un descenso del 22% en su consumo energético global y del 25% para las emisiones de CO<sub>2</sub>, con idénticas fechas de partida y llegada. Sobre el papel alemán en la estrategia europea de reducción de gases de efecto invernadero, puede consultarse a STRONZIK, M., *Die Verpflichtungen aus dem Kyoto-Protokoll vor dem Hintergrund vorliegender Emissionsprojektionen*, en la obra colectiva de BROCKMANN, K. L., BÖHRINGEN, C. y STRONZIK, M., *Flexible Instrumente in der deutschen Klimapolitik. Chancen und Risiken*, Dokumentation Nr. 00-12, Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung GmbH (Z.E.W.), 2.000, págs. 14 y ss.

tente en reducir hasta un 20% las emisiones de CO<sub>2</sub> a la atmósfera para 2.005, en relación con los valores de 1.987<sup>1251</sup>. La Administración no firmó nunca los documentos, limitándose a “darse por enterada”, por lo que no cabe hablar de convenio ambiental sino de mero “acuerdo de caballeros” sin carácter jurídicamente vinculante. El acuerdo quedó perfeccionado, en defecto de una firma o aceptación formal del acuerdo por la Administración, con su publicación el 10 de marzo de 1.995.

El compromiso fue revisado el 27 de marzo de 1.996, tras unirse a la declaración 4 asociaciones más, determinándose entonces que la reducción sería del 20% de CO<sub>2</sub> y que se haría con relación a los valores de 1.990, y a conseguir tanto en valores de CO<sub>2</sub> como en reducción de energía eléctrica y adoptándose también mecanismos de monitorización<sup>1252</sup>.

Una de las mejoras de la reforma de 1.996 fue la de incluir un mecanismo de revisión y control de los logros del acuerdo, responsabilidad que recaía en el RHEINISCH-WESTFÄLISCHES INSTITUT FÜR WIRTSCHAFTSFORSCHUNG E.V., que en 1.997 difundió su primer informe evaluatorio<sup>1253</sup>.

La declaración ha sido vista como un mal menor: los objetivos establecidos son muy poco ambiciosos, y se estima que la mayor parte del mismo ya estaba conseguido antes de firmarse. Es de resaltar también que el acuerdo fue de nuevo resul-

1252 El porcentaje del 25% era el deseado por el canciller Helmut Kohl, quien, finalmente, tuvo que rebajar sus pretensiones en 5 puntos. Sin embargo, dada la laxitud de la forma jurídica bajo la que se instrumentó el acuerdo (un mero pacto de caballeros sin mayores efectos jurídicos), el propio Gobierno ha dejado clara su amenaza de regular sobre la materia si los compromisos no eran tomados en serio. Cfr. BMU, *Staatssejretär Jauck fordert mehr Kooperation vom Staat und Wirtschaft im Umweltschutz*, BMU-Pressemitteilung 117/95 Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz u. Reactorsicherheit, Bonn, Germany, 1.995, en EUROPEAN ENVIRONMENTAL AGENCY, *Case Study 3. Germany: declaration by German Industry and Trade on Global Warming Prevention (1.995) and Updated and Extended declaration by German Industry and Trade on Global Warming Prevention (1.996), Environmental Agreements. Environmental Effectiveness, Environmental Issues Series, n.º 3, Vol. 2, Case Studies*, Copenhagen, 1.997, pág. 39. Sería deseo del Gobierno para una reforma del acuerdo introducir objetivos-puente y no a tantos años vista, por ejemplo (pág. 48). Tal vez lo mejor del acuerdo de 1.995 fuese su concepción como un convenio de mínimos, susceptible de mejoras progresivas, como un proceso continuado.

1253 El Informe de 1.997 de la R.W.I. ha sido glosado por EICHHAMMER, W. y JOCHEM, E., *Voluntary agreements for the reduction of CO<sub>2</sub> greenhouse gas emissions in Germany and their recent first evaluation*, CAVA Working Paper, n.º 98/11/8, enero 1.999, págs. 7-21. De su análisis podemos extraer dos conclusiones jurídicamente relevantes para nuestro estudio: 1. No es aconsejable reformar el acuerdo con la única base del primer informe, que la mayoría de las veces no es indicativo de los resultados potenciales del acuerdo. 2. El Informe ha arrojado un nivel de cumplimiento del acuerdo “demasiado alto”, lo que hace sospechar que gran parte de los objetivos finales marcados en 1.995 ya se habían conseguido antes de firmarlo. Es curioso comprobar cómo sobre la base de auténticos convenios vinculantes se fomenta mayormente la confianza del Gobierno en el éxito del acuerdo y se coacciona a la parte privada a cumplir objetivos más ambiciosos: en concreto, el acuerdo que en 1.996 celebraron en Holanda el Ministerio de Economía y 28 compañías del papel y pasta de papel para la reducción del consumo energético tenía por objeto una disminución mayor que la planteada en Alemania: conseguir un 20% de rebaja en el consumo de electricidad en 2.000 en relación con los valores de 1.989. Cfr. RIETBERGEN, M. y BLOK, K., *The Environmental Performance of Voluntary Agreements on Industrial Energy Efficiency Improvement*, VAIE Project, 1.999, págs. 26, 27 y 43.

tado de una amenaza por parte del Gobierno: la de establecer un impuesto sobre la energía y el CO<sub>2</sub> o una Ordenanza para aprovechar el calor residual de las instalaciones<sup>1254</sup>. En suma, un importante esfuerzo de colaboración interempresarial ha quedado en agua de borrajas por la flaccidez de las metas que se propusieron y la escasa atención que desgraciadamente se está prestando en nuestros días a la reducción de gases que se pactó en Kyoto<sup>1255</sup>.

El nuevo Gobierno PSD-Verdes ha apostado por introducir medidas regulatorias complementarias del acuerdo, y en la primavera de 1.999 entró en vigor una tasa ambiental sobre el consumo de energía (*Ökosteu*), de la que la Comisión Europea ha dicho que no cabe eximir a las industrias, el menos en su totalidad. En esta medida se dejan traslucir dos cosas: la desconfianza de la Administración en la verdadera efectividad de las declaraciones unilaterales de las industrias y la óptima política ambiental que se consigue con la mezcla de varias herramientas ambientales. Ninguna reacción política ha seguido a los dos informes que hasta ahora ha emitido el R.W.I., con lo que el compromiso voluntario ha entrado en una etapa de pleno languidecimiento.

<sup>1254</sup> La base jurídica del acuerdo es puramente informal, si bien la industria actuó de forma espontánea en la esperanza de que el Gobierno no aprobara reglamento alguno sobre la misma materia objeto del convenio. Cfr. KRARUP, S. y RAMESOHL, S., *Voluntary Agreements in Energy Policy - Implementation and Efficiency*. Final Report from the project Voluntary Agreements - Implementation and Efficiency (VAIE), Copenhagen, 2.000, págs. 10-11 y JOCHEM, E., y EICHHAMMER, W., *Voluntary AGREEMENT ON CO<sub>2</sub>-Emission Reduction of Seven Associations of the German Economy*, Workshop on Voluntary Approaches in the Field of Environment, Paris, 1.996, paper n.º. 26, pág. 2. De esta expectativa unilateralmente formada en la sola voluntad de una parte no cabría hablar de nacimiento de una responsabilidad administrativa por ruptura de la confianza legítima de los administrados. Son casos en que las Administraciones dejan hacer y se limitan a observar pasivamente el acuerdo porque su aplicación le supone un coste cero, a diferencia de lo que ocurre en los acuerdos voluntarios danés y holandés de reducción del consumo energético, donde los gastos de reportaje de datos y control de resultados son elevados dada la implicación de la Administración. De todas formas, ¿cabría hablarse de ruptura de dicha confianza si el programa de gobierno del/de los partido/s en el poder se muestran favorables a apoyar los acuerdos voluntarios en materia ambiental por encima de los tradicionales instrumentos normativos? En la declaración de 1.995 las partes recogen este extremo de manera expresa, citando el programa de Gobierno de 1.994 del partido socialdemócrata. Al margen de los pomposos títulos de este tipo de documentos ("Contrato con...", "Compromiso por...") desgraciadamente, a nuestro juicio, la respuesta ha de ser negativa.

<sup>1255</sup> Alemania ha renunciado a adoptar medidas cogentes para reducir las emisiones de GHG, dado, por ejemplo, la subida de impuestos está necesitando la reunificación. Tras la negativa del presidente Bush a cumplir los objetivos de Kyoto, también Japón ha pospuesto su ratificación, y la UE, por boca del presidente de la Agencia de medio ambiente Europea habla ya de reducciones del 1%, cuando la meta era lograr un descenso del 8% para 2.008-2.012. Cfr. las palabras de Domingo Jiménez-Beltrán en la presentación del informe anual de la Agencia, titulado "Señales medioambientales", en El País de 30 de mayo de 2.001. Para un conocimiento más profundo de la evolución del acuerdo, un tanto decepcionante, puede verse AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE, *La Efectividad de los Acuerdos Ambientales*, Serie de Cuestiones Ambientales, n.º. 3, Vol. I, págs. 67 y 68. Para la Agencia, no hay indicios de ninguna clase de que los objetivos no hubieran podido conseguirse sin la declaración, por el mero impulso de eficiencia económica y la presión social.

## 6. El acuerdo sobre energía nuclear (*Nuklearvereinbarung*)

Celebrado por el actual canciller, Gerhard Schröder, y la industria nuclear alemana el 14 de junio de 2.000. En él se acordó la trascendental decisión de desterrar esta energía de suelo alemán de manera progresiva hasta su total desaparición en 2.022. Ello supone no sólo el cierre de las 19 centrales ahora existentes sino la negativa a la concesión de nuevas instalaciones atómicas. El acuerdo también prevé la prohibición de reciclaje en suelo alemán de residuos nucleares a partir de mayo de 2.005.

Como contrapartida, la Administración federal se ha comprometido a renunciar a imponer reglamentos de seguridad más duros y a no elevar las tasas ambientales a la energía nuclear. El Gobierno presionaba para llegar a este acuerdo con la amenaza de desmantelar las centrales de manera forzosa y unilateral por medio de una ley.

## V. UN AVANCE ALEMÁN: LA DESREGULACIÓN SELECTIVA COMO MEDIDA DE FOMENTO PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

El art. 10 del nuevo EMAS patrocina una especie de desregulación selectiva para las empresas adheridas al sistema. Allí se anima a las autoridades a que se estudie cómo la unión de las empresas al sistema europeo de Ecogestión y Ecoauditoría puede ser instrumentalizada para sustituir el resto de la normativa ambiental, en aquellos casos en que su exigencia trajese consigo la reduplicación de los objetivos ya marcados en el EMAS. Cabría hablar por tanto de desregulación selectiva, ya que sólo se produce para con las empresas ambientalmente correctas, que han entrado en un proceso de mejora continua de sus prestaciones ambientales, y que, a la postre, más que desregulación implica, por tanto, una sustitución del derecho que se les impone, pasándose de medidas coercitivas a otras más flexibles pero igualmente controladas por la Administración.

Con esta medida jurídica que podríamos concebir perfectamente como de fomento (¿no lo es en general la desregulación en cierta medida?), varios Estados alemanes han conseguido aumentar el número de compañías integradas en el sistema.

Las medidas desregulatorias han sido llevadas a cabo en Alemania por los *Länder* de Bavaria, Sajonia y Rin del Norte-Westphalia. Lo interesante es que dichas provisiones han sido desarrolladas a través de acuerdos voluntarios suscritos entre el Gobierno estatal y las empresas adheridas, y parten de la base legal del principio de

“equivalencia funcional” (*funktionale Äquivalenz*) entre las normas aplicables y las medidas voluntariamente adoptadas por las empresas, siempre que, aunque no sean absolutamente idénticas, tengan parecido nivel de objetivos y calidad. **Este feliz principio, que en español podríamos llamar de intercambiabilidad de las formas jurídicas, supone una relajación del principio de legalidad en las formas, consiguiéndose mantener pura su esencia sustancial.**

En Bavaria, el ya citado *Umweltpakt Bavaria* supone para aquéllas un aligeramiento de la normativa ambiental acerca de controles, informes y sanciones en materia de residuos y aguas. Además, se ha conseguido consensuar una lista de medidas alternativas a aplicar a las empresas adheridas (*Substitutionskatalog*). No tan lejos llega el *Land* de Sajonia, que, sin embargo, a través de su *Umweltallianz Sachsen* (Alianza por el Medio Ambiente de Sajonia), ha tomado medidas parecidas.

El tercer Estado (Rhin del Norte-Westphalia), no ha adoptado acuerdos voluntarios como instrumento desregulador, pero aprobó en mayo de 1.998 la llamada *Substitutionserlaß* (directiva sustitutoria), que intenta que la Administración estatal use sus poderes discrecionales para, a la inversa que en los otros dos *Länder*, sustituir las exigencias de documentación e información del EMAS por las que se recogen en la normativa estatal propia sobre control de la contaminación<sup>1256</sup>.

<sup>1256</sup> Cfr. BÜLTMANN, A. Y WÄTZOLD, F., *The Implementation of the European EMAS Regulation in Germany*, UFZ-Centre for Environmental Research Leipzig-Halle, Leipzig, 2.000, págs. 43 y 44.



**Capítulo 6º:**  
**LOS INSTRUMENTOS PACCIONADOS PARA LA  
PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN ESPAÑA (I):  
ORIGEN Y CLASIFICACIÓN**

**I. INTRODUCCIÓN**

---

Intentaremos encauzar los instrumentos ambientales sinalagmáticos de objeto no contractual (y prototípicamente los acuerdos voluntarios) a través de una figura negocial de honda raigambre histórica, poco estudiada por el Derecho Administrativo español, pero que reúne las condiciones y virtualidad necesarias para ello: los convenios de colaboración celebrados entre Administraciones y personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho Privado (empresas y particulares). En ello tenemos ventaja respecto a países como Italia, que en estos momentos se encuentra recreando sus figuras contractuales para dar cabida a los acuerdos voluntarios; o como Alemania, donde la tradición contractualista de Derecho Privado limita la potencialidad de los acuerdos a meros pactos de caballeros sin implicaciones públicas. En Estados Unidos, el informalismo de su Derecho Ambiental les está llevando a inventar un derecho propio de los acuerdos voluntarios, más atrevido sin duda que el que podríamos levantar nosotros, pero también más inconsistente por carecer de los fundamentos y las garantías de nuestro Derecho Administrativo continental.

Obviamente, sólo calificaremos de acuerdos voluntarios aquellos instrumentos ambientales paccionados que carezcan de instituto jurídico propiamente adjudicado por las normas. Así, están fuera de nuestra investigación los contratos administrativos, los contratos civiles *inter privatos*, los códigos de conducta o pactos de caballeros (acuerdos puramente privados en el seno de empresas o asociaciones de empresas), las negociaciones informales con la Administración (al margen de cualquier procedimiento y que sólo tendremos en cuenta en la medida en que se plasmen en acuerdos de terminación convencional de un procedimiento administrativo en curso o en convenios propiamente dichos), los consorcios del art. 6 LRJAPyPAC (entes

con personalidad jurídica que gestionan convenios interadministrativos) y los convenios de colaboración interadministrativos (del art. 3.1, c) del TRLCAP).

Paradójicamente, sin embargo, hacer equivaler el resto de los instrumentos paccionados de tutela ambiental celebrados entre Administraciones y personas físicas o privadas sujetas al Derecho Privado a convenios de colaboración, no supone un paso definitivo, dada la indefinición de la naturaleza y del régimen jurídico de éstos. Así las cosas, el esfuerzo que hicimos en los capítulos segundo y tercero de este libro estaba encaminado a elucidar la esencia de esta institución pacticia, y los mimbres teóricos y prácticos con los que desarrollarla, tarea tanto más necesaria si cabe en el abigarrado y proteico mundo del Derecho Ambiental. Las reflexiones que hagamos en el capítulo presente están derivadas del estudio que allí hicimos de los convenios de colaboración no ambientales, a las que se añadirán las especialidades que puedan existir en los instrumentos paccionados de protección ambiental, a muchos de los cuales consideramos, a todos los efectos, convenios de colaboración en sentido estricto. **La especialidad del campo sectorial en que se perfeccionan (la función pública de tutela del medio ambiente) les añade una gran especialidad: su objeto puramente convencional, no contractual; en muy escasas ocasiones un acuerdo voluntario ocultará un contrato de obras, suministro o servicio público; al contrario, en ellos se cristalizan nuevas formas de actuación administrativa, que se dirige a concretos ciudadanos y/o empresas que, por estar en una posición particular o integrados en un sector industrial problemático, merecen una atención especial de la Administración, que conviene con ellos medidas de fomento o soluciones personales para solventar o suavizar sus problemas ambientales**<sup>1257</sup>.

Por lo demás, los convenios ambientales no presentan grandes especificidades en relación con las que puedan tener el resto de convenios de colaboración, puesto que comparten con ellos su naturaleza, la *causa contrahendi*, el carácter de fomento que integran en muchas ocasiones, la nueva forma de administrar que traen consigo y la problemática que genera su celebración en los fundamentos del Derecho Administrativo (negociabilidad de las potestades, garantías de publicidad y concurrencia, responsabilidad extra contractual, etc.). De todas formas, allí donde existan cualidades específicas propias de los acuerdos voluntarios ambientales los pondremos de relieve.

<sup>1257</sup> Este carácter no contractual de los convenios ambientales lleva aparejadas todas las consecuencias que ya expusimos en los capítulos tercero y cuarto, sobre todo, estar excluidos de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y lo que para ellas les supone en su régimen de responsabilidad por ruptura del convenio y de vinculación o no al mismo.

## 1. El marco político de España dentro de la UE: entre protección del medio ambiente y compatibilidad económica

La realidad cotidiana de los asuntos internacionales refleja que la cuestión económica se ha convertido por méritos propios –y ajenos– en la estrella más rutilante del espacio jurídico. Mejor dicho, nunca dejó de serlo desde la segunda posguerra y la subsiguiente creación de las Comunidades Europeas, sólo que ahora su importancia ha aumentado más si cabe. En la trascendental etapa que vive Europa hogaño, alejado el fantasma de la guerra, caído el muro de Berlín y embarcados en la moneda única, hace ya tiempo que se detecta una cierta relajación de las fronteras ideológicas y, paralelamente, la búsqueda de un mejor nivel de vida, como ha ocurrido también en España, de forma más intensa si cabe.

Incluso la unidad política, que a finales de los ochenta y principios de los noventa estuvo entre las principales obsesiones de las instituciones comunitarias, parece haber pasado (tras el cisma provocado por la adopción del euro como moneda oficial, las rebeldías y desaires de algunos Estados miembros y su posterior reconducción) a segundo plano. Debido a ese exceso de pragmatismo o a la escasa preocupación inicial por los problemas ambientales de los ciudadanos europeos, la tutela y conservación de la naturaleza y del entorno urbano fue arrostrada inicialmente con medidas puntuales y escasas<sup>1258</sup>.

La política comunitaria de protección del medio ambiente se movió siempre entre lo moral y lo jurídico, careciendo de un refrendo normativo general en los Tratados hasta bien avanzada la década de los ochenta<sup>1259</sup>. En este nacimiento al derecho, el medio ambiente no fue inventado, la preocupación por su protección no apareció súbitamente como la espuma del mar, *ex nihilo*, sino que sobrevino lentamente, a medida que sus inicialmente inocuos enunciados fueron afectando progresivamente a la economía o a la libre competencia<sup>1260</sup>, tomando así un mayor predicamento

<sup>1258</sup> Las primeras directivas trataron temas tan dispares e inconexos como el control y etiquetado de sustancias químicas peligrosas, la protección de las aguas, el control de agentes contaminantes como el SO<sub>2</sub>, NO<sub>x</sub> o los gases de los vehículos de motor.

<sup>1259</sup> Sólo tras el Acta Única Europea (1.986) se toma nota en el Tratado de la CE de la importancia del medio ambiente, al integrar, en el art. 130R, tres objetivos: la protección del medio ambiente, la salud humana y el uso prudente y racional de los recursos naturales.

<sup>1260</sup> Un buen botón de muestra nos ofrece ORTEGA ÁLVAREZ, L., *El concepto de medio ambiente*, en la obra colectiva por él coordinada *Lecciones de Derecho del medio ambiente*, editorial Lex Nova, Valladolid, 1.998, pág. 67. Así, algunas disposiciones ambientales nacionales amenazaban el libre mercado, como la normativa alemana de los años setenta sobre uso de gasolina sin plomo, para lo que se requerían automóviles de gran potencia, como los que Alemania fabricaba, en oposición a los turismos de menor cilindrada como los franceses e italianos. En el mismo sentido de una génesis economicista de la tutela ambiental, FUENTES BODELÓN, *La aplicación de la normativa*

entre las altas instancias burocráticas europeas. Las relaciones entre economía y medio ambiente son tan íntimas que actualmente se está llegando a una cada vez más progresiva delicuescencia de sus fronteras.

No debemos asombrarnos. Comparando los sustantivos “ecología” y “economía”, y atendiendo a la etimología, maestra muchas veces de la semántica, repararemos en la pertenencia común a la raíz griega *oikós* (que refiere a la casa y, en general, al entorno humano), pero también en el concepto de *nomos* y de *logos*, que hacen alusión, respectivamente, a “significado” y a “ciencia o saber”. Por tanto, la ecología es la ciencia que estudia el entorno y las relaciones entre sus componentes, mientras que la economía repara más en su significado inmediato, en una comprensión práctica y actuada del mismo.

Efectivamente, sólo desde el momento en que la protección del medio ambiente empezó a condicionar la actividad cotidiana de las empresas, en que los consumidores (sobre todo los del norte: alemanes, franceses, holandeses, luxemburgueses y belgas) denotaban preferencias por los productos “verdes”, o las catástrofes ambientales eran sentidas como auténticos daños al interés general, empezaron a tomarse medidas de salvaguarda del entorno<sup>1261</sup>. Esas medidas se basaron, en el origen, en un actuar compulsivo: sancionar las conductas desviadas que ocasionaban daños al medio ambiente.

Desde los años noventa, sin embargo, el aumento de la legislación ambiental comunitaria y española ha sido lacerante. Los poderes públicos se enrolan entonces en la cruzada de la desregulación, la simplificación administrativa y el abaratamiento de las medidas de protección. Se ha dicho acertadamente, a nuestro juicio, que la política ambiental funciona como una espada con doble filo: por un lado puede limitar la competitividad de las empresas para competir globalmente, pero por otro, puede favorecerlas en cierta medida gracias al proteccionismo que la calidad ambiental de sus productos les proporciona de manera natural<sup>1262</sup>. A esa hiper-

comunitaria en materia de medio ambiente: balance y perspectivas, en Revista de Derecho Ambiental, nº. 1, octubre-diciembre 1.988, pág. 9, quien la cita como la primera causa determinante de nacimiento y VALERIO, E., *La legislación europea del medio ambiente: su aplicación en España*, Colex, Madrid, 1.991, pág. 19.

<sup>1261</sup> Sobre la evolución del dualismo desarrollo-medio ambiente en la UE, hasta la invención de los acuerdos voluntarios como avanzadilla de los instrumentos de tutela económicos, puede consultarse CLUB DE BRUXELLES, *Entreprises et Politiques Européennes de l'Environnement*, Bruselas, febrero de 1.994, págs. 82-91 y LONDON, C., *Environnement et Stratégie de l'Entreprise. Dix Concepts clefs*, Éditions Apogée, Rennes, 1.993, págs. 67-83.

<sup>1262</sup> Vid. GOLUB, J., *Global Competition and EU Environmental Policy: An Overview*, EUI Working Papers, RSC nº 98/1, Robert Schuman Centre, European University Institute, Florencia, 1.988, págs. 4 y 5. Para este autor, la estrategia ambiental de la UE tiene de original que lleva a la práctica una política de “win-win” (ganador-ganador), esto es, que pretende tanto mejorar los estándares de protección como que ello redunde, además, en un mejor desarrollo económico. Los acuerdos voluntarios, lógicamente, están llamados a jugar un importante papel en esta táctica. Subyacen, eso sí, las dudas legales sobre la posibilidad de conceder ayudas o subvenciones para fomentar la adhesión empresarial al proyecto, aunque, convencionalmente, la UE tolera que los Estados concedan hasta un 15-25% del monto de las inversiones en instalaciones tecnológicas de mejora ambiental (pág. 25).

trofia normativa ha sumado MONTORO CHINER una desasosegadora y real amenaza: la abundancia de normas y su complejidad lleva una preocupante inactividad administrativa a la hora de aplicarlas y hacerlas cumplir<sup>1263</sup>.

Fue así cómo Europa ha girado su cabeza hacia el mercado, hacia la descentralización y hacia la reforma fiscal como base fundante de la panacea anti-contaminación. Pero hemos de tener claro que el advenimiento de los instrumentos paccionados no es casual, sino que obedece a poderosos factores económicos que, como juristas, no se nos deben escapar. Son los siguientes:

- la progresiva complejidad de las sociedades liberales avanzadas está cambiando el rol de la Administración y de los actores sociales: mientras que aquélla se reduce y simplifica, los tejidos económicos empresariales se interconectan e internacionalizan, quedando abocados a ayudar en las tareas de búsqueda del interés general. Uno de los lugares de encuentro de esas dos tendencias de signo opuesto son los acuerdos voluntarios<sup>1264</sup>.

- el proceso de internalización de los gastos ambientales: el principio “quien contamina paga”, actualmente recogido en el art. 174 TCE (antiguo art. 130R) y en varios documentos y directivas<sup>1265</sup>. Concedora de que la aplicación a ultranza de este principio puede suponer una carga excesiva para el desarrollo del comercio y la industria, la propia Unión puede permitir excepciones temporales y ayudas en casos excepcionales.

<sup>1263</sup> Tanto o más gravosa en el Derecho Ambiental que en el Derecho Administrativo si cabe, donde la exigencia de respeto de las generaciones venideras es evidente, de manera que no sólo estamos afectando a su derecho a un medio ambiente adecuado sino a su capacidad para promulgar nuestra normativa vigente. Vid. MONTORO CHINER, M. J., *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficacia*, editorial Atelier/administrativo, Barcelona, 2.001, págs. 33 y 35.

<sup>1264</sup> Desarrollaremos más adelante esta teoría nuestra de la explosión social-implosión administrativa. Algún economista del medio ambiente la atisba para explicar la importancia y bondad de los acuerdos como nexo de unión de ambos movimientos. Cfr. GLASBERGEN, P., *Voluntary Environmental Agreements as Institutional Change*, CAVA Working Paper nº. 2.000/02/02, febrero de 2.000, Bruselas, págs. 4 a 6. Como cabría esperar de un profesor de Gestión Ambiental de la Universidad de Utrech (como hemos anticipado, en Holanda los acuerdos voluntarios como herramienta de protección ambiental se han asentado más que en ningún otro país europeo), GLASBERGEN toma partido por un mayor uso de estos instrumentos [a los que denomina, expresivamente, cruce de caminos o lugar de encuentro (pág. 15)], siguiendo el modelo holandés, que se encuentra a la vanguardia europea por el número de acuerdos suscritos, pero no tanto –en nuestra opinión– por la calidad de su encaje normativo ni por el calado de su doctrina. Disentimos de su opinión de no juridificar los acuerdos (dejándolos fluir por los impulsos de la praxis) y de su calificación como contratos de Derecho Privado. La calificación de los acuerdos voluntarios como contratos de la Administración sometidos al Derecho Privado es muy común a los economistas, que suelen asociar las ideas de libertad y voluntariedad con dicha rama del derecho. Igualmente ocurre con SAUER, P. (editor), *Voluntary agreements in environmental policy*, Vysoká Škola Ekonomická, Praga, 2.001, págs. 106-107.

<sup>1265</sup> Así, la Comunicación de la Comisión “*El medio ambiente en Europa: Hacia dónde encauzar el futuro. Evaluación global del Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible: ‘Hacia un desarrollo sostenible’*”, COM(1.999) 543, final (DOCE de 24.11.1.999), pág. 26, privilegia los acuerdos voluntarios como uno de los medios de aplicar este principio. Entre las directivas, por ejemplo, la 96/61/CEE del Consejo, de 24 de septiembre de 1.996, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación; la 96/62/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1.996, sobre evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente, o la 98/70/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1.998, relativa a la calidad de la gasolina y el gasóleo por la que se modifica la directiva 93/12/CEE del Consejo.

- la reorganización del sistema fiscal: las autoridades comunitarias se han pronunciado sobre el protagonismo que están llamados a protagonizar los instrumentos fiscales en el salto cualitativo de protección ambiental que pretende la UE. En la Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo, titulada "Crecimiento económico y medio ambiente: Implicaciones para la política económica"<sup>1266</sup>, la Comisión se muestra favorable a desarrollar una reforma profunda de la tributación, orientada a introducir la protección del medio ambiente como factor de distribución de las cargas fiscales<sup>1267</sup>. Se trataría de penalizar fiscalmente aquellas conductas lesivas para el entorno, y de, paralelamente, rebajar la presión fiscal sobre aquellos impuestos que, por gravar la mano de obra o la actividad empresarial (tal y como se expresa la Comisión parece estar haciendo referencia a impuestos tipo IAE, IS o a las cotizaciones sociales) inciden negativamente en el dinamismo económico de las sociedades avanzadas. Para nosotros retenemos que para evitar que esta imposición ambiental no acabe por repercutirse a los consumidores, el destino de este nuevo flujo monetario que entraría en las arcas estatales bien podría servir para subvencionar los precios de los productos respetuosos con el Medio, hasta el momento en que la demanda pueda por sí misma estabilizar el mercado<sup>1268</sup>.

- De todos es sabido que el derecho va detrás de la sociedad, del cambiante mundo de las relaciones económicas. El retraso de nuestra ciencia por ordenar la multiplicidad de situaciones de la vida cotidiana se hace más patente si cabe en nuestro motorizado Derecho Administrativo. Aún más, en el Derecho Ambiental esa desazón se incrementa, dado los claros impactos que las actividades industriales tienen en el entorno y la variedad de formas en que éste se produce, muchos de los cuales conocemos e ignoramos a un tiempo. La Administración, conocedora de la gravedad

1266 COM(94) 465, final (DOCE de 03.11.1.994).

1267 En la Comunicación de la Comisión sobre Impuestos y Gravámenes ambientales en el Mercado Único, COM(97) 9, final (DOCE de 26.03.1.997), págs. 21 y 22, se apuesta firmemente por una ampliación de las exacciones ambientales por parte de los Estados, competentes en materia fiscal, dado su excelente balance coste-beneficios y la efectividad que llevan aparejada. También se estiman favorables las ayudas estatales concedidas mediante exenciones o rebajas en otros impuestos, que suelen ser más compatibles con la normativa comunitaria que prohíbe las ayudas que puedan distorsionar la competencia y el libre tránsito de mercancías. Estimamos que países como Italia, Portugal o España aún no han desarrollado adecuadamente las posibilidades ambientales de los impuestos.

1268 Otro destino legítimo de estos ingresos puede ser el mantenimiento de la población activa afectada por la precariedad laboral a que abocaría la adopción de medidas ambientalistas en las PYMES. Es una vieja aspiración de la Unión la contención de la inflación y de los tipos de interés, algo que, en opinión de la Comisión, podría verse en peligro si se elevan excesivamente los salarios. Cfr. Recomendación de la Comisión sobre las Orientaciones Generales de la Política Económica para los Estados miembros y la Comunidad, COM(95) 228, final (DOCE de 31.05.1.995), pág. 23. En nuestra opinión, resulta incoherente pretender establecer un círculo perfecto, sin pérdidas, entre internalización de los costes ambientales, prohibición de ayudas, moderación salarial y dinamismo empresarial: preconizar que las empresas asuman todos los costes de inversión ambiental sin que se desboquen los precios y sin que la Administración intervenga la economía suena a elucubración. Tanto más cuanto la conciencia ambiental de los consumidores sigue siendo escasa y muy influenciable por los precios de los productos.

de la contaminación originada en la época por muchas de estas empresas –de escasa conciencia ambiental– optó por el pragmatismo, y en lugar de abdicar ante la imposibilidad de regular con normas esas situaciones, procedió a suscribir acuerdos voluntarios con dichos agentes. De esta manera, esa “zona gris” en la que el derecho aún no ha llegado a recoger la pluralidad de situaciones reales que proporciona la experiencia del tráfico económico se torna algo más luminosa, al juridificarse de alguna manera mediante la intervención administrativa relativa que suponen estos instrumentos paccionados. Es por ello por lo que el recurso a estos instrumentos se hace muy útil con esta finalidad, ya que las mutaciones y situaciones empíricas individualizadas propias de esta zona de retraso cronológico del Derecho Ambiental pueden ser perfectamente controladas. En efecto, si por algo se caracterizan los acuerdos ambientales es por su flexibilidad, por su reconocida virtud de adaptarse como un guante a cada agente o sector industrial concreto<sup>1269</sup>.

No debemos minusvalorar el efecto psicológico que medidas de este tipo tienen en los sectores concernidos: para ellos, acostumbrados a la rigidez normativa unilateral clásica del Derecho Administrativo, basada en la conocida potestad de ordenación de la economía, la utilización por la Administración de esta novedosa herramienta debió suponer un acicate, como demostró el éxito que tuvo inmediatamente. Pareció dejarse claro que las posibles resistencias que las industrias pudieran haber opuesto a una actuación administrativa de fuerza se enervaron mediante el uso de estas técnicas de pactación: en parte, la Administración pasó de la imposición a la adhesión voluntaria.

- La liberalización, planteada como doctrina económica y política, requiere, como mecanismo necesario, la adaptación de los agentes empresariales a las circunstancias del mercado: elevación de los precios de las materias primas, depreciación de la moneda, y también de los costes ambientales impuestos por las normas. En ese sentido, el cierre de las pequeñas sociedades que no puedan seguir el ritmo de estas exigencias se contempla como algo irremediable.

- La existencia de los llamados costes ambientales externos: se trata de aquellos costes no cubiertos por los precios normales del mercado. En teoría, la Unión Europea aspira a repercutirlos a los agentes económicos, para que no se repartan entre la sociedad<sup>1270</sup>. Es una de esas fallas del sistema capitalista, que, por un lado,

<sup>1269</sup> Esa virtud se convierte en obstáculo cuando se trata de sectores necesitados de mayor rigidez y prerrogativas de los poderes públicos, como puede ocurrir en el sector de la energía atómica, por ejemplo: sería impensable firmar un acuerdo ambiental en este ámbito.

<sup>1270</sup> Nos referimos, por ejemplo, a la contaminación provocada por las emisiones derivadas de la combustión de las gasolinas. Es evidente, verbigracia, que en los precios de los pasajes de avión no se refleja la contaminación que llevan aparejada. La demanda existente en el mercado hace que no se encarezcan como debieran, y los daños los pagamos entre todos (entre otros efectos directos, por la disminución de la capa de ozono). La eurodiputada britá-

propugna que los precios de los servicios y productos reflejen verdaderamente la contaminación que provocan, para que el mercado pueda penalizarlos adecuadamente, y que, por otro, mantiene como dogma indiscutible el “laissez faire”, la no intervención, la modulación de los costes por el único juego de las leyes de la oferta y la demanda.

La evolución económica de las sociedades trae consigo varias consecuencias favorables para la protección del medio ambiente<sup>1271</sup>:

a). Una mayor preocupación por las cuestiones ecológicas: la elevación del nivel de vida permite tomar conciencia de la importancia del ocio, de la calidad de los productos que se ingieren y de la preservación de la limpieza de los recursos.

b). En una primera etapa de desarrollo, la relación inversiones en medio ambiente-resultados obtenidos es bastante favorable. Pensamos que la auténtica causa de esta ventaja se cifra en lo sencillo que resulta rebajar la contaminación inicial a partir de cualquier medida que se adopte. Lo difícil, claro está, es reducir los niveles de polución cuando ésta ya es menor, y hacerlo a precios razonables.

c). En una determinada etapa del desarrollo industrial de una sociedad, la limpieza ecológica empieza a valorarse como condición del desarrollo, más que como un mero factor compensatorio a tener en cuenta. En esas mismas épocas de alta evolución económica, el empleo de la tecnología (como se dirá en otras partes de esta obra) parece que redunde en un descenso de los niveles de contaminación, al consumir menos recursos naturales.

d). La dependencia del mundo occidental de los combustibles fósiles y derivados del petróleo supone elevaciones cíclicas de los precios y descontrol de la inflación cada vez que por cualquier circunstancia (presiones de la OPEP, guerras en los países productores) el precio del barril de crudo se encarece. Este argumento pesa más en el desarrollo de las fuentes energéticas renovables (por definición, no contaminantes) que la propia conciencia ambiental de las sociedades avanzadas.

Observamos, entonces, cómo la introducción de criterios ambientales depende en gran medida del propio devenir mercantil, de las presiones derivadas de la globalización y de los costes de producción asociados a los recursos naturales. Para no pecar

---

.....  
nica por los Verdes Caroline Lucas presentó en el Parlamento Europeo el 06 de septiembre de 2.000 una impopular propuesta de resolución para estudiar la viabilidad de imponer una tasa al queroseno en todos los vuelos que partan de la UE (con base en el principio “quien contamina, paga”), y si las normas internacionales lo permiten. Actualmente, el transporte marítimo y el terrestre acusan al transporte aéreo de competencia desleal, ya que dispone de un tipo 0 en el IVA de billetes de avión, de queroseno y de compra de aviones.

<sup>1271</sup> En la citada Comunicación de la Comisión sobre Crecimiento Económico y Medio ambiente, págs. 5-11.

de ingenuos, debemos tener en mente estos criterios (y alguno otro más, de índole política) para explicarnos el porqué del empleo creciente de los acuerdos voluntarios como herramienta de la política ambiental moderna.

## II. EL ADVENIMIENTO DE UNA FILOSOFÍA PACTICIA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

### 1. La proyección de la idea de colaboración sobre el medio ambiente en España

La llegada de la democracia a España trajo consigo un mayor afán de participación en la toma de decisiones públicas, también de aquéllas relacionadas con el medio ambiente. Recordemos cómo el principio de participación pública era recogido por la Carta Mundial de la Naturaleza de 1.982 y en la Declaración de Río del mismo año<sup>1272</sup>.

Pero esa participación ha sido siempre subsidiaria de la principal herramienta de la lucha pública contra la contaminación: las normas, las leyes. Ya la STC 64/1.982, de 4 de noviembre, reconocía la libertad del Legislador para elegir las técnicas más apropiadas para desarrollar la política ambiental (Fdto. Jco. 2º). En esa preeminencia del Legislador sobre la Administración se reconocía la superioridad de las técnicas normativas sobre las pacticias, de la aplicación de sanciones (por supuesto, recogidas legalmente) sobre los convenios administrativos con particulares. Este “prejuicio” constitucional se ha ido erosionando progresivamente, gracias, entre otros

<sup>1272</sup> La Carta Mundial de la Naturaleza fue solemnemente adoptada y solemnemente proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 37/7, el 28 de octubre de 1.982. Sus apartados 23 y 24 rezan así: **23.** *Toda persona, de conformidad con la legislación nacional, tendrá la oportunidad de participar, individual o colectivamente, en el proceso de preparación de las decisiones que conciernen directamente a su medio ambiente y, cuando éste haya sido objeto de daño o deterioro, podrá ejercer los recursos necesarios para obtener una indemnización.* **24.** *Incumbe a toda persona actuar de conformidad con lo dispuesto en la presente Carta; toda persona actuando individual o colectivamente, o en el marco de su participación en la vida política, procurará que se alcancen y se observen los objetivos y las disposiciones de la presente Carta.* Por su parte, el principio 10º de la Declaración de Río de Janeiro de 1.992 es incluso más preciso y exigente: “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y la sensibilización y la participación de la población poniendo la información de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos, judiciales y administrativos entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.”.

factores, a la evolución del tipo y calidad de la participación ciudadana en la labor de tutela ambiental<sup>1273</sup>.

La entrada de los administrados en el seno de las funciones públicas de protección ambiental no es más que el primer estadio de un fenómeno paralelo y de mayor calado, que no es otro que la incipiente adopción de medidas desregulatorias de la intervención administrativa. Este movimiento, visible desde principios de los noventa en nuestro país, no supone una simple “abrogación de normas” sino que revela un trasfondo jurídico más complejo, que SORIANO GARCÍA entiende como la transformación de la normativa, que permitiría mayores espacios de libertad a los ciudadanos (y, añadimos nosotros, también de discrecionalidad a las Administraciones). En su opinión, la desregulación ha traído consigo una revisión de las potestades de intervención administrativas, pasadas ahora por el tamiz del análisis económico del derecho (balance coste-beneficios, eficacia, etc.); y una nueva forma de regular consistente en la determinación de objetivos, dejando mayor campo de maniobra a los poderes públicos para conseguirlos<sup>1274</sup>.

La entrada de los ciudadanos en la administración pública traía causa, además, en una legítima preocupación por el exceso de normas reguladoras de hasta las más pequeñas consecuencias ecológicas de las actividades privadas. Pero no debe ocultárenos que ha sido también malinterpretada en aras de una determinada filosofía política. Así lo han denunciado JORDANO FRAGA<sup>1275</sup> para el Derecho Ambiental, en particular, y SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO para todo el Derecho Administrativo, en general<sup>1276</sup>.

1273 En palabras de PÉREZ MORENO, A., *Instrumentos de Tutela Ambiental*, en Revista Electrónica “Medio Ambiente y Derecho” ([www.cica.es/aliens/gimadus](http://www.cica.es/aliens/gimadus)), nº. 0, Sevilla, 1.998, “la participación no sólo como derecho de acceso a la información... sino también como fundamento de otros instrumentos de tutela ambiental que entran dentro de lo que hemos denominado el necesario estatuto del «contaminador-colaborador». Su participación se encarna, en el medio ambiente, en la indispensable solidaridad colectiva, base no sólo de los instrumentos de colaboración en la gestión, y de asunción de abdicaciones de derechos, cargas y tributos; sino incluso de todos los nuevos “procedimientos consensuales de normación y sustitución de normas... y de las nuevas fórmulas jurídicas para expresar la previa aceptación de los ciudadanos a las acciones administrativas.

1274 Cfr. SORIANO GARCÍA, J. E., *Desregulación, privatización y Derecho Administrativo*, Publicaciones del real Colegio de España, Bolonia, 1.993, págs. 9-13.

1275 Cfr. JORDANO FRAGA, J., *La Protección del Derecho a un medio ambiente adecuado*, editorial Bosch, Barcelona, 1.995, págs. 153-154: “...la legislación ambiental no debe ser excesivamente ambiciosa, pues existe el peligro de que sea considerada un freno al desarrollo económico. La preservación del medio ambiente debe concebirse como una conquista gradual... Un nivel elevado de protección puede ser sólo un espejismo en el camino hacia el objetivo constitucional de un medio ambiente adecuado al desarrollo de la persona... (pero) Quizá no debieran ponerse en el tubo de ensayo social valores que no merece la pena perder en el experimento. La desregulación, de retirada en Estados Unidos, corre el riesgo de ser transplantada, sin más, a nuestro Derecho.”.

1276 En un artículo que, pese a su brevedad, constituye ya un *pandemonium* de los males que azotan a nuestra rama del Derecho, empezando por la falta de claridad y rigor de las normas y acabando por la hipertrofia orgánica administrativa y su ineficacia. Cfr. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *De la simplificación de la Administración pública*, en R.A.P., nº. 147, 1.998, págs. 7 y ss.

Y es que si la participación de los ciudadanos en la Administración ambiental se ha articulado fundamentalmente por medio de su inclusión en los órganos administrativos con funciones ambientales (en lo que significa un entendimiento ambiental de la calidad de vida que propugna el art. 129.1 CE), la colaboración ambiental de empresas y asociaciones de interés general se viene realizando de forma desordenada, no planificada y espontánea desde fuera del ámbito subjetivo de la Administración y se basa en el principio “quien contamina, paga”, que tiene un anclaje constitucional indirecto en el principio de solidaridad colectiva en la protección del medio ambiente del art. 45.2 CE<sup>1277</sup> (en el que tal actuación se concibe como una función esencialmente administrativa) y, en menor medida, en la función vigilante de los poderes públicos<sup>1278</sup>.

La colaboración de los agentes económicos para la protección del medio ambiente se inserta en el clásico concepto administrativo de fomento, una de las categorías fundantes del actuar administrativo, a través de la cual los poderes públicos incentivan a los administrados para que encaucen su actividad ordinaria hacia la consecución de metas de interés común<sup>1279</sup>. Ese bien común ha de aparecer, por tanto, de alguna manera prefijado por la Administración, que, en su promoción de la iniciativa privada, **se refleja en todo su esplendor en la satisfacción de los principios rectores de la política social y económica del capítulo III del título**

<sup>1277</sup> Así lo comparte también DE MIGUEL PERALES, C., *Derecho Español del medio ambiente*, Civitas, Madrid, 2.000, pág. 41. Cita el autor, además, la STS de 18 de abril de 1.990 en la que el TS desestima la aplicabilidad de esta indispensable solidaridad colectiva para obligar a que los vecinos de distintos núcleos urbanos tuvieran que soportar la ubicación de un vertedero a unos 300 metros de sus viviendas, porque no constaba que existieran soluciones alternativas y porque no podía extremarse el rigor de la norma respecto de aquéllos que no habían participado activamente en la generación de los residuos en cuestión.

<sup>1278</sup> Muy sutil es la apreciación de MARTÍN GÁMEZ, J. A., *Plusprotección Ambiental y artículo 45 de la Constitución española*, en RUIZ-RICO RUIZ, G. (coordinador), *La protección del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Universidad de Jaén, 1.995, págs. 244 y 245, cuando anuda a la expresión del art. 45.2 CE “Los poderes públicos velarán...” una intervención *in vigilando*, moderadísima, de las Administraciones, en el sentido no de actuar con vehemencia de un modo activo e incisivo en la protección del medio sino por medio de estímulos sociales, o a través de compensaciones y demás formas de relación con la sociedad, que incentiven su participación en esta tarea.

<sup>1279</sup> El fomento en materia ambiental se ha desarrollado en España a través, sobre todo, de ayudas y subvenciones. En palabras de ALONSO GARCÍA, C. Y MORENO MOLINA, J. A., *Técnicas jurídicas de Protección Ambiental: instrumentos de intervención administrativa*, en la obra colectiva ORTEGA ÁLVAREZ, L. (director), *Lecciones de Derecho del medio ambiente*, editorial Lex Nova, Valladolid, 1.998, págs. 121-122, estas medidas “pretenden conseguir, mediante medios indirectos y no imperativos, la autoordenación de la actividad privada en función de fines y objetivos de interés público fijados por la Administración... Estas medidas estimuladoras apoyan de manera decisiva a los mecanismos preventivos y están especialmente indicadas para las instalaciones ya en funcionamiento, cuya revisión origina importantes costos adicionales a las empresas, que, en la mayoría de los casos, no dan lugar a mejoras de la productividad”. PÉREZ MORENO, A., ESCRIBANO COLLADO, P. Y LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., *Desarrollo legislativo de la Constitución en materia de protección del medio ambiente*, en R.A.P., n.º 103, 1.984, págs. 373-374, añaden también como instrumento de fomento la colaboración Administraciones-empresas.

lo I de la Constitución<sup>1280</sup>. Con todo, existe una doctrina minoritaria que rechaza esa idea clásica de fomento, sustituyéndola por la de “actividad dispensadora de ayudas y recompensas”. Esta doctrina considera que la perspectiva teleológica de la actividad es insuficiente para dar cobertura a todas las medidas incentivadoras, por lo que convendría adoptar una visión estructural de este tipo de actividad administrativa<sup>1281</sup>.

En verdad, la colaboración, aun siendo mutua tanto de los particulares como de las Administraciones, se produce siempre inicialmente por parte de éstas, quienes estimulan a los particulares, concediéndoles ayudas y otros medios de fomento (colaborando con ellas) para atraerse hacia sí una prestación o actividad de los administrados y/o empresas y/o asociaciones de interés general sin ánimo de lucro que redunde en el bien común ambiental colectivo<sup>1282</sup>. Esta lógica aparece bien demostrada en el art. 1.2,d) del Decreto 217/1.993, del Departamento de Medio Ambiente de la C.A. de Aragón, de Asignación de Competencias:

*2. En el ámbito de las competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón y en el marco de la normativa vigente, corresponden al Departamento de medio ambiente las siguientes funciones:*

<sup>1280</sup> Esta conexión fomento-bien común-principios rectores de la política social y económica ha sido señalada entre nosotros por SANTAMARÍA ARINAS, R. J., *Administración Pública y Prevención Ambiental: El Régimen Jurídico de la Producción de Residuos Peligrosos*, IVAP, Colección Tesis doctorales, Bilbao, 1.996, pág. 349. Evidentemente, se necesitará fomentar más la consecución de estos principios del capítulo III que cualesquiera otros (en oposición a los derechos del capítulo II del título I CE), por tratarse de derechos en potencia, aún no realizados, pero cuya satisfacción debe intentar conseguirse de manera irrenunciable a medida que la sociedad madure y el estado de bienestar avance. Y es que, parafraseando el art. 53.3 CE, el reconocimiento, el respeto y la protección del medio ambiente, al informar la actuación de los poderes públicos, hace que la Administración intente encontrar el apoyo de los destinatarios de sus políticas ambientales, llegando a soluciones beneficiosas para ambas partes gracias al empleo de incentivos de todo tipo.

<sup>1281</sup> Vid. VILLAR PALASÍ, J. L., *Derecho Administrativo*, Universidad de Madrid, 1.968, págs. 757-758 y MACERA, B.-F., *El deber industrial de respetar el ambiente. Análisis de una situación pasiva de Derecho Público*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1.998, págs. 328-329. En su opinión, el técnico constituye un fin que puede alcanzarse por medio de otras técnicas jurídicas, y no podría calificarse como un tipo de actividad administrativa específica; consideran, además, que el alcance real del concepto de “ayuda” es desconocido por la idea de fomento, ya que puede servir también como “instrumento de dirección y conformación de las realidades económicas o en garantía de derechos fundamentales”. Nosotros, en esta obra, nos valemos del concepto administrativo tradicional de fomento, asentado, entre otros, por JORDANA DE POZAS, como vimos anteriormente.

Macera se aparta de las tendencias contractualizadoras del nuevo Derecho Administrativo Ambiental, decantándose por la actividad administrativa clásica de *imperium*, basándose en las teorías que conceptúan la subvención como acto administrativo unilateral necesitado de aceptación (las tesis de FERNÁNDEZ FARRERES), pero desconociendo la posibilidad de que las ayudas y subvenciones se otorguen de modo sinalagmático, como estímulo para que los particulares también entreguen una contraprestación a la Administración, que beneficie, en suma, a los intereses públicos (págs. 342-343).

<sup>1282</sup> Al respecto de las asociaciones, la flamante Ley Orgánica 1/2.002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, recoge entre las medidas de fomento que se establecen en su art. 31, un apartado 5º en el que dice que “Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, podrán establecer con las asociaciones que persigan objetivos de interés general, convenios de colaboración en programas de interés social.”, en los que las Administraciones otorgarán, como regla general, ayudas y subvenciones (apdo. 3º).

d). *Colaborar en materia de medio ambiente y conservación de la naturaleza con las diferentes Administraciones Públicas y restantes órganos de la Diputación General de Aragón, así como con personas privadas, físicas o jurídicas, promoviendo, en su caso, la celebración de los convenios, conciertos y acuerdos necesarios.*

Sea como fuere, la tendencia a las soluciones pactadas en el enfoque administrativo del medio ambiente en España data ya de hace unos 25 años, pero se incrementó de modo importante con la Constitución de 1.978<sup>1283</sup>, que prevé un sistema de producción capitalista condicionado por la ley. Así, tanto el art. 131 como el 38 CE se encuentran limitados por la planificación y las “necesidades colectivas”, términos en los que cabe reconocer otras preocupaciones no económicas como las ambientales<sup>1284</sup>. Por supuesto, ahí está el art. 45 CE, que recoge específicamente el derecho a un medio ambiente adecuado.

En claro correlato con lo que venimos diciendo, ha destacado ALONSO GARCÍA que la conexión entre el art. 9.2 y el art. 45 de la Constitución se encuentra en el artículo 53.3 de la misma. Si tenemos en cuenta la generalidad de los destinatarios potenciales de la función administrativa de protección del medio ambiente, de los intereses difusos que intenta atajar<sup>1285</sup>, y del grado de influencia de los derechos económicos y sociales del capítulo III del Título I de la Constitución (entre los que se encuentra la tutela ambiental), esto se puede apreciar mejor. Tanto el Legislador, la Administración, como el Poder Judicial, están obligados a tenerlos en cuenta

<sup>1283</sup> De los primeros en detectar esta evolución desde las soluciones de autoridad a las consensuales en la protección ambiental en España fue BOCANEGRA SIERRA, R., *Derecho ambiental y orden público*, en R.E.D.A., nº. 13, 1.977, págs. 314 y 315. Junto a él, MARTÍN MATEO, *Derecho Ambiental*, IEAL, 1.977, págs. 88-90, para quien “en la práctica, resulta muy difícil imponer unilateralmente y rígidamente impone los esquemas ambientales decididos por la Administración. Para su implantación se recurre a las clásicas técnicas de fomento plasmadas en acuerdos más o menos formales entre las empresas o particulares por una parte y la Administración por otra, generándose a la par una responsabilización más generalizada, que es la mejor garantía para la eficacia de la política ambiental pretendida”.

<sup>1284</sup> Las influencias entre los arts. 45 y 38 de la Constitución han sido señaladas por TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, quien ve en ellas la prueba de la indecisión del Constituyente por decantarse sobre uno u otro polos del desarrollo: no elegir entre desarrollismo o ambientalismo a ultranza supone no renunciar a conjugar ambas posibilidades, lo que implica una interpenetración mutua de ambos fenómenos. Cfr. FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, T.R., *Derecho, medio ambiente y Desarrollo*, en R.E.D.A., nº. 24, 1.980, págs. 6-8. Esta interrelación entre las empresas y el medio ambiente se consigue perfectamente haciendo partícipes a aquéllas en las tareas de tutela ambiental, o concienciándolas para la introducción de criterios ambientales en su propia gestión empresarial diaria.

<sup>1285</sup> Como recuerda Rosa Moreno citando la STC 62/1.983, de 11 de julio, la progresiva toma en consideración de los intereses difusos, concepto de origen italiano acuñado a mediados de los setenta, aparte del carácter socializante que pueda imprimir en la sociedad, “supone una conquista del derecho, como corolario evidente de un estado social y democrático de derecho”. En ello se echa de ver la relación existente entre Estado democrático-participación-protección de los intereses difusos o colectivos. Para este autor, la noción de grupo que se contiene en el art. 9.2 CE se halla conectada con los intereses colectivos que se protegen en el art. 45 CE, que ya hoy pueden tutelarse judicialmente gracias a la legitimación colectiva que recoge el art. 19.1, b) de la Ley Jurisdiccional. Cfr. ROSA MORENO, J., *Respaldo jurisprudencial a la defensa ambiental colectiva*, en R.E.D.A., nº. 8, 1.994, págs. 147 a 149.

cuando legislan, actúan o juzgan, y ello, claro está, dando entrada a los ciudadanos a través del cauce de la participación-colaboración ciudadana<sup>1286</sup>.

En ese mismo artículo 45 CE se encuentran las claves que dan acceso a la colaboración de los particulares (individualmente o en los grupos en los que se inserten) en las labores de salvaguardia del medio ambiente. Así, por ejemplo, el que se encargue a “todos” el deber de conservar el medio o la necesidad de velar por la racional utilización de los recursos naturales apoyándose en la “indispensable solidaridad colectiva”, principio en el que algún autor llega incluso a encontrar el fundamento filosófico del derecho al medio ambiente<sup>1287</sup>. En nuestros días, no sólo las ONGs ambientalistas (muy abundantes) se dejan notar en este sentido, sino que, jurídicamente hablando, son ya varias normas las que cuentan con los administrados para mejorar o ampliar la acción ambiental<sup>1288</sup>.

Por último, es razonable juzgar que sea en el propio pórtico constitucional de la participación, el art. 9.2, donde se encuentra apuntada la demanda a los poderes

\*\*\*\*\*  
<sup>1286</sup> Para ALONSO GARCÍA, E., *La participación de individuos en la toma de decisiones relativas al medio ambiente en España. Aspectos constitucionales*, en R.E.D.A., nº. 61, Madrid, 1.989, págs. 49 y ss., el art. 46, como todos los de su clase, “... constitucionalizan valores que no sólo autorizan la existencia de una acción pública referida a ellos sino que también pueden ser formulados como derechos de la comunidad en si misma (como algo diferente al aparato de Poder Público). Esto es precisamente lo que ocurre con el derecho al trabajo, el derecho a la protección de la salud, o, especialmente, el derecho a un medio ambiente adecuado (art. 45). Esta es la razón por la que la participación del ciudadano como persona «o como miembro de un grupo» (como dice el art. 9.2) debe ser especialmente apoyado en esta área de intereses difusos. Es ésta también la razón por la que casi nadie discute el derecho de estas asociaciones representativas de intereses difusos a ejercitar acciones populares o a participar en procedimientos administrativos para la toma de decisiones no normativas.”

<sup>1287</sup> Cfr. DE LUCAS, J., *El principio de solidaridad como fundamento del derecho al medio ambiente*, en Revista de Derecho Ambiental, nº. 12, 1.994, págs. 51 y ss.

<sup>1288</sup> Así, por ejemplo, la ecoauditoria o la ecoetiqueta, o la normalización ambiental, la calibración de la calidad ambiental de las empresas, etc. se hacen, cada vez más, por sujetos privados. Así lo ha demostrado CARRILLO DONAIRE, J. A., *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2.000, págs. 104 y 105, quien funda la colaboración privada en el campo ambiental en la “indispensable solidaridad colectiva”, vislumbrando en este movimiento expansivo de la participación ambiental la necesidad de encontrar un nuevo equilibrio “entre los clásicos vectores de la intervención pública y la tutela privada que representan estos instrumentos de mercado”. Y tenemos la impresión de que, tal vez, la mayor intervención de los particulares en la acción ambiental no se deba tanto a una tendencia al repliegue administrativo (sólo en pocas ocasiones ha sustituido la Administración su intervención por la de los privados), sino a la extensión paulatina del concepto de medio ambiente, y a una mayor demanda social de calidad en su protección. Ahí entran, por ejemplo, fenómenos actuales la autonormación, la autoadministración y los instrumentos de mercado, que han puesto en valor nuevos sectores –hasta hace poco ignotos– para la Administración, como los derechos de emisión o la comerciabilidad de los residuos, por ejemplo. Del mismo modo se pronuncia LUCAS, J. D. *El principio de solidaridad como fundamento del derecho al medio ambiente*, en Revista de Derecho Ambiental, n. 12, 1.994, págs. 51-70, respecto de la solidaridad. Para LÓPEZ RAMÓN, F., *Derechos fundamentales, subjetivos y colectivos al medio ambiente*, en R.E.D.A., nº. 95, 1.997, págs. 347 y ss., el derecho al medio ambiente es un derecho colectivo compuesto por una pluralidad de derechos subjetivos y basado en la solidaridad colectiva. Sobre esa expresión abundan ESCRIBANO COLLADO, P. y LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., *El medio ambiente como función administrativa*, en R.E.D.A., nº. 26, 1.980, pág. 367 y ss, pero enfocándola más que como la clave que da acceso a los empresarios en la llevanza de la carga de protección ambiental, como la función social del derecho al medio ambiente adecuado, esto es, como el peaje que deben pagar todos aquellos propietarios de bienes con valores ambientales protegibles al resto de sus ciudadanos.

públicos de una mayor participación de los agentes económicos y sociales en la concreta función administrativa de protección del medio ambiente. En concreto, cuando se aboga a facilitar la participación de los individuos y los grupos en los que se integran **en la vida cultural del país**. Esto resulta obvio si, como hemos mantenido al desglosar el concepto constitucional de medio ambiente del art. 45 CE, el medio ambiente se relaciona con la calidad de vida y ésta se halla enraizada en el significado general de la cultura. De esta forma, la “cultura” no sólo debe suponer una mayor implicación de los padres, alumnos o asociaciones en los centros directivos de los colegios, institutos o Universidades, sino que implica una visión más general de la misma, que llega a un disfrute y corresponsabilización del patrimonio histórico y artístico, del paisaje y del medio ambiente en general<sup>1289</sup>.

Pero también en la participación social en la vida económica se observan veladuras de lo que puede ser la concertación pública con los administrados, ya que suelen ser los empresarios los sujetos y destinatarios de la celebración de pactos con la Administración, como tendremos ocasión de comprobar. De ese modo, aunque el art. 9 CE no cite expresamente la colaboración administrativa sí que, de esta manera indirecta, parece tenerla en cuenta en todos los sectores de la vida social que puedan tener influencia en la protección del medio ambiente<sup>1290</sup>. En este sector, así como en los otros muchos que componen la actividad administrativa, la introducción del modelo participativo conlleva la “coparticipación” de las tareas públicas por los ciudadanos, **no sólo como deber sino también como derecho**, lo que se realiza a través de consorcios, convenios, conciertos, gestión mixta y otras formas de colaboración activa entre el Estado y la Sociedad.

<sup>1289</sup> La participación en los colegios ha sido quizás una de la más valoradas, conseguidas y conocidas de cuantas se desarrollan en nuestra democracia. Desde la aprobación de la LODE en 1.985, la participación social en los colegios se institucionaliza a través de las Asociaciones de Padres y Madres, de los Consejos Escolares y de sindicatos y demás fuerzas vivas de la sociedad. No faltan, como en casi nada, algún análisis crítico del proceso, como el realizado desde una perspectiva sociológica por RAMBLA, X., *La participación ciudadana en la escuela*, en Revista Internacional de Sociología, nº. 24, 1.999, págs. 69 y 70, para quien esta participación educativa ha sido vaga, contradictoria, acabando por excluir prácticamente a las madres obreras, con menos disponibilidad horaria que las de otras clases sociales. Los juristas suelen opinar lo contrario.

<sup>1290</sup> Esta conclusión ya fue intuita, en cierto modo, por Sánchez Blanco, quien desglosaba esa participación cultural en un doble sentido: en uno estricto, en una acepción de cultura que lleva a las tradiciones de nuestro pueblo (como reconoce el Preámbulo constitucional) y en uno lato, que la unía con la calidad de vida, a la que no es ajeno el factor económico, como decimos, y su conexión internacional, cuando el párr. 4º del Preámbulo cita a “los españoles y pueblos de España”. Cfr. SÁNCHEZ BLANCO, Á., *La participación como coadyuvante del Estado social y democrático de derecho*, en R.A.P., nº. 119, págs. 139-141. El hecho determinante de que los poderes públicos deban remover los obstáculos que dificultan la libertad e igualdad de los individuos esconde una visión pesimista del presente que, en 1.978, vivía nuestro país, y cómo se pretendía una remodelación de la situación social por medio, entre otras cosas, de una mayor participación de todos en el cambio. Con ello, como ha dicho el autor, el Constituyente tomaba partido por una sociedad nueva, en la que la participación política absorbía la mayor parte de la participación administrativa.

Y es que la cláusula del Estado democrático supone la obligación de ejercer el poder político teniendo en cuenta la voluntad popular manifestada y, en lo administrativo, ha de suponer la entrada de la voluntad ciudadana en la elaboración de reglamentos y actos administrativos o bien, la cesión del ejercicio del mismo en formas que la primigenia idea de participación no llegó a prever: la autorregulación, normas voluntarias de calidad ambiental o convenios ambientales, como veremos<sup>1291</sup>. En resumen, la adopción de instrumentos voluntarios de protección ambiental está significando “pasar del castigo para el mal cumplidor al premio para el buen comportamiento”<sup>1292</sup>.

## 2. El papel de los instrumentos convencionales de tutela ambiental

En pura lógica, los desafíos planteados por la liberalización e internalización de los costes ambientales no pueden ser afrontados *ex abrupto*, de forma repentina. Requieren de ciertos cambios estructurales en las empresas y, sobre todo, del éxito que se obtenga en apaciguar las tensiones sociales que ineluctablemente provoca el juego de estas teorías económicas. En ese ínterin temporal, político e incluso filosófico, el Derecho está llamado a ser la bisagra entre los modos de hacer del pasado y del futuro próximo. Más concretamente, los acuerdos voluntarios (*nomen* de origen comunitario, como ya hemos aclarado, poco usado por ahora en nuestro Ordenamiento jurídico, pero que, por convención, refiere a todos los instrumentos paccionados para la protección del medio ambiente de carácter negocial y sinalagmático, avanzadilla del actual Derecho Ambiental), están abocados a cumplir una labor de engarce que se nos antoja esencial también en España. La elección de los acuerdos voluntarios, de los convenios de colaboración y de las técnicas de consenso, arbitraje, etc. como parte esencial de esta corriente renovadora no es casual: se trata de técnicas nacidas al socaire de una situación económica (la segunda posguerra) en la que el fomento de la actividad privada sustituyó el intervencionismo estatal y que, por concomitancia, llevan ínsito algunos genes propios del librecambismo.

1291 Así lo ha proclamado SÁNCHEZ MORÓN, para quien, además, la participación encuentra apoyo en el art. 10 CE, cuando se habla de el “libre desarrollo de la personalidad”, que debe llegar a tenerla en cuenta en las decisiones ecológicas y económicas. También el pluralismo, como valor fundamental de nuestro régimen jurídico (art. 1 CE), implica esta misma idea, que supera, por tanto, la idea de participación del art. 9.2 –que no llega a más que una norma programática, a una “norma de finalidad” dirigida al Legislativo, al Gobierno-Administración y al Poder judicial– y se engasta en los principios fundamentales del derecho, con lo que ello implica. Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, M., *El principio de participación en la Constitución española*, en R.A.P., nº. 69, 1.979, págs. 174, 178 y 181.

1292 Cfr. XIMÉNEZ DE EMBÚN RAMONELL, J. y ZULUETA TABOADA, A., *Sistemas de Gestión Medioambiental*, editorial Colex, 1ª edición, Madrid, 2.001, pág. 54.

Reeditados con vigor como institución jurídica adecuada para encauzar estos mecanismos voluntarios de encuentro de voluntades, los convenios de colaboración están sirviendo como forma de introducción paulatina de los nuevos sistemas de desarrollo sostenible. Por sus características propias (pervivencia de su vigencia en el tiempo, flexibilidad, baratura, adaptación al tamaño de cada sector, etc.) se convierten en los instrumentos adecuados para que las Administraciones puedan complementar su normativa, sustituirla en casos de laguna o mejorarla, atrayendo a cada sector productivo a los ambiciosos fines públicos de una economía ambientalmente compatible.

Por otro lado, no estaría de más que las PYMEs pudieran concertar acuerdos con las Administraciones, con los que poder hacer frente a las exigencias ambientales que demanda la sociedad. Con ellos se puede adaptar el cumplimiento de los niveles de producción ambiental exigidos al tamaño de cada empresa, incluso dilatar en el tiempo su cumplimiento. La colaboración con el tejido social de pequeño tamaño ha sido reconocida como una orientación de la política ambiental comunitaria<sup>1293</sup>.

### III. LOS INSTRUMENTOS PACCIONADOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN ESPAÑA. DEFINICIÓN

#### 1. Nuestro concepto

Con la expresión “instrumentos paccionados de tutela ambiental” queremos hacer referencia a todos aquellos negocios jurídicos celebrados entre una o varias Administraciones con una o varias personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho Privado (empresas o asociaciones industriales las más veces, pero también simples administrados, propietarios de tierras, etc.) y que, pudiendo tener una amplia multiplicidad de objetos y estar o no previstos expresamente en la legislación, tienen como finalidad común establecer un relación jurídica propia entre las partes, encaminada a una mejor protección del medio ambiente.

Dentro de los instrumentos paccionados para la protección del medio ambiente incluimos, por tanto, acuerdos voluntarios, pactos, programas conjuntos, consorcios, contratos de las Administraciones públicas (públicos o privados), sistemas de adhesión

<sup>1293</sup> Vid. Resolución del Consejo de 30 de junio de 1.988, relativa a la mejora del medio ambiente de las empresas y a la promoción del desarrollo de las empresas, en particular de las pequeñas y medianas empresas, en la Comunidad (DOCE C 197, de 27.07.1.988, págs. 6 y 7).

voluntaria... y, sobre todo, convenios de colaboración Administración-particulares. Nosotros justificamos el empleo de estos últimos como herramienta madre fundamental juridificadora de todos aquellos que tengan carácter sinalagmático, esto es, que supongan un intercambio de contraprestaciones entre las partes. Es por ello por lo que prestaremos una atención casi exclusiva a los “acuerdos voluntarios” y, por ende, a todos los negocios jurídicos sinalagmáticos de naturaleza estrictamente convencional (esto es, en su acepción estricta, referida a los convenios), excluyendo, por tanto, los contratos de las Administraciones Públicas, de naturaleza jurídica parecida pero diferente.

En España, los acuerdos voluntarios en particular han permanecido como infrauti-  
lizados por diversas causas. Cabe citar entre ellas: las dudas legales sobre su efectivi-  
dad, lastrado como se encuentra el Legislador por el tradicional empleo de instru-  
mentos puramente normativos; las reticencias administrativas sobre la posibilidad de  
pactar o condicionar las potestades administrativas que puedan verse afectadas en la  
protección del medio ambiente; la inicial dispersión orgánica de los organismos com-  
petentes para la tutela ambiental; más recientemente, la tardía creación de un  
Ministerio de Medio Ambiente que centralizara todos los esfuerzos negociadores; y,  
más prosaicamente, la falta de una auténtica conciencia ambiental sostenida en  
España, que sobrepasara las puntuales preocupaciones demagógicas y mediáticas por  
los desastres ecológicos y que empujara a los agentes sociales y empresariales a cola-  
borar indefinidamente con los poderes públicos en la salvaguarda del entorno.

Como consecuencia de ello, a diferencia de lo que hemos estudiado en los países  
de nuestro entorno, no ha aparecido en nuestro país ningún trabajo doctrinal de  
relevancia dedicado en profundidad al estudio y viabilidad de los acuerdos ambien-  
tales –algo que intentaremos paliar humildemente con nuestras reflexiones<sup>1294</sup>–.

## 2. Aportaciones y percepciones doctrinales

Sólo recientemente y de un modo ciertamente minoritario se han animado los  
autores nacionales a tratar el tema de los acuerdos voluntarios. Algunos, sin embar-  
go, se siguen limitando a hacer equivaler instrumentos voluntarios con la ecoeti-  
queta o la ecoauditoria, muy importantes, sin duda –quizás las *starlettes* de las ins-  
tituciones voluntarias– pero que no agotan, ni mucho menos, la actual pléyade de

\*\*\*\*\*  
<sup>1294</sup> Queremos dejar clara la legitimidad de su empleo, con las necesarias prevenciones, describiendo los casos ya  
existentes en nuestro Ordenamiento jurídico y otorgándoles naturaleza jurídica.

mecanismos paccionados de protección del medio ambiente<sup>1295</sup>. Otros lo han hecho desde la ciencia de la economía<sup>1296</sup>. Finalmente, a pesar de algún acercamiento meritorio<sup>1297</sup>, resulta un hecho incontrovertible la escasez de estudios jurídicos *ad hoc*<sup>1298</sup>. Quizá los primeros en darse cuenta de la nueva ola de instrumentos de tutela ambiental que arribaba subrepticamente a nuestro Derecho Ambiental fueran PÉREZ MORENO y MARTÍN MATEO, cuya intuición acerca del devenir de la materia ambiental se ha puesto varias veces de manifiesto. El primero de ellos, en 1.981, ya abogaba por refundir las normas sectoriales existentes en materia ambiental en una única Ley general básica de protección del medio ambiente, uno de cuyos preceptos esenciales habría de ser la articulación de un sistema de fomento basado

<sup>1295</sup> Entre éstos, por ejemplo, cabe citar a DEL BRÍO GONZÁLEZ, J. A. y JUNQUERA CIMADEVILLA, B., *Medio Ambiente y Empresa: de la confrontación a la oportunidad*, editorial Civitas, Madrid, 2.001, págs. 80 a 97, quienes se limitan a distinguir entre instrumentos restrictivos, económicos (muchas de cuyas virtualidades serían predicables de los acuerdos voluntarios: incentivos, fomento, aplicación inmediata, obtención de estándares ambientales ultra-normativos...) e instrumentos voluntarios (ecoetiqueta, ecoauditoría y certificación ambiental).

<sup>1296</sup> El nº. 1 de la REVISTA DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS está dedicado exclusivamente al "*Medio Ambiente y Mercado en España*". En su estudio introductorio se hace eco de los efectos perversos que la regulación ha traído en cierto sentido para la protección ambiental (desproporción entre costes y logros y complejidad, fundamentalmente) y de los efectos beneficiosos que puede traer una mayor apuesta por el mercado y la introducción de más instrumentos económicos de tutela ambiental. Al margen de estos sofismas, muchas veces equivocados y no tan absolutos, sí es correcta la alusión a la emergencia de un nuevo principio, que está en la base de la lógica jurídica de los acuerdos voluntarios ambientales: "pagar a quien reduce su contaminación", lo que proyecta la idea de que la protección ambiental por parte de los particulares va, a veces, más allá de una mera función social de su propiedad o actividad laboral, para incardinarse en la esfera del colaborador de la Administración, cuyos servicios a la colectividad debieran ser "remunerados" de alguna forma, generalmente a priori, por medio de incentivos. Cfr. págs. XXII-XXV.

<sup>1297</sup> En su reciente obra, LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental Administrativo*, Dykinson, Madrid, 2.000, págs. 107-108 llega a intuir, al menos, el fenómeno, aunque sin acabar de rematar. La autora deriva muy razonablemente del principio de participación de los ciudadanos en las tareas administrativas una forma de colaboración, la que García de Enterría llamara "participación cooperativa". Esta forma de participación es aquella en la que el administrado, "sin dejar de actuar como tal y sin cumplir funciones materialmente públicas, colabora de una manera voluntaria en programas o actividades que la administración patrocina o promueve", en una nueva forma de actividad administrativa que no trata de limitar sino de buscar la colaboración privada de los ciudadanos "a través de fórmulas de incentivación o desincentivación de la iniciativa privada que pueden englobarse en la conocida tradicionalmente como actividad de fomento". Por su parte, el profesor VERA JURADO, D. J., *La disciplina ambiental de las actividades industriales. Autorizaciones y sanciones administrativas en materia de medio ambiente*, editorial Tecnos, Madrid, 1.994, págs. 175-177 que reconoce objetivamente el desmesurado incremento de normas sancionadoras y represivas *ex post facto* en materia ambiental, lo que no se ha acompañado de un paralelo incremento de su efectividad.

<sup>1298</sup> Aparte de los estudios españoles sobre ecoetiqueta o ecoauditoría (bastante abundantes y entre los que cabe destacar el reciente y estupendo estudio de NOGUEIRA LÓPEZ, A., *Ecoauditorías, Intervención pública ambiental y autocontrol empresarial*, editorial Marcial Pons, Madrid, 2.000) realmente pueden contarse con los dedos de una mano los estudios dedicados a los acuerdos voluntarios en especial. De los primeros en tratar el tema fue PÉREZ MORENO, A., *Instrumentos de Tutela Ambiental*, en Revista electrónica "Medio Ambiente y Derecho" ([www.cica.es/aliens/gimadus](http://www.cica.es/aliens/gimadus)), nº. 0, Sevilla, 1.998, que, entre los criterios clasificatorios comprensivos de la dinámica de la "cuestión ambiental" no sólo cita los instrumentos represivos, los medios reparadores y preventivos, o de gestión mercantil, sino también los criterios participativos, de pactación y consenso, que define posteriormente como un avance "en las actitudes abiertas a la colaboración en la gestión, basándose en la concurrencia de esfuerzos públicos y privados, en las fórmulas paccionadas y consensuadas, en la utilización de acuerdos, en la mediación y en el arbitraje, que se vislumbran como una nueva dimensión para la eficaz composición de intereses en el Derecho Público".

en el mandato constitucional de “solidaridad colectiva” y canalizado mediante fórmulas de convenio y programación, con la acogida del principio «contaminador-colaborador», y mediante estímulos financieros que aseguraran la efectividad de las normas de protección y evitaran los desusos crónicos de aquella época<sup>1299</sup>. El segundo, en 1.991, columbraba en su Tratado de Derecho Ambiental cómo “a pesar de la aparatosidad con que se presentan las potestades de la Administración y no obstante su abstracta contundencia, en la práctica resulta muy difícil imponer unilateral y rígidamente los esquemas ambientales decididos por la Administración”, por lo que, “se recurre a las técnicas clásicas de fomento plasmadas en acuerdos más o menos formales entre las empresas o los particulares, por una parte, y la Administración, por otra, generándose a la par una responsabilización más generalizada que es la mejor garantía de la eficacia de la política ambiental pretendida”<sup>1300</sup>. La clarividencia de esta temprana premonición fulge aún hoy.

Más recientemente, alumbrado ya el camino, merece la pena citar, entre otros<sup>1301</sup>, el estudio de SUSANA AGUILAR FERNÁNDEZ, publicado por el Centro Robert Schuman del Instituto Europeo de Fiesole y el artículo de DAVID SANZ PÉREZ aparecido en 1.999 en la Revista Mensual de Gestión Ambiental<sup>1302</sup>.

\*\*\*\*\*

<sup>1299</sup> Cfr. PÉREZ MORENO, A., *Ley general y/o Leyes sectoriales para la protección del medio ambiente*, en Documentación Administrativa, n.º 190, 1.981, págs. 453-454.

<sup>1300</sup> Vid. MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho Ambiental, Tomo I*, editorial Trivium, Madrid, 1.991, pág. 112.

<sup>1301</sup> Vid. Cfr. ALONSO GARCÍA, E., *Legislación sectorial de medio ambiente*, en R.A.P., n.º 137, 1.995, págs. 82-84. Conocedor, sin duda, del ordenamiento jurídico ambiental norteamericano, no podía el autor, siempre a la vanguardia del Derecho Ambiental español, desconocer tan importante instrumento de la *environmental policy*. Es así como dedica varias páginas al estudio somero de los acuerdos voluntarios como fuente del Derecho Ambiental. Más que por su sustancia en sí, el breve comentario tiene el mérito de columbrar la enorme importancia de los acuerdos como herramienta ambiental de primer orden en un futuro a corto o medio plazo, de reclamar mayores y más profundos estudios de Derecho Administrativo sobre los mismos, y de acertar plenamente al señalar toda la problemática aún no resuelta en torno a su futura aplicabilidad.

<sup>1302</sup> Cfr. respectivamente, AGUILAR FERNÁNDEZ, S., *New Environmental Policy Instruments in Spain*, Robert Schuman Centre, paper n.º 98/17, European University Institute, Florencia, 1.998 y SANZ PÉREZ, D., *Algunas notas sobre los acuerdos ambientales como instrumentos de gestión ambiental*, en Revista Mensual de Gestión Ambiental, año 1, n.º 12, diciembre 1.999, págs. 1-12. El estudio de Aguilar Fernández es escueto, pero tiene el mérito de su carácter temprano y por realizar una primera clasificación de instrumentos económicos y voluntarios ambientales: seguros ambientales, ecotasas, ecoauditoría y acuerdos voluntarios. En relación con éstos no se pronuncia jurídicamente sobre su naturaleza y se limita a exponer los escasos ejemplos existentes hasta el momento en nuestro país. El artículo de Sanz Pérez es bastante más completo y muy definidor del estado de la cuestión en 1.999. En resumen, parte del concepto de fomento administrativo, en el que encuadra los instrumentos voluntarios y se mueve hacia la auténtica piedra angular que gravita sobre la naturaleza jurídica de los mismos: el ejercicio consensuado de las potestades administrativas, tema sobre el que nos pronunciamos en el capítulo cuarto. Define los acuerdos ambientales Administración-particulares como “el resultado jurídico del ejercicio consensuado de potestades administrativas que recaen sobre materias relacionadas con la protección del medio”. Compartimos con el autor que la negociación ambiental va más allá de la pura actividad informal y que excluye, de suyo, la unilateralidad, pero desconoce la celebración de los acuerdos ambientales celebrados por la UE, como base de estudio del concepto en España. Tampoco sería imprescindible, como exige el autor, que todos los acuerdos fueran vinculantes, pues ello dependerá, como ya vimos en la primera parte de nuestra investigación, del grado de vinculación de la potestad administrativa objeto de pacto. Las referencias a las ventajas e inconvenientes de los instrumentos paccionados son generales a las que hemos visto en el derecho comparado, sin que añadan nada nuevo (págs. 1-8).

La mayoría de los autores parten de la típica distinción entre instrumentos preventivos y represivos de protección del medio ambiente. Aunque la dialéctica entre ambos es ya clásica y radica en opuestas perspectivas de la función pública de protección ambiental, no cabe hablar en nuestro país de una apuesta pura por uno u otro sistemas, apareciendo mezclados la mayoría de las veces en las propias normas. Aun así, los instrumentos paccionados tienen una clara filiación en los llamados instrumentos preventivos de tutela, que RODRÍGUEZ RAMOS ha definido como “el conjunto de preceptos del ordenamiento jurídico que no contienen la amenaza de una sanción –penal, administrativa o civil– para el supuesto en que se infrinjan, sino que más bien procuran la protección de un bien o interés determinado, aportando medios positivos que eviten la conculcación de dicho bien o, incluso, que lo mejoren”<sup>1303</sup>.

Aparte la doctrina, los vientos políticos que corren han confirmado recientemente cómo uno de los pilares sobre los que se asienta la comprensión de la rápida expansión y popularidad del empleo de técnicas paccionadas de protección ambiental es el principio de desarrollo sostenible, como nexo filosófico de unión entre los planos de la economía y la tutela ambiental. Este principio ha sido importante desarrollado en el pasado Consejo Europeo de Gotemburgo, de junio de 2.001, que aprobó la Estrategia de Desarrollo Sostenible de la Unión Europea. Desde entonces, el Gobierno de España ha decidido impulsar este proceso en nuestro país, con la preparación y puesta en marcha de una **Estrategia Española de Desarrollo Sostenible (EEDS)** para los próximos 25 años, que actualmente se encuentra en procedimiento de información pública<sup>1304</sup>.

Por lo que a nuestra investigación concierne, no debíamos dejar pasar por alto las breves pero esenciales indicaciones que este documento realiza en relación con los acuerdos voluntarios. Teniendo en cuenta el amplísimo horizonte temporal que se marca la estrategia (25 años), y su carácter inspirador de todas las políticas económico-ambientales en nuestro país, tal vez la declaración de mayor relevancia sea el

1303 Matiza muy bien Rodríguez Ramos la, a veces, maniquea clasificación citada. Porque es verdad que los instrumentos represivos y preventivos se complementan y son igualmente necesarios, en la medida en que la finalidad primera de aquéllos es no ser aplicados, es decir, que tengan el efecto preventivo de inhibir de potenciales infracciones por el temor a la sanción. Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Instrumentos jurídicos preventivos y represivos en la protección del medio ambiente*, en Documentación Administrativa nº. 190, 1.981, págs. 463-464. También NOGUEIRA LÓPEZ, A., *Ecoauditorías, Intervención pública ambiental y autocontrol empresarial*, editorial Marcial Pons, Madrid, 2.000, págs. 46-50, distingue los instrumentos represivos de los instrumentos basados en la corresponsabilización, cuyas características cifra en la horizontalidad, prevención, información a los ciudadanos y corresponsabilización.

1304 Accesible por Internet en la página <http://www.esp-sostenible.net/>.

decidido impulso que se da a los acuerdos voluntarios como instrumento para encauzar de manera privilegiada el principio de desarrollo sostenible. Se habla así de *“Favorecer los acuerdos voluntarios y los códigos de buenas prácticas, mediante la persuasión y los sistemas de incentivos.”*

Y, en segundo lugar, decidido ya el importante rol de futuro que estos infrautilizados mecanismos habrán de jugar en el próximo Derecho Ambiental, se opta por articularlos como herramientas de puro complemento de la regulación, conjurando pues cualquier posible tentación aventurera de elevarlos a la categoría de sustitutivos de la normativa. En palabras textuales de la Estrategia, que considera los acuerdos voluntarios como medio de introducir el principio de desarrollo sostenible en las políticas de producción industrial: *“Para la introducción del desarrollo sostenible en las políticas de producción industrial se plantea la mejora del entorno empresarial y fomento de los acuerdos voluntarios de cooperación entre empresas y autoridades, como complemento de las medidas legislativas para el fomento del empleo, la formación de calidad, la educación permanente, la igualdad de oportunidades y la calidad y seguridad en las condiciones de trabajo.”*

### 3. Su engarce jurídico con los convenios de colaboración y con un movimiento de repliegue de la intervención administrativa

Por otro lado, resulta apropiado destacar hasta qué punto los nuevos aires de búsqueda de consenso, evitación de litigios ambientales y relajación de las técnicas de intervención administrativa en el medio ambiente son fruto del carácter descentralizado de las competencias sobre medio ambiente, por una parte, y de la cada vez más difícil delimitación entre lo público y lo privado en lo que hace a la importancia de su tutela por las políticas administrativas de medio ambiente, por otra. Surgen así de manera natural, lejos del aumento de la intervención administrativa en el medio ambiente que propugnan algunos autores<sup>1305</sup>, los convenios interadministrativos y las técnicas de encuentro Administración-particulares<sup>1306</sup>.

<sup>1305</sup> Cfr. IZQUIERDO CARRASCO, M., *Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2.000, pág. 36.

<sup>1306</sup> Estas dos causas han llevado a la necesidad de pactar las políticas ambientales antes de aplicarlas, ya sea entre Administraciones o entre ésta y los administrados destinatarios de la mismas y han hecho que la práctica las haya introducido paulatinamente, como un pie quebrado en un verso, en el mismo diseño institucional de las políticas ambientales, en su “policy style”. Así lo ha vislumbrado certeramente SUBIRATS, J., Los estilos en políticas públicas y ambientales, en AGUILAR, S, FONT, N. Y SUBIRATS, J., (editores), *Política ambiental en España. Subsidiariedad y desarrollo sostenible*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.999, págs. 87-91.

En particular, las relaciones jurídicas que se crean entre los miembros de estos acuerdos están especialmente regladas en el caso español: no sólo porque la mayoría de estos pactos se encuentre inserta y prevista en la normativa existente (presentándose como un desarrollo o aplicación de la misma y no como alternativa a ella) sino también porque resultan especialmente afortunadas las figuras paccionadas en la función administrativa de protección del medio ambiente, al existir ya en Derecho español una institución convencional adecuada para recogerla y que nosotros defendimos en la primera parte de esta obra, cual es la de los convenios de colaboración celebrados entre Administraciones públicas y particulares para el fomento de actividades privadas de interés público<sup>1307</sup>. Hasta tal punto son esenciales las técnicas de fomento en la reciente política ambiental española que JAIME RODRÍGUEZ-ARANA las considera como las más importantes, ya que tratan “de estimular conductas de los particulares que se consideran socialmente beneficiosas, sin aplicar ningún tipo de medida coercitiva, buscando la voluntaria cooperación del ciudadano”<sup>1308</sup>.

Esta figura es conocida desde los años sesenta, tiempo en el que empezó a usarse en materia de planificación económica, y pueden ser suscritos bien entre Administraciones Públicas entre sí o bien entre éstas y uno o varios particulares (más habitual en la tutela del medio ambiente), generalmente empresas o sectores de las mismas. Con respecto a este segundo tipo, se trata de instrumentos paccionados a través de los cuales la Administración estimula a un o varios agentes privados determinados de un sector estratégico a que realice una determinada prestación o a que module la actividad que ya venía prestando de manera más adecuada a los intereses generales<sup>1309</sup>.

Los convenios de colaboración firmados entre Administraciones y particulares suelen ser de diferentes tipos. Los ambientales se inscriben mayormente en aquéllos que se articulan a través de medidas de fomento: la Administración se compromete

<sup>1307</sup> La actividad administrativa de fomento es hoy una de las más importantes en la función administrativa de tutela del medio ambiente, por más que hace veinte años fuera minoritaria o, sencillamente, no existiera. Así, MARTÍNEZ MARTÍN, D. J., *Las funciones de las Administraciones Públicas en el medio ambiente: intento de sistematización*, en Documentación Administrativa, n.º. 190, 1.981, págs. 296-298, sólo contemplaba las funciones de policía y reglamentación en materia de protección ambiental.

<sup>1308</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Medio Ambiente y Administración local*, en Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, n.º. 188, 2.001, págs. 177 y 178.

<sup>1309</sup> En España, esta figura se ha usado sobre todo para fomentar actividades privadas en el ámbito urbanístico o económico. Lo que ocurre es que la paulatina expansión del campo de la actividad administrativa ha supuesto también para los convenios de colaboración una progresiva expansión de su objeto: enseñanza, sanidad o medio ambiente, como es nuestro caso. Dentro del medio ambiente, existen previsiones legalizadas de convenios ambientales en materia de gestión de espacios naturales protegidos (caso del Parque Nacional de Cabañeros, 1.995) envases o residuos.

a otorgar un beneficio económico, fiscal, técnico o jurídico a las empresas, a cambio de que éstas realicen una actividad de manera socialmente eficiente<sup>1310</sup>.

Los convenios de colaboración se recogen en los arts. 3.1,c) y 3.1,d) del TRLCAP. En la letra c) se regulan los convenios de colaboración interadministrativos, desarrollados por el art. 6 de la Ley 30/1.992, de LRJAPyPAC. La letra d) especifica el régimen jurídico de los convenios de colaboración suscritos por las Administraciones con particulares. En esta sede se someten al TRLCAP aquellos convenios de colaboración suscritos entre Administraciones y personas físicas o jurídicas de Derecho Privado, siempre que tengan por objeto un contrato de obras, servicio público, suministro, consultoría y de asistencia o de servicios, o cualquier otro tipo de objeto atípico que satisfaga directamente el interés público y responda a una naturaleza jurídica contractual.

Comoquiera que la tutela del medio ambiente es un principio rector de la política social y económica del país, que inspira positivamente la legislación, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 45 CE), podemos apuntar ya que consideramos los acuerdos ambientales voluntarios como convenios de colaboración no contractuales firmados con particulares, sometidos al Derecho Público, y que, por tanto, en ausencia de regulación sectorial *ad hoc*, deberán regirse por los principios de la legislación básica en materia de contratos de la Administración. Es decir, deberán estar, en la medida de lo posible (y, repetimos, salvo que la normativa especial que en cada caso los regule diga otra cosa) vinculados a los principios de los contratos administrativos: publicidad, transparencia, concurrencia, capacidad de las empresas, vinculatoriedad, enjuiciamiento, etc. Al estar excluidos de la contratación, los convenios ambientales tienen una serie de peculiaridades que les separan de los puramente contractuales, en los que la Administración mantiene un arsenal de prerrogativas a lo largo de su vida<sup>1311</sup>.

<sup>1310</sup> Por ejemplo, un acuerdo voluntario en este sentido, y de contenido fundamentalmente técnico, es el que se firmó en julio de 1.999 entre la Comunidad Autónoma de Andalucía la Consejería de Medio Ambiente y la empresa Acerinox, dedicada a la obtención de acero a partir de residuos metálicos. En este acuerdo la Administración se compromete a prestar asistencia técnica a la empresa para corregir sus vertidos de residuos, instalando sistemas de filtrado de agua y fango. Otro ejemplo de acuerdo ambiental, éste otorgando una prestación de contenido jurídico, lo constituye la Orden de 23 de diciembre de 1.994, del Ministerio de Industria y Energía, por la que se aprueba la segunda fase del Programa Industrial y Tecnológico Medioambiental (PITMA II) y convoca para el año 1.995 y siguientes, hasta 1.999, ayudas para proyectos acogidos a este programa. En ella se priorizan aquellas solicitudes que integren proyectos incluidos en alguno de los acuerdos voluntarios que se establezcan entre la Administración y grupos de empresas industriales afectadas (art. 9.2, b). Cfr., desde Internet, en [www.quercus.es/servicios/legis3.htm](http://www.quercus.es/servicios/legis3.htm).

<sup>1311</sup> Entre otros, poder de dirección, de rescisión, de interpretación unilateral de las cláusulas, de variación de los términos del contrato, de sanción, etc. En este aspecto, nada nos separa del resto de contratos administrativos de países de nuestro entorno, como Portugal, al tratarse de sistemas administrativos de filiación francesa. Véase, por ejemplo, CABUGUEIRA, M. F. M., *The Voluntary Agreements as an Environmental Policy Instrument in Portugal-Evaluation Proposal*, CAVA Working Paper n.º. 99/11/13, pág. 11.

Los convenios de colaboración entre Administraciones Públicas y particulares en los que éstos desempeñan funciones de interés general se rigen, por tanto, por la letra d) del art. 3.1 TRLCAP. Aunque ya vimos su régimen jurídico en el capítulo tercero, recordemos ahora, como marco de éste que ahora nos incumbe, que el hecho de que allí se les excluya del ámbito objetivo del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no implica que sean convenios sometidos al Derecho Privado. Al contrario, tendrán naturaleza administrativa y se someterán en primer lugar a la normativa administrativa específica que los recoja (que, a su vez, podrá establecer un reenvío a otras normas). Supletoriamente, eso sí, deberán someterse al propio TRLCAP. Así ha quedado evidenciado expresamente, por ejemplo, en el Real Decreto 1123/2.000, de 16 de junio, por el que se regulaba la Creación e Implantación de Unidades de Apoyo ante Desastres<sup>1312</sup>.

Como se ha dicho anteriormente en el estudio realizado de los acuerdos ambientales en Derecho comunitario y comparado, éstos pueden ser más útiles como complementos de otras políticas (reglamentos y policía fiscal) a las cuales pueden ayudar valiosamente, en particular en su capacidad para aumentar la sensibilidad ambiental, de crear consenso y de conformar un ámbito de información compartida entre los diversos sectores<sup>1313</sup>.

En el presente capítulo, dedicado a España, nos dedicaremos a exponer la potencialidad de los instrumentos paccionados existentes o apuntados en nuestro ordenamiento jurídico ambiental, la mayoría de ellos insuficientemente explotados, aún no desarrollados o aletargados. Los guiños y menciones a su existencia están ahí, en las normas de aguas, vertidos, residuos, contaminación atmosférica, etc., por lo que su realización efectiva no depende de más que de una firme voluntad política de aplicarlos definitivamente en nuestra política ambiental, siempre dentro de los cánones

<sup>1312</sup> Para la constitución de unidades de apoyo ante desastres (UADs) el Ministerio del Interior podrá suscribir convenios de colaboración con entidades, públicas o privadas, de las que dependan unidades, equipos o grupos de trabajo, cuyas funciones ordinarias se correspondan con alguna de las áreas de actividad previstas para las UADs en este Real Decreto. Las unidades de apoyo ante desastres respetarán, en lo posible, la estructura organizativa previa de los equipos o grupos con que se constituyan, así como su jerarquía de mando. Una de las funciones de estas unidades puede ser la vigilancia de catástrofes ambientales (químicas, biológicas, nucleares, etc.). Pero lo que más nos interesa es que su Disp. Adic. VI establece, en la línea comentada, el régimen jurídico de los convenios de colaboración, cuando dice que: *“Los convenios suscritos en virtud del presente Real Decreto quedan fuera del ámbito de la Ley 13/1.995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas, de acuerdo con lo establecido en los párrafos c) y d), del artículo 3 de aquella, y estarán regulados por el Código Civil, en lo que éste se refiere a contratos de mandato y arrendamiento de servicios y obra y al régimen general de las obligaciones, siendo supletoria la Ley de contratos anteriormente citada.”*

<sup>1313</sup> Cfr. AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE, La efectividad de los Acuerdos Ambientales, traducción al castellano realizada por el Instituto Catalán de Tecnología, 1.998, pág. 14.

que trataremos de aclarar y con un régimen jurídico que desvelamos arriba y especificaremos en este capítulo. Estamos convencidos de que su empleo, con estas restricciones, puede coadyuvar a una mayor protección de nuestro entorno, hasta llegar a ver el día en que una empresa contaminante deje de producir no porque un decreto o una sanción administrativa la haya obligado a ello sino porque las decisiones de los consumidores ambientalmente maduros la hayan hecho fracasar económicamente.

Por otro lado, las tensiones entre empresas y la Administración no son más que uno de los muchos síntomas e indicadores que en nuestra sociedad de principios de siglo nos sirven para confirmar un movimiento de publicación del Derecho Privado: la función social (ecológica en este caso) de los derechos privados (a la propiedad, a la libre empresa) hoy en día es asumida como una conquista general<sup>1314</sup>, como fundamento mismo y causa de la existencia de los derechos constitucionales<sup>1315</sup>.

Y podemos señalar también la existencia de un movimiento recíproco, de privatización de algunas partes del Derecho Público, (si bien de las formas y los métodos más que de sus principios). Se trata de tendencias opuestas que han de encontrarse en el balance, el equilibrio entre los intereses económicos y de desarrollo empresarial y los intereses públicos irrenunciables de toda sociedad avanzada, y que queremos recoger fidedignamente.

**Estamos asistiendo a una etapa de auténtica creación dialéctica de la nueva Administración ambiental, del que habrá de salir un nuevo modelo de Derecho Ambiental que ya se intuye como más flexible. El reto está en mantener las virtudes del sistema tradicional administrativo del *command and control* y aunar al tiempo las nuevas virtualidades, aún por desarrollar pero ya experimentadas, de la negociación y la participación de los ciudadanos y los interesados.**

\*\*\*\*\*  
<sup>1314</sup> Cfr. FARZIER, T. W., *Protecting Ecological Integrity within the balancing Function of property Law*, Northwestern School of Law of Lewis & Clark College Environmental Law review, n.º. 28, 1.998, págs. 110-112 por ejemplo, va más allá, y propone la compra por parte de las Agencias de las tierras de los propietarios como medio para la gestión de las especies dañadas, así como el otorgamiento de créditos blandos para que estos puedan subvenir a las inversiones de mantenimiento del hábitat de la especie en cuestión así como a la minoración de ingresos por la cesación obligada de sus actividades económicas.

<sup>1315</sup> En la profunda construcción dogmática del derecho de propiedad realizada por Barnés Vázquez, la generalidad de los bienes constitucionales (entre ellos los que protege el capítulo III del Título I de la CE) conforma el llamado "derecho de propiedad originario" de todos los españoles, que permite el "derecho de propiedad derivado" individual de cada individuo sobre sus propios bienes. Para el catedrático de Derecho Administrativo de Huelva, el destino común de todos los bienes es correlato del principio de derecho, en general, y del Estado social de derecho, en particular. Cfr. BARNÉS VÁZQUEZ, J., *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, editorial Civitas, Madrid, 1.988, págs. 73-76.

## IV. ALGUNAS CONTRAPRESTACIONES ADMINISTRATIVAS ESPECÍFICAS PARA LOS INSTRUMENTOS PACCIONADOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL

### 1. Incentivos fiscales

Las ayudas públicas a las empresas privadas para la mejora de sus prestaciones ambientales datan en España de la Ley 38/1.972, de 22 de diciembre, de Protección del Ambiente Atmosférico, en cuyo art. 11 se concedían subvenciones a fondo perdido, libertad de amortización de las inversiones, acceso a créditos blandos y reducciones fiscales de hasta un 95% en determinados impuestos<sup>1316</sup>. Estos beneficios fiscales de protección ambiental han sido perfeccionados recientemente.

En concreto, en directa relación con las directrices comunitarias sobre fomento de la protección ambiental a través de medidas fiscales, el art. 16 de la Ley 13/1.996, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, modificó la Ley 43/1.995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, incluyendo, en su art. 35.4, una nueva medida de fomento sobre inversiones protectoras del medio ambiente. Dicho incentivo fue desarrollado por un Reglamento de 1.997<sup>1317</sup>, que ha sido derogado a su vez por el vigente Real Decreto 283/2.001, de 16 de marzo, del Ministerio de Hacienda. Éste último ha añadido un nuevo Título I bis al Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (el Real Decreto 537/1.997, del Ministerio de Economía y Hacienda), que contiene toda la normativa vigente sobre las “Deducciones por inversiones destinadas a la protección del medio ambiente”.

La importancia de esta normativa es absoluta, ya que establece una deducción del 10% sobre la cuota íntegra del Impuesto sobre Sociedades de las inversiones realizadas por la empresa para la adquisición de elementos patrimoniales del inmovili-

<sup>1316</sup> Tanto del Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas que grave las ventas por las que adquieran los bienes de equipo y utillaje específico para la depuración y corrección de las emisiones de contaminantes, como de los derechos arancelarios e Impuestos de compensación de Gravámenes Interiores que fueran imputables a la importación de bienes de equipo y utillaje a que se refiere el párrafo a) de este punto dos, cuando no se fabriquen en España. Este beneficio podía hacerse extensivo a los materiales y productos que, no produciéndose en España, se importen para su incorporación a bienes de equipo que se fabriquen en España.

<sup>1317</sup> Se trataba del Real Decreto 1.594/1.997, de 17 de octubre, del Ministerio de Economía y Hacienda, por el que se regulaba la deducción por inversiones destinadas a la protección del medio ambiente. El apartado 4º del art. 35 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades fue modificado con la redacción que le dio el art. 3 de la Ley 55/1.999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. El art. 37 vigente de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (que regula las normas comunes a las deducciones por inversiones privadas de utilidad pública recogidas en el cap. IV de su Tit. VI) ha quedado actualmente redactado por la Ley 6/2.000, de 13 de diciembre, por la que se aprobaban Medidas fiscales urgentes de estímulo al ahorro familiar y a la pequeña y mediana empresa.

zados material destinados total o parcialmente a mejorar la protección ambiental, y siempre que esas inversiones se realicen en cumplimiento o mejora de la normativa ambiental existente y *“en ejecución de planes, programas, convenios o acuerdos aprobados o celebrados con la Administración competente en materia medioambiental”*. Por tanto, cualquier convenio o acuerdo ambiental celebrado entre una Administración y una empresa (en esta cualidad vemos el principio de colaboración que glosamos en el capítulo primero) conllevará para ésta última (a cambio de sus compromisos ambientales) una contraprestación administrativa de índole económica consistente en esas deducciones fiscales. Ello, por supuesto, no obsta a que se puedan establecer otras contraprestaciones administrativas comunitarias<sup>1318</sup>, estatales o autonómicas<sup>1319</sup> a sumar a ésa.

Las principales características del régimen jurídico de las deducciones por inversiones ambientales para los períodos impositivos que se inicien a partir de enero de 2.000 son las siguientes:

1. El objeto de la deducción es del 10% del importe de las inversiones realizadas en instalaciones destinadas a la protección del medio ambiente. Dicha deducción se aplicará después a la cuota íntegra del IS del año en que se realiza la inversión.

\*\*\*\*\*

<sup>1318</sup> Por ejemplo, el programa “Crecimiento económico y medio ambiente” para apoyar las inversiones económicas de las PYMEs (hasta 100 empleados) destinadas a mejorar su relación con el medio ambiente. En esencia, el programa consiste en la concesión por el FEI de garantías gratuitas (de hasta el 50%) para que las empresas soliciten préstamos a los bancos que así lo deseen para poder financiar inversiones ambientales en la empresa. A raíz de una serie de convocatorias públicas (convocatoria inicial: DO 95/C 177/08 de 12 de julio de 1.995) seguidas de una cuidadosa selección hecha por el FEI, se ha creado una red de intermediarios financieros, que se extiende por toda la UE.

<sup>1319</sup> En Cataluña, por ejemplo, el Laboratorio General de Ensayos e Investigaciones (L.G.A.I.) ha abierto una línea de crédito con un interés muy bajo para las empresas que deseen obtener una certificación de calidad medioambiental (ISO 14001 y EMAS). Por el Decreto 44/1.984 del 15 de febrero, el LGAI quedó finalmente adscrito a la Generalitat dentro del *Departament d’Indústria, Comerç i Turisme*. Desde su fundación en 1.907, tiene como misión el soporte tecnológico a la industria mediante la realización de ensayos de laboratorio, calibración de equipos de medida, certificación, formación técnica e investigación y desarrollo (I+D). También en la C.A. de La Rioja se han aprobado ayudas económicas a conceder a empresas que formen parte de acuerdos voluntarios. Así, la Orden la Consejería de Hacienda y Economía de la Comunidad Autónoma de La Rioja, de 4 de agosto de 1.999, que modifica la Orden de 24 de octubre de 1.997, de ayudas para incentivar medidas correctoras de la contaminación, cuya finalidad es incentivar las medidas preventivas protectoras y correctoras de la contaminación medioambiental en el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja. Los beneficiarios de las ayudas contempladas en la Orden serán empresas públicas y privadas, así como las agrupaciones o asociaciones de Empresas e instituciones privadas sin ánimo de lucro ubicadas en la Comunidad Autónoma de La Rioja. Se trata bien de subvenciones a fondo perdido sobre la inversión ambiental de la empresa (pudiendo llegar, según su calidad, hasta el 100% de la misma y de carácter negociable), bien de la reducción, hasta en 6 puntos, de los intereses de préstamos y operaciones de arrendamiento financiero formalizados con Entidades Financieras con las que la Consejería haya suscrito el correspondiente Convenio, o que se enmarquen en la iniciativa PYME de Desarrollo industrial. Fundamental resulta su art. 7, en el que establece prioridad de financiación para aquellos proyectos incluidos en alguno de los “Acuerdos voluntarios” que se establezcan entre la Administración y grupos de empresas industriales afectadas.

2. Las inversiones tendrán que estar dirigidas a tres principales objetivos: a evitar o reducir la contaminación atmosférica procedente de las instalaciones industriales, o la carga contaminante que se vierta a las aguas superficiales, subterráneas o marinas; a favorecer la reducción, recuperación o tratamiento ambiental de los residuos; y a la adquisición de vehículos nuevos industriales o comerciales de transporte por carretera con ventajas ambientales (vehículos diesel o alimentados con gas natural o gas licuado de petróleo) y siempre que cumplan los requisitos de emisión de gases, partículas contaminantes y humos establecidos en la Directiva 88/77/CEE del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros sobre las medidas que deben adoptarse contra la emisión de gases contaminantes procedentes de motores diesel destinados a la propulsión de vehículos. Se echan en falta otros posibles destinos ambientales a cubrir por las inversiones, dirigidos a la protección de la fauna, flora, gestión de espacios naturales, introducción de métodos extensivos de agricultura o ganadería, gestión racional de los bosques, reducción del consumo energético o mayor empleo de energías renovables, por ejemplo, aunque éstos dos últimos ejemplos serían reconducibles a la evitación o reducción de la contaminación atmosférica, como ha reconocido el Plan de Fomento de Energías Renovables.

3. Se aplicará la deducción en el momento en que se realice la inversión (lo que se entenderá cuando los elementos patrimoniales o instalaciones entren en funcionamiento) bajo la condición resolutoria de que los bienes inmuebles permanezcan en funcionamiento durante 5 años y durante tres los muebles (o durante el tiempo que dure su vida útil, si es inferior) cumpliendo los niveles de protección ambiental fijados en el acuerdo, plan o programa que se suscriba con la Administración<sup>1320</sup>.

4. La base de la deducción será el precio de adquisición de los bienes, o el coste de producción si no mediase adquisición onerosa (por ejemplo, si se trataba de medios de los que ya disponía el empresario pero que no había aplicado hasta ese momento; o si los medios fueron donados o procedentes de

<sup>1320</sup> No queda muy claro qué se entiende por incumplimiento de los niveles establecidos en los planes, programas o acuerdos. Por pura lógica, no deberían considerarse como tales los incumplimientos puntuales de los niveles sino el incumplimiento a fecha de vencimiento del año tributario correspondiente, bastando con que uno de esos años se produzca para no poder realizar la deducción, debiendo el empresario ingresar la cuota del IS de ese año, más la cantidad deducida junto con los intereses de demora (art. 37.3 Ley del Impuesto sobre Sociedades). Si el incumplimiento se debiera a la pérdida de eficacia tecnológica de los bienes instalados, podrá el empresario sustituirlos o complementarlos con nuevos medios, para poder así mantener el derecho a la deducción, y sin que estas nuevas inversiones den derecho a una nueva deducción autónoma de la ya recibida (art. 42.3 Real Decreto 283/2.001).

alguna subvención, etc.). La inversión podrá ser total o parcialmente destinada a la protección ambiental, en cuyo caso sólo será deducible la parte de la misma destinada directamente a ese objeto.

5. Una vez celebrado y cumplido el acuerdo o convenio ambiental, la Administración entregará al/a los empresario/s un **certificado acreditativo**, que hará prueba para poder tener derecho a la deducción por las inversiones realizadas y cubiertas<sup>1321</sup>. Con este aliciente, se fomenta el cumplimiento de los objetivos ambientales establecidos en los convenios, lo que compensa un tanto su, por lo general, carácter no vinculante.

6. Las inversiones, para que sean cubiertas con la deducción, deberán dar cumplimiento o mejorar la normativa vigente y ser ejecución de planes, programas, acuerdos o convenios celebrados con la Administración competente en materia ambiental. Será “competente en materia ambiental” (según el art. 45.4 del Real Decreto 233/2.001) la Administración que, siéndolo por razón de la materia objeto de protección, lo sea también respecto del territorio donde radiquen las inversiones objeto de la deducción<sup>1322</sup>.

7. El año pasado fue aprobado el Real Decreto 582/2.001, de 1 de junio, por el que se establece el régimen de ayudas y el sistema de gestión del Plan de Consolidación y Competitividad de la Pequeña y Mediana Empresa (PYME). En el apartado 2.3 de su Anexo se prevé, como objeto subvencionable, la implantación, por cualquier PYME, de proyectos dirigidos a la normalización voluntaria de sectores empresariales no industriales de sistemas de calidad y mejora medioambiental, o de la instalación de sistemas de gestión de calidad y mejora ambiental para PYMEs del sector del comercio, construcción y servicios que les permitan a corto plazo obtener una certificación de calidad emitida por una entidad certificadora homologada. El plan tendrá

1321 La Estrategia Regional de Residuos (2.001-2.010) de la C.A. de Castilla y León, recoge este certificado como instrumento económico de fomento de sus objetivos, previendo el establecimiento de la convalidación de inversiones destinadas a medio ambiente en función de la normativa estatal, mediante convenios y acuerdos voluntarios. También lo recoge la Orden 33/2.000, de 11 de septiembre, del Consejero de Turismo y medio ambiente, por la que se establece el procedimiento para la obtención del certificado de convalidación de inversiones destinadas a la protección del medio ambiente.

1322 Con esto parece quererse evitar el derecho de la empresa a deducirse inversiones realizadas fuera del ámbito territorial de la Administración con la que se celebró el acuerdo, de modo que cada una fomenta que las inversiones se destinen a instalaciones que queden en su territorio, esto es, que vayan a mejorar “su” medio ambiente. Bajo este requisito, pues, no serían deducibles las inversiones ambientales realizadas por una empresa con sede en Sevilla si las inversiones las realiza en su planta de Huelva. Se abre con esta medida una vía para la sana competencia de las diferentes Administraciones territoriales, con la que atraerse inversiones ambientales en su propio término geográfico.

vigencia desde 2.001 a 2.006. Estas ayudas podrían ser incentivos para la celebración de acuerdos ambientales con las PYMEs, que de tantos problemas de contaminación adolecen<sup>1323</sup>.

8. Se colige de la forma en que se articulan estas ayudas, que las Administraciones disponen de un margen de libertad amplio para adoptar la decisión de afrontar un problema ambiental mediante un instrumento negociado (acuerdos, convenios, programas o planes ambientales) y no a través de las tradicionales maneras de actuación unilateral. Los límites los marcamos en el capítulo tercero: baste recordar que el más absoluto es la imposibilidad de contractualizar el ejercicio de las potestades administrativas.

Al margen de estas medidas de fomento fiscales, modulables de modo paccionado, cualquier subvención o ayuda administrativa previamente convocada por una norma jurídica es susceptible de ser concedida mediante terminación convencional del procedimiento. Efectivamente, en cualquier tipo de subvenciones, las ayudas podrían ser concedidas negociadamente, en virtud de la terminación convencional que establece el art. 7 del Real Decreto 2.225/1.993, de 17 de diciembre, por el que se regula el Reglamento del Procedimiento para la Concesión de Subvenciones y Ayudas públicas, que desarrolla la Ley 30/1.992, de RJAPyPAC. El límite, claro está, será que dichas ayudas nunca podrán sufragar la totalidad de los compromisos o inversiones ambientales a cumplir por las industrias, sectores o empresas, pues se acabaría conculcando el principio comunitario quien contamina, paga o el de solidaridad colectiva del art. 45.2 CE.

## 2. Un buen ejemplo de contraprestación jurídica: la introducción de la valoración ambiental de los candidatos a contratistas del Ministerio de Medio Ambiente

La Orden de 14 de octubre de 1.997, del Ministerio de Medio Ambiente, fija los criterios de modificación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que

<sup>1323</sup> El derogado Real Decreto 937/1.997, de 20 de Junio, por el que se establecen el régimen de ayudas y el sistema de gestión de la iniciativa PYME de desarrollo empresarial, vigente hasta el 3 de junio de 2.001, establecía como criterio favorable para la concesión de ayudas la adaptación a normativas legales en materias de seguridad industrial, calidad, medioambientales, etc., tanto referidos al producto, como al envase y embalaje, etiquetado, etc. Este criterio se adaptaba a la perfección al carácter progresivo y de aplicación de la normativa que tienen los convenios ambientales. Esta ley no regula ningún tipo de contrato o convenio ambiental, por lo que su incidencia en materia ambiental será sólo ésta.

han de regir en la contratación del Ministerio de Medio Ambiente, para incluir la valoración ambiental como exigencia objetiva de resolución de los concursos que se convoquen. Resumidamente, con esta Orden, en desarrollo del art. 87 de la LCAP de 1.995, se trata de introducir parámetros de calidad ambiental en los procedimientos de selección-adjudicación de los candidatos a celebrar contratos administrativos de suministros, obras y servicios con este Ministerio. En particular, los méritos ambientales de los candidatos se valorarán hasta un 20%, 10% y 20%, respectivamente, en esos contratos, incluyéndose como requisito exigible en los modelos de contratos gracias a las modificaciones que, en virtud de esta Orden, se debieron realizar en los pliegos de cláusulas particulares de los mismos<sup>1324</sup>.

La medida parece acertada por lo que supone de incentivación jurídica para que las empresas prestadoras de servicios, suministros o constructoras avancen en la adopción de medidas voluntarias de protección del medio ambiente. En efecto, para cualquier empresa, las licitaciones a contratos administrativos suponen unos buenos beneficios que no pueden dejar escapar. A partir de esta Orden, será más competente y tendrá más posibilidad de hacerse con los contratos convocados por el Ministerio de Medio Ambiente aquella empresa que más compromisos ambientales haya asumido. Un par de peros, sin embargo, cabe oponer a la Orden, uno de contenido y otro metajurídico: el primero, que la orden tendrá estatus de instrucciones u órdenes de servicios, jurídicamente vinculantes para los órganos administrativos encargados de la contratación, sí, pero que tienen el inconveniente de que no sería anulable (en virtud de la doctrina establecida en el art. 21.3 LRJAPyPAC) el acto administrativo por el que se adjudicase uno de esos contratos y que no hubiera tenido en cuenta dichos parámetros de calidad ambiental en el candidato. En segundo lugar, sería deseable que esta valoración ambiental se extendiese a los demás órganos de contratación del Estado (y que no se circunscriba exclusivamente a su ámbito menor y obvio que es el Ministerio de Medio Ambiente). Sólo así podría hablarse de la introducción verdadera de criterios de libre concurrencia en la protección del medio ambiente por parte de los sujetos privados<sup>1325</sup>.

<sup>1324</sup> Entre las medidas ambientales que prima la orden se halla la adopción voluntaria por la empresa de la ecoetiqueta, la ecoauditoría o el sistema de calidad ambiental de la serie ISO 14.000.

<sup>1325</sup> La calidad ambiental ha de ser también un factor a premiar en las ofertas que realicen las empresas que opten, en procedimiento abierto o restringido, en concursos, a contratos de obras, servicios y suministros en los llamados "sectores excluidos" de la contratación, esto es, en materia de aguas, energía, transportes y telecomunicaciones (art. 24.3 de la Ley 48/1.998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE.).

## V. EL ELEMENTO SUBJETIVO: ÓRGANO COMPETENTE PARA LA CELEBRACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS PACCIONADOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL A ESCALA ESTATAL

Pero es preciso concretar aún más y descender a un plano horizontal para vislumbrar qué órganos estatales tienen atribuidas la facultad de suscripción de los acuerdos y convenios ambientales con particulares y empresas. Respecto a las CC.AA. la complejidad subjetiva variará –obviamente– dependiendo de cada una de ellas, siendo su normativa específica la que lo determine sin complejidad alguna; por otra parte, en la esfera local esta competencia suele recaer en el Pleno del Ayuntamiento.

El Ministerio de Medio Ambiente fue creado muy tardíamente en España. Fue el Real Decreto 758/1.996, de 5 de mayo, de Reestructuración de Departamentos Ministeriales quien tuvo el honor, atribuyéndole las competencias ambientales que anteriormente venían desempeñando los Ministerios de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente; Agricultura, Pesca y Alimentación; e Industria y Energía.

En el ámbito estatal, en general, es la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental (dependiente de la Secretaría General de Medio Ambiente) quien actualmente se encarga de la “*La coordinación, en las materias ambientales, de las relaciones con los diferentes agentes económicos y sociales, a efectos de la elaboración de acuerdos voluntarios*”, según señala el art. 11.1, j) del Real Decreto 1.415/2.000, de 21 de julio, del Ministerio de Administraciones Públicas, elaborado a iniciativa del Ministro de Medio Ambiente y previa deliberación del Consejo de Ministros del día 21 de julio de 2.000, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Medio Ambiente hasta el nivel de Subdirección General. Este Real Decreto se dicta en aplicación de la Disp. Final II del Real Decreto 695/2.000, de 12 de mayo, que a su vez establecía la Estructura del Ministerio de Medio Ambiente en sus órganos directivos y superiores<sup>1326</sup>.

<sup>1326</sup> La Subdirección General de Evaluación Ambiental deberá fomentar la celebración de acuerdos ambientales en general entre CC.AA. y particulares y, más concretamente, la Subdirección General de Calidad Ambiental es la encargada de fomentar la celebración de acuerdos sectoriales voluntarios, a través de las Comunidades Autónomas, y de la elaboración de convenios con otras Administraciones públicas para el desarrollo de actuaciones de minimización y corrección en materia de residuos y mejora de la contaminación atmosférica, en el marco, en su caso, de los Planes Nacionales vigentes. De ambas prescripciones se colige una voluntad de descentralizar en las Autonomías la firma de acuerdos voluntarios en materia ambiental, y, en particular, también de los que versen sobre residuos y calidad atmosférica, en correspondencia con las competencias autonómicas de gestión ambiental. No obstante ello, no es descartable que ambas Subdirecciones pueda celebrar acuerdos directamente en materias de competencia estatal, como por ejemplo, los que puedan firmarse para la reforma o aprobación de normas ambientales en materia de protección industrial del medio ambiente o de atmósfera y residuos, como se deriva, respectivamente, de los arts. 10.3, f) y 10.4, g) del Real Decreto 1.894/1.996, de 2 de agosto, de Estructura Orgánica Básica del Ministerio de Medio Ambiente. Sobre la viabilidad y alcance de los pactos prenORMATIVOS hablamos en la parte primera de este libro, cuando tratamos la posibilidad de vincular convencionalmente la potestad reglamentaria de las Administración Pública.

Por supuesto, la lógica jurídica lleva a pensar que sólo sea competente dicha Dirección General para la celebración de acuerdos ambientales pluridisciplinarios (que tengan por objeto varias materias: residuos, espacios naturales, vertidos, emisiones, etc.) o que tengan por objeto un sector ambiental “huérfano” de un órgano materialmente competente, ya que si el acuerdo o convenio fuera puro (versando exclusivamente sobre una de esas materias), tendríamos que adjudicar la competencia al órgano competencialmente encargado de ese sector material. Y si es a la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental a la que se otorga competencia para la elaboración de acuerdos voluntarios, es la Subdirección General de Evaluación Ambiental, dependiente de ella, la que asume la función de fomentar su empleo entre las Comunidades Autónomas y las instituciones públicas o privadas, así como con asociaciones empresariales, en materia ambiental (ex art. 10.j) del Real Decreto 1.894/1.996, de 2 de agosto, de Estructura Orgánica Básica del Ministerio de Medio Ambiente).

En esto vemos cómo la definición constitucional de medio ambiente (que calificamos como residual), toma cuerpo también en la estructura orgánica del Ministerio de Medio Ambiente. Así, por ejemplo, y siempre dentro de este Ministerio, para acuerdos sobre reducción de vertidos efluentes a aguas continentales y para la integración de la política ambiental en actividades económicas que impliquen explotación hídrica, sería competente la Secretaría de Estado de Aguas y Costas<sup>1327</sup>; para acuerdos tocantes a la gestión paccionada de espacios naturales, la Dirección General de Conservación de la Naturaleza<sup>1328</sup>; para los acuerdos que intenten reducir las emisiones a la atmósfera de sustancias que puedan abundar en el cambio climático o el efecto invernadero, la nueva Oficina de Cambio Climático (dependiente de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental), creada por el Real Decreto 376/2.001, de 6 de abril, que modifica el Real Decreto 1.415/2.000, de 21 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Medio Ambiente, que le atribuye la función de “*Relacionarse con las Administraciones públicas, organizaciones no gubernamentales, instituciones y entidades públicas y privadas y demás agentes sociales para colaborar en iniciativas tendentes a la lucha frente al cambio climático*”. Podemos interpretar que para el resto de programas y acuerdos sobre emisiones atmosféricas,

1327 Sobre esta última posibilidad, véase la inclusión de un nuevo párrafo i) en el apartado primero del artículo 2º del Real Decreto 1.415/2.001, de 15 de julio, que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Medio Ambiente, por mor del Real Decreto 1.126/2.001, de 19 de octubre, del MAP.

1328 El organismo autónomo Parques Nacionales, adscrito al Ministerio de Medio Ambiente, a través de la Secretaría General de Medio Ambiente, como dispuso el Real Decreto 1.415/2.000, de 21 de julio, del Ministerio de Administraciones Públicas, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Medio Ambiente el organismo autónomo Parques Nacionales, es el encargado de elaborar los Planes rectores de uso y gestión así como, en colaboración con las Comunidades Autónomas, de los planes de desarrollo sostenible, a realizar en el entorno de los parques nacionales.

sería la propia Subdirección General de Calidad Ambiental la encargada de aprobarlos, como hemos apuntado, aunque sería necesaria una mejor clarificación de esta concurrencia orgánica; *por último*, si fuera un acuerdo para reducir los vertidos en aguas marinas, la competencia sería de la Dirección General de Costas.

Ese Real Decreto ha creado la nueva Dirección General de Programación y Control Económico y Presupuestario, a la que se atribuye la dirección y coordinación en materia económica y presupuestaria y que será la que tendrá que aprobar la disponibilidad material de fondos para la celebración y aplicación de los instrumentos económicos de protección ambiental. Y no sólo eso, sino que su propia Exposición de Motivos no tiene rubor en declarar que “la necesidad de desarrollar y consolidar instrumentos económicos... (es el)... eje de la actuación pública en este ámbito” (el medioambiental), lo que delata el cambio de rumbo que, desde el 2.000, se ha llevado a cabo en la actuación estatal de protección del medio ambiente, muy en la línea deseada por los Programas V y VI en materia de Medio Ambiente de la Unión Europea.

El mismo Real Decreto 1.984/1.996, de 2 de agosto, de Estructura Orgánica Básica del Ministerio de Medio Ambiente atribuye algunas competencias relacionadas o inclusivas de la facultad de elaborar instrumentos paccionados (convenios, planes, acuerdos) de protección ambiental a:

- la Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas, para conceder las autorizaciones de vertido e impulsar las actividades de depuración para mejorar la calidad de las aguas continentales;
- la Subdirección General de Gestión del Dominio Público Hidráulico, el otorgamiento de las autorizaciones y concesiones referentes al dominio público hidráulico, relativas a obras y actuaciones de interés general del Estado;
- la Subdirección General de Programas Especiales e Investigación Climatológica, para elaborar convenios de investigación, que también podrán ser realizados con entidades privadas o empresas, y que pueden servir como apoyo técnico o transferencia tecnológica en algún acuerdo<sup>1329</sup>;

1329 En el caso de que un acuerdo voluntario exija a la parte privada la adopción de determinadas reglas técnicas deberá ser comunicado a las Comunidades Europeas, como exige el Real Decreto 1.168/1.995, de 7 de julio, del Ministerio de la Presidencia, sobre Remisión de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas. Como dijimos en otra parte, la norma que reguló esta materia por vez primera fue la Directiva 83/189/CEE del Consejo, por las que se establece un procedimiento de información en materia de normas y reglamentos técnicos, hoy sustituida por la Directiva 98/34/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1.998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, que ha codificado la normativa anterior en la materia. La Directiva 94/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de marzo (que modificaba aquella directiva) ha sido transpuesta al derecho interno a través de este Real Decreto, que concibe como reglamentos técnicos “de facto” a comunicar por las autoridades españolas a las comunitarias los acuerdos voluntarios en los que las

- la Dirección General de Conservación de la Naturaleza, y, dentro de ella a la Subdirección General de Política Forestal, sobre elaboración de planes de restauración hidrológico-forestal, reforestación y preservación y mejora de la cubierta vegetal;

- la Subdirección General de Conservación de la Biodiversidad, en relación con la elaboración de planes y programas para la recuperación de especies amenazadas y la restauración de hábitats y ecosistemas degradados, que pueden incluir la colaboración con los propietarios de bienes inmuebles en los que tengan su ecosistema dichas especies o entornos amenazados o degradados, como ocurre, por ejemplo, en Francia;

- la Subdirección General de Evaluación Ambiental, para la elaboración de programas que permitan compatibilizar la actividad industrial con la protección del medio ambiente y la coordinación del Departamento con los diferentes sectores industriales y de programas de diversificación y ahorro de energía, muy importantes, por ejemplo, en la medida en que es una prioridad comunitaria y se presta a la pactación con las industrias. Éstas deberán ir introduciendo fuentes de cogeneración para no hacer depender excesivamente su competitividad del precio del petróleo o de la electricidad, a la vez que redundarían en una evidente mejora de su entorno, por las emisiones e inmisiones atmosféricas que evitan<sup>1330</sup>.

Por último, existen órganos técnicos específicamente dedicados a asesorar en un determinado sector del medio ambiente al Ministerio. Por ejemplo, en materia forestal existe el Consejo Nacional de Bosques<sup>1331</sup>.

.....  
autoridades públicas son parte contratante y que, por razones de interés público, tengan por objeto el cumplimiento de las especificaciones técnicas o de otros requisitos, con exclusión de los pliegos de condiciones de las contrataciones públicas. Cuando hablamos de requisitos, especificaciones o normas técnicas nos referimos a aquellos cuyo contenido definen las características requeridas de un producto, tales como los niveles de calidad, el uso específico, la seguridad o las dimensiones, incluidas las prescripciones aplicables al producto en lo referente a la denominación de venta, la terminología, los símbolos, los ensayos y métodos de ensayo, el envasado, el marcado y el etiquetado, así como los procedimientos de evaluación de la conformidad. Asimismo, abarca los métodos y procedimientos de producción de los productos agrícolas. De esto se infiere que cuando los requisitos sean técnicos pero con la finalidad de protección del medio ambiente (ciclo de vida del producto, con posterioridad a su comercialización, condiciones de uso, reciclado, reutilización o eliminación...), no hablamos de requisitos técnicos sino de "otros requisitos". De todas formas, los acuerdos voluntarios como equiparables a los reglamentos técnicos si incluyen dichos "otros requisitos" (ex art. 10, ap) 2 del Real Decreto), por lo que su celebración deberá ser comunicada a la Comisión Europea.

<sup>1330</sup> La cogeneración, como su nombre indica, es una forma de generación de energía eléctrica mixta, donde se suma al volumen producido por sistemas convencionales térmicos con base en la combustión de minerales fósiles (carbón, petróleo y derivados) el generado de la combustión de biomasa y del gas, paladinamente. Este sistema evita la emisión de grandes cantidades de CO<sub>2</sub> y gases sulfurosos a la atmósfera, que contribuyen grandemente a agravar el efecto invernadero.

<sup>1331</sup> Creado por Real Decreto 203/2.000, de 11 de febrero, del Ministerio de Medio Ambiente. Aparte de sus puras funciones técnicas y de asesoramiento de la Secretaría General de Medio Ambiente, a la que se adscribe, en lo que a nosotros nos interesa, sería el órgano encargado del seguimiento y control de los acuerdos que se celebran en materia forestal a escala estatal (art. 2, a)). Tiene, además, la virtualidad de aunar en su composición orgánica a los

## VI. CLASIFICACIÓN DE LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS EN ESPAÑA

No existe un marco jurídico general que regule los acuerdos voluntarios ambientales en nuestro país, como tampoco en el Derecho Comunitario, al margen de determinadas directrices orientativas. Partiendo de la necesidad imperiosa de establecerlo, no debemos dejar de clasificar mínimamente la tipología de los instrumentos paccionados de tutela ambiental que existen de manera disconexa, asistemática y sectorial en nuestro Ordenamiento jurídico, ya estén éstos tipificados por la normativa o ya se produzcan de manera alegal:

1. La categoría más empleada son los **convenios de colaboración suscritos entre particulares y las Administraciones ambientales**. Cabe citar aquí, a modo de ejemplo, los que se celebran en materia de residuos, protección de bosques, reforestación, prevención de incendios, agricultura ecológica o gestión de espacios naturales. A esta categoría reduciremos, además, el resto de instrumentos paccionados de carácter sinalagmático o convencionales que, bajo otros nombres, se dan en nuestro país. Las partes consienten en contraer derechos y obligaciones recíprocas, libremente negociados dentro de la esfera de discrecionalidad que la norma otorga a la Administración, si bien el movimiento inicial de acercamiento suele ser administrativo (que ofreciendo estímulos se atrae hacia sí al particular, por realizar éste o estar en condiciones de realizar, tareas beneficiosas para el medio ambiente en general). Suelen ser acuerdos recogidos expresamente por las leyes y reglamentos estatales y autonómicos, por lo que no plantean problema alguno de legitimidad. Su problemática principal deriva de las dudas que generan su régimen jurídico y su carácter vinculante o no para la Administración firmante, extremos que despejamos en la primera parte de la obra.
2. **Programas públicos de adhesión voluntaria**: como la ecoetiqueta, la Ecoauditoría, la etiqueta forestal, las marcas ambientales<sup>1332</sup>, etc. Las más

principales sectores empresariales del sector forestal, a propietarios forestales, ONGs y asociaciones de consumidores y usuarios, aparte de las Administraciones estatal, autonómica y local. Una de sus funciones principales, además, es la de impulsar la participación y colaboración de las Administraciones y estos sectores privados interesados en la política forestal y el uso sostenible de los montes españoles (letra e) del art. 2).

<sup>1332</sup> Un ejemplo de marca ambiental, de adhesión voluntaria, es la marca "Parque Natural de Andalucía", regulada en el Orden de 1 de agosto de 2.001, por la que se regula el régimen jurídico y el procedimiento de concesión de licencia de uso de la marca Parque Natural de Andalucía (BOJA 99/2.001, de 28 de agosto). Básicamente, las empresas que se adhieran a la marca podrán publicitar sus productos con esa etiqueta, y se comprometerán a fabricar sus productos naturales, artesanales, agroalimentarios o turísticos siguiendo determinados requisitos de desarrollo sostenible. Uno de ellos es el cumplimiento de la legislación medioambiental, incluida específicamente la del Parque, y asumiendo un compromiso de

- desarrolladas son las dos primeras, de construcción jurídica comunitaria. La empresa que se une a estos esquemas institucionales apenas tiene margen de negociación de las cláusulas que le ligan al mismo, por tratarse de sistemas legales preestablecidos.
3. **Acuerdos voluntarios *stricto sensu***, por los que se negocian *vis à vis* los planes de descontaminación, de acatamiento progresivo de la legislación vigente o de solución de situaciones de crisis ecológica de una empresa o sector industrial específicos. Su a veces carácter alegal no los hace nulos, sino que se entienden válidamente celebrados en aras de la libertad de pactos de que goza la Administración (art. 4 TRLCAP) y del margen de manobra que la norma le haya otorgado a la Administración al concederle la competencia de intervención en esa concreta materia. Se trata de establecer un “traje personalizado” de mejora ambiental para la parte privada que suscribe el acuerdo, a lo que ésta se aviene debido a las subvenciones, rebajas fiscales u otras medidas de fomento que se le ofrezcan por la Administración firmante, o por la amenaza implícita o expresa de sancionar administrativamente o de regular el sector económico en el que se desarrolla su actividad comercial (en caso que tal regulación no existiera) o de hacerlo más restrictivamente. Estos acuerdos, suscritos bajo una multiplicidad de nombres (acuerdos, convenios, consorcios, programas de colaboración, acuerdos voluntarios, pactos, etc) los hemos querido reconducir a la que consideramos la institución jurídica más adecuada para contenerlos y otorgarles amparo jurídico, cual es la de los convenios de colaboración.
  4. **La terminación convencional de procedimientos administrativos en materia de medio ambiente**, sujeta a las cláusulas del art. 88 LRJAPyPAC, y cuyo régimen jurídico veremos en el capítulo séptimo. Su naturaleza jurídica suele ser también la de convenios de colaboración, aunque a veces pueden adoptar la forma de contratos administrativos atípicos. Adelantemos aquí que los entendemos posibles no sólo en los casos en que la norma expresamente lo permita sino también en aquéllos otros en que el grado de discrecionalidad administrativa sea suficiente, no se encuentren expresamente prohibidos en la norma sectorial correspondiente, no atenten

\*\*\*\*\*  
mejora continua. La Fundación de Espacios Protegidos pone en marcha las acreditaciones y, tras la realización de auditorías ambientales, será la Consejería de Medio Ambiente la encargada de conceder el certificado. La vigencia será de 3 años renovables salvo decisión contraria de la Junta Directiva de la Consejería de Medio Ambiente o renuncia expresa del licenciatario. Durante el período de validez del Certificado, se realizarán auditorías anuales de seguimiento para verificar el mantenimiento de las condiciones que permitieron la concesión del mismo.

contra derechos de terceros y no contradigan los intereses públicos ni la legalidad vigente.

## VII. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR DAÑOS CAUSADOS AL MEDIO AMBIENTE

### 1. Un posible nuevo uso de los convenios de colaboración y de los acuerdos ambientales

Tenemos que situarnos en sede de responsabilidad por daños causados al medio ambiente. En aras del principio de precaución, la Administración puede no conceder la autorización para poner en el mercado un determinado producto válido, pero respecto del que una minoría científica recela por sus posibles efectos nocivos para el medio ambiente. Pero, ¿qué ocurriría si el producto fuera beneficioso para la salud humana y se planteara un conflicto entre tal beneficio y la hipotética y muy rara lesión al medio ambiente que podría ocasionar su utilización? Para estos casos, difícilmente resolubles con las técnicas de policía, algunos autores plantean la firma de acuerdos entre los productores y las Administraciones autorizantes, por medio de los que aquéllos se comprometerían a pagar cualquier posible daño ocasionado por el producto, a cambio de que la Administración autorice su uso o comercialización<sup>1333</sup>.

### 2. El principio de precaución y la pactación ambiental

En Francia, por ejemplo, el principio de precaución ha sido positivado en la Ley 95-101, de 2 de febrero, de Reforzamiento de la Protección del Medio Ambiente, y allí parece fundar de alguna manera la apuesta por la contractualización. Como

1333 Vid. KOURILSKY, P., VINEY, G., *Le Principe de précaution: rapport au Premier ministre*, París, 1.999, nota 344, donde ejemplifican no con un posible daño al medio ambiente sino a la salud, con la hipótesis de las vacunas contra la gripe, para cuya preparación se requiere su inoculación en huevos, que por entonces se rumoreaba que podrían haber resultado contaminados por las dioxinas que se encontraban en el organismo de las gallinas. Si se hubiera parado la producción de huevos por parte de los grandes productores de vacunas contra la gripe europeos, el mal causado hubiera sido enorme. Tal como plantean los autores el caso, con pocos matices, no estamos de acuerdo con su interpretación, porque, de todas formas, nos parece que el principio de precaución no se salva porque el empresario se comprometa a indemnizar los daños causados a posteriori. Su naturaleza intrínseca exige actuaciones a priori, esto es: sólo se respeta denegando la autorización del producto cuando exista alguna duda razonable acerca de los efectos negativos que un producto o actuación privada puede tener. Otra cosa sería que la duda fuera de tan pequeña índole o la probabilidad de provocar daños tan baja que no se exigiera considerarla, pero en este caso el juicio sobre el concurso del principio de precaución llevaría a su inaplicación.

apunta agudamente MONDELLO, cuando la producción de una empresa es altamente demandada por la sociedad, puede parecer injusto que sólo la industria productora corra con los posibles riesgos y daños que se pueda irrogar al medio ambiente en su producción: ello nos lleva inexorablemente a que los diferentes actores favorecidos por esa producción negocien las condiciones, ventajas e inconvenientes de la misma<sup>1334</sup>.

La pactación funcionaría aquí como una especie de laboratorio donde la ciencia se detendría para esperar al derecho: los acuerdos voluntarios son siempre formas preventivas de aproximación al medio ambiente en los que se ayuda a la empresa por parte de las Administraciones antes de que éstas vuelvan a dañar el medio ambiente<sup>1335</sup>.

Ello es perfectamente compatible con la definición que de este principio hace la francesa Ley Barnier de 1.995, ya que va encaminado a impedir que la Administración “no retarde la adopción de medidas efectivas y proporcionadas encaminadas a prevenir un riesgo de daños graves e irreversibles al medio ambiente a un coste económicamente aceptable”. Nótese que la redacción de la Ley da margen suficiente como para pensar que el principio puede actuar no sólo para impedir que una actividad arriesgada se ponga en marcha sino también para que la actividad se inicie y se pongan los medios adecuados para que no sea lesiva para el medio ambiente, finalidad para la que los acuerdos voluntarios están especialmente dotados por su base negocial<sup>1336</sup>.

\*\*\*\*\*

<sup>1334</sup> Vid. MONDELLO, G., *Principe de précaution et autorégulation de l'industrie*, en la obra colectiva *Quel environnement pour le XXI<sup>e</sup> siècle? Environnement, maîtrise du long term et démocratie, Colloque international, Abbaye de Fontevraud, 8-11 septembre, Résumé des communications en atelier (1 à 30)*, págs. 218 y 219, donde aconseja que tal distribución de las cargas que la producción industrial pueda acarrear sean repartidas entre todos, y que tal reparto no se haga de manera normativa. Desde este punto de vista, el principio de precaución parece oponerse al principio de quien contamina paga, pero no es cierto: si la precaución ambiental suele imponer no producir o hacerlo con determinadas condiciones (reparto del riesgo, de manera que la industria pueda seguir funcionando al recibir ayudas o subvenciones para descontaminar por parte de las Administraciones, por ejemplo, que representan a la sociedad que se beneficia de ella) para no dañar el entorno, ello no impide que la responsabilidad del productor siga siendo más fuerte que la del resto de actores implicados en el acuerdo.

<sup>1335</sup> Cfr. BOY, L., *La Référence au Principe de Precaution et l'Emergence de nouveaux Modes de Regulation?*, en *Les Affiches*, nº. 4, du 08 janvier 1.997, edición electrónica, pág. 6, para quien la contractualización y la pactación con las empresas es el tipo de regulación ambiental que más se aproxima al principio de precaución.

<sup>1336</sup> Quizás esa segunda dimensión del principio fuera discutible o matizable cuando tratamos de hipotéticos daños a la salud, que por su evidente trascendencia directa para las personas debería manejarse quizás sólo como un límite *a priori*. Es por ello por lo que quizá la ex Ministra de Medio Ambiente Corinne Lepage excluya los daños a la salud del juego del principio de precaución. Cfr. LEPAGE, C., *Que faut-il entendre par Principe de Précaution?*, en *Gazette du Palais-vendredi* 8, samedi 9 octobre 1.999, pág. 8. De acuerdo también con que el principio de precaución no se agota en una mera regla de abstención, GODARD, O., *Le principe de précaution: renégocier les conditions de l'agir en univers controversé*, en *Natures-Sciences-Sociétés*, 1.998, vol. 6, nº. 1, pág. 43. Para este prestigioso jurista de la pactación ambiental, más que un principio de inequívoco contenido jurídico habría que concebir la precaución como un estándar jurídico que debe ser aplicado sólo cuando las leyes o los reglamentos lo desarrollen en un caso concreto, no bastando la habilitación genérica llevada a cabo por la Ley Barnier.

Nótese también que el enfoque que propugna el principio de precaución (al exigir la toma de precauciones desde establecimiento de garantías financieras o un puro abstenerse) al adoptar cualquier decisión administrativa sobre la que exista cierta incertidumbre sobre sus posibles efectos perniciosos para el medio ambiente, o para la salud humana<sup>1337</sup> –que es parte y corolario de él– se opone a otro principio, cual es el de desarrollo. Una dialéctica que sólo es salvable mediante el principio de desarrollo sostenible<sup>1338</sup>.

<sup>1337</sup> Sobre una aplicación del principio de precaución a la salud humana, en concreto por el riesgo provocado por las instalaciones eléctricas y los campos electromagnéticos, véase DAB, W., *Principe de précaution: quelques réflexions sur son application en santé publique*, en *Natures-Sciences-Sociétés*, 1.995, 3(4), pág. 336 y ss.

<sup>1338</sup> Para CHARBONNEAU, S., *Principe de développement contre principe de précaution*, en *Natures-Sciences-Sociétés*, 1.998, vol. 6, n.º 3, pág. 45, eso es así a pesar de que el principio de desarrollo no se inserta dentro del mundo de la investigación científica sino de la economía, mientras que el concepto de desarrollo sostenible está penetrado de ideología.



## Capítulo 7º:

# LOS INSTRUMENTOS PACCIONADOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN ESPAÑA (II): RÉGIMEN JURÍDICO POR SECTORES

### I.

---

## EN LA POLÍTICA DE RESIDUOS

Como sabemos, los acuerdos voluntarios para la protección del medio ambiente son una *rara avis* en la política ambiental española. No obstante, cada vez se va apreciando un mayor conocimiento de la figura, estimulado por las directivas comunitarias y por el creciente interés que está demostrando últimamente la doctrina (por ahora más técnica que jurídica). Fruto de este clima de entendimiento se encuentra un reciente *corpus* normativo, que ha inaugurado una nueva etapa en la protección ambiental en España basada en la colaboración de los agentes contaminantes, en el uso de los acuerdos ambientales en España: se trata del marco jurídico de la gestión de residuos. Dos son las leyes que han recogido los acuerdos voluntarios como instrumentos para la producción, tratamiento y reutilización de los residuos en España: la Ley 11/1.997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases y la Ley 10/1.998, de 21 de abril, de Residuos. Tras ellas, algunas Comunidades Autónomas, como Cataluña, el País Vasco o Murcia han abundado en la utilización de esta herramienta<sup>1339</sup>.

\*\*\*\*\*

<sup>1339</sup> Recientemente, además, la propuesta 2.001/264 de la Comisión, sobre una "Estrategia de la Unión Europea para el desarrollo sostenible" se ha vuelto a pronunciar favorablemente por la colaboración empresarial para con las Administraciones Públicas, al establecer como medida comunitaria en los próximos años y a largo plazo el desarrollo de "una Política de Productos Integrada **en cooperación con las empresas para reducir el uso de recursos y el impacto ambiental de los residuos.**".

## 1. Acuerdos Voluntarios en materia de Envases y Residuos de envases

### A. Introducción

Antes de pasar a abordar la regulación sobre convenios ambientales recogida en la novedosa ley actual de envases, es preciso dar noticia de un proyecto de acuerdo voluntario que se dio con anterioridad a su aprobación, y que quedó malogrado por diversas razones. Comoquiera que a principio de los años noventa Francia y Alemania, entre otros, diseñaron sendos sistemas de gestión voluntaria de residuos de envases que implicaban costes adicionales para los productos españoles que se comercializasen en esos mercados, se intentó poner en marcha un modelo parecido en España<sup>1340</sup>, que quedó parcialmente malogrado.

Vayamos ya ahora con el derecho positivo. Se trata de la Ley 11/1.997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases. Los residuos de envases representan un volumen considerable de la totalidad de residuos generados en nuestro país, por lo que, para cumplir el compromiso adquirido en el V Programa Comunitario de acción en materia de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Unión Europea adoptó la Directiva 94/62/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre, relativa a los envases y residuos de envases. Esta ley se aprobó en el marco de la legislación básica sobre planificación de la actividad económica general (art. 149.1.13ª CE) y sobre medio ambiente (art. 149.1.23ª CE).

La Ley española trata de perseguir determinados objetivos. A saber: fomentar la prevención y la reutilización de los envases y establecer los objetivos de reciclado y valorización previstos en la citada Directiva. Además de imponer a los fabricantes de envases la obligación de utilizar en sus procesos de fabricación material procedente de residuos de envases, salvo disposición legal expresa en sentido contrario, el

1340 Así, el 9 de octubre de 1.992, el Presidente de la Comisión de Medio Ambiente de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (C.E.O.E.) propuso al entonces Secretario de Estado para las políticas de Agua y medio ambiente "una propuesta para la gestión de los residuos de envases y embalajes contenidos en los residuos sólidos urbanos". En ese proyecto se partía de la base de un gran acuerdo voluntario suscrito entre las Administraciones Públicas afectadas (Ministerios, CC.AA. y Federación Española de Municipios y Provincias) y las "Organizaciones Nacionales involucradas" mediante el que se instauraba un sistema de gestión de envases y residuos de envases usados. Los trabajos se avanzaron bastante, llegándose a constituir una Comisión al efecto. En 1.994, ésta abandona la idea del acuerdo voluntario una vez que en el seno de la UE se aprobó definitivamente la Directiva 94/62/CE, que ineludiblemente obligaría a España a transponer normativamente la postura comunitaria. De todas formas, los estudios sobre el Acuerdo voluntario desarrollados sirvieron de base a los sistemas integrados de gestión de envases que se insertan en la Ley de envases de 1.997. Cfr. POVEDA GÓMEZ, P., *Envases y residuos de Envases*, Nueva Legislación, Exlibris, S.L. 1.997, págs. 78 y 79.

capítulo IV regula dos diferentes procedimientos para la gestión de los envases: en primer lugar, se establece, con carácter general, que los distintos agentes que participan en la cadena de comercialización de un producto envasado (envasadores, importadores, mayoristas y minoristas) deben cobrar a sus clientes, hasta el consumidor final, una cantidad por cada producto objeto de transacción y devolver idéntica suma de dinero por la devolución del envase vacío. En segundo lugar, los agentes citados podrán eximirse de las obligaciones derivadas del procedimiento general cuando participen en un **sistema integrado de gestión de residuos de envases y envases usados (SIG), autorizado por cada Comunidad Autónoma**<sup>1341</sup>.

Si el sistema de depósito se basa en los incentivos económicos para los consumidores, el sistema voluntario de los SIGs, como ha señalado GARRIDO DE LAS HERAS, se funda en la sensibilidad ecológica de los mismos, quienes tendrán que proceder a una separación selectiva de los residuos en su propia casa, y acercarse a los puntos de recogida cercanos a su domicilio, donde le esperan contenedores de vidrio, papel y plásticos<sup>1342</sup>.

## B. Naturaleza jurídica de estos acuerdos

En esta norma existe un principio general de apuesta por los acuerdos voluntarios y convenios para la gestión y tratamiento de los envases usados. Esto lo establece en el párrafo segundo de la Disposición Adicional 3ª, que aboga por fomentar el uso de convenios entre las Administraciones Públicas competentes y los agentes económi-

\*\*\*\*\*  
<sup>1341</sup> Sistemas conocidos como de "punto verde", que garantizan la recogida periódica y el cumplimiento de los objetivos de reciclado y valorización fijados. La autorización de estos sistemas, que se formalizarán mediante acuerdos voluntarios entre dichos agentes, se otorgará por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas. Además, frente a la legislación de otros países de la UE, la ley española es especialmente comprometida con el Derecho Comunitario, ya que se impone el deber de reducir un peso de un 10% del volumen total de residuos de envases para el 30 de junio de 2.001, objetivo sin parangón en ningún otro Estado comunitario. Las entidades locales podrán participar en los SIGs en la medida en que el plan de residuos urbanos propio de su Comunidad Autónoma lo permita, destinándose los fondos que la Comunidad reciba del SIG a compensar los costes extras que la recogida selectiva les haya podido ocasionar a las EE.LL. En caso de que la Comunidad no tenga aprobado un plan de residuos propio, cada Municipio o Mancomunidad deberá negociar con el SIG, a través del convenio que celebre con él, los costes de recogida. Sobre los circuitos de uso y flujos de los envases puede verse LOZANO, J. R., *El Futuro de los Envases y Embalajes ante la nueva Legislación española. Consecuencias para los Agentes socioeconómicos*, Fundación Confemetal, Madrid, 1.997 págs. 32 y 60, desde un punto de vista técnico.

<sup>1342</sup> El funcionamiento de los SIGs es muy simple y se apoya en el principio "quien contamina, paga". Los fabricantes tendrán que pagar al SIG una cantidad por cada unidad de envase puesta en el mercado. Con esta cantidad, los SIGs podrán pagar, a su vez, a las entidades locales por el sobrecosto que les suponga su labor de recogida selectiva de los residuos, algo que se articulará, como vemos, por medio de convenios de colaboración. Cfr. GARRIDO DE LAS HERAS, S., *Regulación básica de la Producción y Gestión de Residuos*, Fundación Confemetal, Madrid, 1.998, págs. 102 y 103.

cos con el objetivo de prevenir y reducir el impacto sobre el medio ambiente de los envases y la gestión de los residuos de envases a lo largo de todo su ciclo de vida. Pero aparte esta declaración de intenciones, la ley prevé el uso de concretos acuerdos ambientales. Así, la ley dispone el surgimiento de los denominados sistemas integrados de gestión de residuos de envases y envases usados (SIG) como una alternativa privada al servicio público de recogida de residuos y a las obligaciones normales que la ley fija para los envasadores y comerciantes de productos envasados. Por ello, más que de alternativa total a la norma, estos sistemas se erigen en una alternativa legal, *secundum legem*, (y, por tanto, legítima) que excepciona el régimen general de gestión de residuos (basado en la obligación de envasadores y comerciantes de reutilizar los envases devueltos por los usuarios a cambio del pago de una cantidad individualizada por envase)<sup>1343</sup>. La ley establece, pues, dos sistemas, tomando parte por la solución paccionada, por ser más efectiva y tuitiva del medio ambiente.

Los SIGs recogidos en la ley española se basan prácticamente en aquellos propios franceses regulados a través del Decreto 92-377, de 1 de abril, ya que pretenden que la recogida sea efectuada por las Entidades locales, que se unirán al sistema a través de convenios de colaboración, esto es, no obligatoriamente, a diferencia del sistema francés<sup>1344</sup>.

Pero, ¿cuál es la naturaleza jurídica de estos sistemas? En verdad depende del tipo de sujetos que se encuentren: así, cabría hablar de mecanismos consensuales suscritos enteramente entre particulares y aquéllos otros en los que participa una Entidad local o una Comunidad Autónoma. Los primeros (art. 7) se conforman como contratos privados entre las empresas envasadoras o comerciantes de productos envasados y otras empresas gestoras de los envases, y encargadas de valorizarlos, reciclar-

<sup>1343</sup> Los acuerdos ambientales previstos en la normativa española son, como es lógico, aplicadores de la legislación. Sin embargo, en el caso de los sistemas integrados de gestión de envases, ello no les resta un ápice de su carácter esencialmente voluntario, ya que depende de las empresas adherirse o no a los mismos. No se da pues en España, en general, respecto a los acuerdos ambientales en materia de residuos, el dilema que plantean muchos autores al tratar el tema más como una elección entre normativa y acuerdos voluntarios. Por ejemplo, REHBINDER, E., *Environmental Agreements. A new instrument of environmental policy*, Jean Monnet Chair Paper Nº 97/45, European University Institute, 1.997, pág. 15 y ss.

<sup>1344</sup> Esta exigencia de voluntariedad fue querida desde el principio por los representantes de Entidades locales (la FEMP, Ayuntamientos grandes como los de Madrid o el Área Metropolitana de Barcelona y pequeños, como Fregenal de la Sierra), cosa que, en cambio, no agradó mucho a las asociaciones empresariales. En cambio, en Cataluña, por mor de la Ley 6/1.993 de Residuos, los Municipios de más de 5.000 habts. están obligados a implantar servicios de desechería selectiva, lo cual es perfectamente compatible con la existencia de acuerdos voluntarios en la regulación básica estatal, al tener las CC.AA. competencias de desarrollo y complemento de aquella normativa.

los y reutilizarlos<sup>1345</sup>. Lo que ocurre es que, al encargarse a estos sistemas de funciones públicas –la gestión de los residuos lo es si duda– la ley ha publicado en alguna medida tal contrato privado haciendo que tales sistemas sean autorizados por la Comunidad Autónoma en la que se implanten. Estamos ante una figura conocida por el Derecho Administrativo español y que se llama ejercicio privado de funciones públicas.

Sin embargo, con los segundos tipos de acuerdos (art. 9) nos encontramos ante auténticos acuerdos voluntarios de Derecho Público, ya que se integran por privados, por un lado, y Administraciones (Entidades locales, generalmente, o Comunidades Autónomas, subsidiariamente) por otro.

Además, se da un amplio margen a las partes para definir el contenido del convenio de colaboración con las entidades locales: por ejemplo, pueden establecer mecanismos adicionales de financiación, forma de transferencia de la propiedad de los residuos del Ayuntamiento a la entidad gestora, plazos de vigencia de la colaboración, etc. Esto los inserta en una de las 7 clasificaciones en que BÖRKEY y GLACHANT han clasificado los acuerdos ambientales. En particular, en los *engagements collectifs négociés et contractuels*, al estilo de los *covenants* holandeses, pero a diferencia de ellos, con un contenido más público que privado, otorgado por la protección administrativa conferida por la norma, más alta en los países de tradición contractual a la francesa<sup>1346</sup>.

Aquí sí que hablamos de convenios de colaboración para el fomento de actividades privadas de interés público. Son, pues, convenios de colaboración de naturaleza pública, sometidos al Derecho Administrativo.

Pero hay que tener clara una distinción fundamental: no es lo mismo el fomento de actividades privadas de interés público que el ejercicio privado de funciones públicas. Esto, como ha destacado CARRILLO DONAIRE, por varias razones: la primera diferencia se centra en la fuente o causa de la prestación. Con este criterio, vemos que en el primer caso se trata de una prestación privada, pero que, *a posteriori* y dado el interés que esas prestaciones despiertan para la colectividad, son objeto de medidas de fomento (suave sujeción administrativa). Las segundas, son activida-

<sup>1345</sup> Suelen ser contratos privados aquellos acuerdos ambientales voluntarios no recogidos en la normativa, como serían éstos si no fuera porque ejercitan funciones públicas, y, por tanto, necesitados de autorización. En este sentido, vid. MOFFET, J. AND BREGHA, F., *An Overview of Issues with respect to Voluntary Environmental Agreements*, CAVA Working Paper nº. 98/11/3, January 1.999, pág. 13.

<sup>1346</sup> Cfr. BÖRKEY, P. and GLACHANT, M., *Les engagements volontaires de l'industrie dans le domaine de l'environnement: nature et diversité*, Rapport Final, Juin 1.997, CERNA, Étude réalisée pour le Ministère de l'Aménagement du Territoire et l'Environnement et l'Ademe, pág. 24.

des directamente calificables como función pública, que el Estado concede a los particulares, que colaboran con la Administración, pero siendo el agente motor de la prestación, inicialmente ya, la Administración, que les autoriza a prestar esos servicios. La segunda razón estriba en que mientras que el fomento de actividades privadas de interés público se articula a través de contratos, conciertos o convenios de colaboración (figuras todas ellas incluíbles dentro de la administración concertada o por convenios: idea de colaboración), el ejercicio privado de funciones públicas supone una autorización administrativa mediante una concesión o licencia (idea de sujeción o sometimiento)<sup>1347</sup>.

Efectivamente, mientras que el primer tipo de acuerdos (*inter privados*) se perfecciona mediante la autorización administrativa, el segundo lo hace a través de convenios de colaboración, en el que la Administración se compromete a la recogida selectiva de los envases y a su transporte a los centros de gestión previstos por el sistema (y a cualquiera otra cosa, teniendo en cuenta lo que hemos dicho acerca de la Disposición Adicional 3ª) y los particulares a compensarla con una cantidad que supone el plus de gastos que ha supuesto a la Administración proceder a recoger los envases con relación al sistema usual de recogida municipal. Son, además, acuerdos vinculantes para la parte privada, en la medida en que la relación jurídica entre las partes se halla juridificada: el incumplimiento del pago por parte de las empresas permite a la Administración el cobro unilateral del mismo gracias a la obligación que pesa sobre las empresas envasadoras y comerciantes de productos envasados de constituir una fianza, aval bancario u otro tipo de garantía con que subvenir a un hipotético incumplimiento (art. 10.3)<sup>1348</sup>. Se establece, además, en el art. 19 de la Ley la posibilidad de imputar cualquier incumplimiento del acuerdo voluntario como infracción leve a la empresa gestora de los residuos prevista por el plan integrado.

Nada se dice, en cambio, de la solución a adoptar en caso de incumplimiento por parte de las Administraciones, por lo que nos tenemos que remitir a las soluciones previstas por legislación de Contratos (TRLCAP) en materia de convenios de colaboración, como vimos en la primera parte de nuestro estudio.

Otros requisitos mínimos han de tener los sistemas integrados de gestión para ser autorizables, en la línea ortodoxa de los acuerdos ambientales: se exige fijación de

\*\*\*\*\*  
<sup>1347</sup> Para una mejor distinción entre ambas figuras véase la excelente Tesis doctoral de CARRILLO DONAIRE, J. A., *El Derecho de la Seguridad y de la Calidad industrial*, Marcial Pons- Instituto García Oviedo, Madrid-Barcelona, 2.000, págs. 544-548.

<sup>1348</sup> No obstante, opinamos que la vinculatoriedad de los acuerdos ambiental no es el tema central desde el punto de vista jurídico, dado su carácter generalmente voluntario. Lo verdaderamente importante es la legalidad o legitimidad de la herramienta, que su uso esté permitido o al menos tolerado por el Estado de alguna manera.

objetivos, clarificación de los mecanismos de financiación, mecanismos de comprobación de cumplimiento así como información pública sobre el mismo. Como es también usual, tienen carácter temporal (en este caso 5 años de vigencia), no permanente. A pesar de que el art. 8 prevé el contenido de las solicitudes para conformar un sistema integrado, son autorizaciones no transmisibles a terceros, que permiten, por tanto, un cierto margen de discrecionalidad a la Comunidad Autónoma para concederla en cada caso concreto. Esta idea del carácter personal de la autorización (*in personam*) es muy típica también de los convenios de colaboración.

Finalmente, la ley establece también una especie de cláusula de cierre a favor del pactismo, cuando en el art. 18 prevé la utilización de instrumentos económicos de fomento a celebrar por las Administraciones competentes, con los objetivos de cumplir las finalidades de la ley.

### ***C. Acuerdos Voluntarios sobre envases y residuos de envases suscritos en España: los Sistemas Integrados de Gestión (SIGs)***

Gracias, entre otras cosas, al proyecto de Acuerdo Voluntario de Gestión de Residuos elaborado con antelación a la Ley 11/1.997, se han podido establecer relativamente pronto cuatro SIGs: se trata de ECOEMBES, ECOVIDRIO<sup>1349</sup>, ECOACERO y SIGRE<sup>1350</sup>. Sin embargo, el 11 de junio de 1.997, el segundo llegó a un acuerdo con el primero por el que pasaba a integrarse en él, quedándose en dos el número de acuerdos actuales en esta materia. Está comprobado que entre las dos primeras se reparten casi el 100% de los sectores industriales productores de envases. Si a ello añadimos, además, que ECOEMBES está constituida como sociedad anónima, resulta palmario que: primero, no existe una auténtica competencia en el sector de recogida, valorización y puesta en el mercado de los envases y sus residuos; y segundo, que la

<sup>1349</sup> En materia de envases de vidrio, el I.D.A.E. (Instituto para la Diversificación de la Energía) celebró en 1.997 un acuerdo voluntario con A.N.F.E.VI. (Asociación Nacional de fabricantes de Envases de Vidrio) para la realización conjunta de actividades de fomento del reciclado de vidrio.

<sup>1350</sup> Éste último, creado por representantes de Farmaindustria, de la distribución mayorista y de las farmacias, que se encargará de la gestión de los envases farmacéuticos, medicamentos a medio consumir y medicamentos caducados. Cfr. LOZANO, J. R., *La nueva normativa de los envases y embalajes. Repercusiones para los agentes socioeconómicos y su impacto en el medio ambiente*, editorial Fundación Confemetal, Madrid, 1.999, págs. 164-167. Las entidades de recogida de los SIGs serán normalmente las Entidades Locales, que se unen a ellos a través de convenios de colaboración. Dado, además, el dato de la competencia ambiental de las CC.AA. en materia de residuos, son ellas las que deben autorizar en su territorio el funcionamiento de los diferentes SIGs, competencias autorizatorias que ni siquiera los Länder alemanes tienen tan abrumadoramente asumidas.

forma de sociedad anónima no es ciertamente muy compatible con la exigencia de ausencia de ánimo de lucro que la ley exige a las entidades gestoras de los SIGs<sup>1351</sup>.

## 2. Los acuerdos ambientales y convenios en materia de residuos

### A. Régimen General

El Parlamento español aprobó hace cuatro años la Ley 10/1.998, de 21 de abril, de Residuos, que transpuso, con años de retraso, la Directiva 91/156/CEE. La ley engloba en su ámbito objetivo todos los residuos que se produzcan en el Estado español, a excepción de las emisiones a la atmósfera, vertidos a las aguas y residuos radiactivos. Esta ley se inserta en la legislación básica estatal sobre medio ambiente, como habilita el art. 149.1.19ª CE. Debe destacarse en ella el fomento de la colaboración entre la Administración y los responsables de la puesta en el mercado de productos que con su uso se transforman en residuos, mediante la creación de un marco jurídico adecuado, con la suficiente operatividad para la suscripción de acuerdos voluntarios y de convenios de colaboración ambientales. La regulación que esta norma hace de los mismos es esencialmente parecida a la prevista por la Ley 11/1.997, ya vista.

La Ley 10/1.998, de 21 de abril, de Residuos, establece que la Administración General del Estado elaborará diferentes planes de residuos, mediante la integración de los respectivos planes autonómicos, en los que se fijarán los objetivos específicos de reducción, reutilización, reciclado y otras formas de valorización y eliminación. En este sentido y con el objetivo de incorporar las directrices, prioridades y criterios establecidos por la Unión Europea se publicó, hace dos años, la Resolución de 13 de enero de 2.000, de la Secretaría General de Medio Ambiente, por la que se aprueba el Plan Nacional de Residuos Urbanos, con el objeto de prevenir la producción de residuos, establecer sus sistemas de gestión y promover su reducción, reutilización y reciclado<sup>1352</sup>; anteriormente habían visto la luz el Plan de Gestión de Residuos

1351 Estas reflexiones no son baladíes, y hacen que incluso alguna doctrina, con buen juicio, se lleve a preguntarse sobre si era necesario o no privatizar la gestión pública de los residuos en la esfera local. Así, SANTAMARÍA ARINAS, R. J., *Administración Local y gestión de residuos (Tendencias actuales de un servicio público reservado)*, editorial Cedecs, Barcelona, 2.000, págs. 88 y 89. En la las entidades locales se les deja absoluta voluntariedad para unirse o no a un sistema integrado de gestión de residuos de envases, éstas podrán optar entre mantener los consorcios o mancomunidades que ya existieran a la entrada en vigor de la Ley 11/1.997 o firmar el correspondiente convenio de colaboración con la entidad privada gestora del SIG (como permite el art. 87 LRBRL).

1352 La Resolución de 13 de enero de 2.000, de la Secretaría General de Medio Ambiente del Ministerio de Medio Ambiente (BOE de 2 de febrero), publica el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 7 de enero de 2.000, que aprueba

## Urbanos de Castilla-La Mancha<sup>1353</sup>, Aragón<sup>1354</sup>, Galicia<sup>1355</sup>, Cantabria<sup>1356</sup>,

el Plan Nacional de Residuos Urbanos para el periodo 2.000-2.006, esto es, para, fundamentalmente, los residuos generados en los domicilios particulares, comercios, oficinas y servicios, así como todos aquéllos que no tengan la calificación de peligrosos y que, por su naturaleza o composición, puedan asimilarse a los producidos en los anteriores lugares o actividades (acepción dada en el artículo 3 b) de la Ley 10/1.998, de Residuos). Se trata del primer plan nacional de este tipo, que, en aplicación del art. 5 de la Ley 10/1.998, de 21 de abril, de Residuos, se fijan los objetivos específicos de reducción, reutilización, reciclado, valorización y eliminación de residuos. Este plan ha previsto que algunos de sus objetivos puedan ser alcanzados mediante acuerdos voluntarios. Entre ellos, por ejemplo, alcanzar una tasa total de reciclaje total de envases de plástico del 50% a finales de 2.001 y 80% en el 2.006 respectivamente, para el PVC, para lo cual se suscribirán acuerdos voluntarios o convenios de colaboración con los agentes implicados. O, verbigracia, emplear acuerdos voluntarios para proceder a una separación de la basura a través de puntos verdes, o acuerdos entre las Administraciones y los sectores productivos implicados en la producción de residuos con la meta de establecer en cifras absolutas la producción de residuos urbanos a finales del 2.002 al nivel del año 1.996. Estos últimos acuerdos serán, pues, aplicativos de esta normativa, y podrán celebrarse atípicamente en el marco del art. 4 TRLCAP.

<sup>1353</sup> Se trata del Decreto 70/1.999, de 25 de mayo, de la Consejería de Agricultura y medio ambiente de Castilla-La Mancha, que fue el primero en tener en cuenta los instrumentos paccionados como mecanismo complementario para la consecución de los objetivos que establecían las leyes estatales de residuos y de envases y residuos de envases. En general, contempla la celebración de acuerdos entre la Administración Regional y otras Administraciones, especialmente las locales, así como con los sectores productivos directa o indirectamente implicados, tanto para ejecutar las infraestructuras necesarias como para constituir y poner en marcha los entes gestores para el cumplimiento de los objetivos marcados en los subprogramas de residuos y escombros, de medicamentos caducados, neumáticos al final de su vida útil, pilas y acumuladores y vehículos abandonados fuera de uso. También se prevén acuerdos, para la formación y sensibilización ciudadana. Y, en particular, se prevé la suscripción de acuerdos entre la Administración Autonómica y empresas productoras, cadenas de distribución y centros comerciales encaminados a disminuir el envasado y el empaquetamiento excesivo de los bienes de consumo, así como de alternativas para facilitar el consumo de productos a granel, cuando sus características lo permitan. Muy novedosa fue también la previsión de un modelo de gestión para la recogida, reutilización y reciclado de pilas y acumuladores, que se realizara a través de acuerdos entre la Comunidad Autónoma, las Entidades locales, los grupos recuperadores y el centro o centro gestor autorizado que vaya a tratar estos residuos, con el ambicioso objetivo de lograr una recogida diferenciada del 50% en 2.001 y del 75% en 2.005.

<sup>1354</sup> El Plan de Ordenación de la Gestión de Residuos Sólidos Urbanos de Aragón fue aprobado antes, incluso, de que lo hiciera la Ley estatal de Residuos, a través del decreto 72/1.998, de 31 de marzo, del Departamento de Agricultura y medio ambiente de la Comunidad Autónoma de Aragón. A pesar de ello, la conexión de este plan con la ley estatal de envases y residuos de envases y con la Directiva 94/62/CE, hizo que la filosofía del plan estuviera en consonancia con las nuevas prioridades que iba a implantar poco más tarde la Ley 10/1.998. En particular, la opción por la prevención de residuos fue abordada por la previsión, en Aragón, de planes de prevención de generación, dentro de los cuales el Plan de Residuos Urbanos ya prescribía la posibilidad de que la Comunidad pudieran celebrar acuerdos con empresas productoras, cadenas de distribución y centros comerciales encaminados a disminuir el envasado y empaquetamiento excesivo de los bienes de consumo, así como de alternativas para facilitar el consumo de productos a granel, cuando sus características lo permitan, de sensibilizar a la sociedad y de promocionar la terminación de acuerdos voluntarios con el sector de producción y distribución de bienes de consumo para el establecimiento de la práctica del depósito consigna para envases y embalajes, bolsas de plástico, etc., con el fin de favorecer la reutilización de los mismos. Todo ello con el objetivo de reducir un 10% el volumen de residuos domésticos para 2.007.

<sup>1355</sup> Corroborando la ilación entre los instrumentos paccionados de gestión ambiental y la necesaria participación de la sociedad, la Exposición de Motivos de la Ley 10/1.997, de 22 de agosto, de la C.A. de Galicia, de Residuos Sólidos Urbanos expresa que "...una adecuada gestión de los residuos urbanos requiere la colaboración de todos los gallegos.". Esta ley prevé, entre otros instrumentos de tutela, el Plan de gestión de residuos sólidos urbanos de Galicia (desarrollado en su capítulo IV), entre cuyas prescripciones se encuentra la posibilidad de que los gestores de los sistemas concertados de recogida y valorización de residuos sólidos urbanos puedan convenir la realización de parte de dicho proceso con gestores no institucionales (esto es, privados) debidamente autorizados por la Xunta de Galicia, y cuya actividad se encuentra reglamentada y controlada por la Junta, en la medida en que deben estar en posesión de todas las licencias de instalación y actividad oportunas, de inscribirse en Registro de Gestores de Residuos Sólidos Urbanos de Galicia, de depositar fianza y, en su caso, suscribir la correspondiente póliza de seguro a fin de responder de los posibles daños y perjuicios ocasionados, así como para regenerar los recursos naturales alterados o los espacios degradados, etc. El art. 9, letras f) y g) de esta ley favorece que las Administraciones, representantes de industriales y demás agentes relacionados con la gestión de residuos lleguen a acuerdos entre sí.

La Resolución de 28 de octubre de 1.998, de la Secretaría General de la Consejería de Medio Ambiente de Galicia le da publicidad al Plan de Gestión de Residuos Urbanos de esta Comunidad, que fue aprobado por el Consejo de

Baleares<sup>1357</sup>, Andalucía<sup>1358</sup>, etc.<sup>1359</sup>. Cada Comunidad Autónoma debe autorizar los sistemas integrados de gestión que se quieran constituir en el ámbito autonómico. Además, las CC.AA. que tengan aprobados planes de residuos urbanos deberán establecer un convenio marco con las entidades encargadas de gestionar el sistema de gestión integrada correspondiente y en el que deberán incluirse las condiciones generales a aplicar a los municipios de la Comunidad (entre las que debe estar la cuantía que el sistema aporta a ésta), con el objeto de permitirles integrarse en el sistema y de que ésta les transfiera el coste adicional que la recogida selectiva de

Gobierno de la misma el 24 de septiembre de ese año. Entre sus previsiones se encuentran algunas relacionadas con el concurso de instrumentos paccionados de prevención, reducción y control de los residuos. A saber: conseguir la implantación de sistemas de reciclaje a escala municipal mediante la formalización de convenios entre los entes locales, los gestores de RSU dedicados al reciclaje, los productores de envases y la Xunta de Galicia; formalizar convenios con los SIGs para coordinar su actuación con los objetivos de este plan y para concretar los objetivos de reducción, valorización y reciclaje definidos por la Ley 11/1.997, de envases y residuos de envases, que deberán ser aplicados en la Comunidad Autónoma de forma extensiva a todo el territorio y con los mismos valores que para todo el Estado. Éstos son, pues, acuerdos aplicativos de la legislación, lo que EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ han denominado como conciertos; suscribir convenios dirigidos a los productores de envases que no alcancen unas cotas definidas previamente, esto es, productores que generen escasas cantidades de residuos; celebrar acuerdos con comercios y grandes superficies, para acordar medidas tendientes a la reutilización, que, por ser individuales y atípicos, serán acuerdos extraprocedimentales suscribibles al amparo de la capacidad negocial que l art. 4 TRLCAP reconoce a las Administraciones Públicas, etc.

<sup>1356</sup> El Decreto 23/1.987, de 22 de abril, aprobó el Plan de Gestión de Residuos Sólidos Urbanos de Cantabria, posteriormente modificado y elevado a rango legal por la Ley 8/1.993, de 18 de noviembre, y cuyo art. 6.1 propone al Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria la creación de consorcios y mancomunidades municipales de recogida, transporte y tratamiento de residuos sólidos, en los que, lógicamente, también podrán integrarse entidades privadas, a fin de dar cumplimiento al presente Plan.

<sup>1357</sup> En las Baleares han sido aprobados sendos Planes Directores para la Gestión de los Residuos Sólidos Urbanos de las Islas de Ibiza y Menorca, mediante los Decretos de la Consejería de Comercio e Industria de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares números 68/1.994, de 13 de mayo, y 76/1.991, de 24 de julio (éste último reformado por Decreto 4/1.993, de 28 de enero), respectivamente.

<sup>1358</sup> En virtud de lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 7/1.994, de 18 de mayo, de Protección Ambiental de Andalucía, con fecha 9 de diciembre de 1.997, el Consejo de Gobierno acordó aprobar la formulación del Plan Director Territorial de Gestión de Residuos de Andalucía, en el cual se integran los Planes Directores Provinciales, de conformidad con lo previsto en los artículos 13, 14, 15 y 17 del Reglamento de Residuos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprobado por el Decreto 283/1.995, de 21 de noviembre. El Plan ha sido aprobado por la Consejería de Medio Ambiente por medio del Decreto 218/1.999, de 26 de octubre y se encuentra en la línea de la ley estatal de residuos.

<sup>1359</sup> Así, verbigracia, en Castilla y León existe un Plan Director Regional de Gestión de los Residuos Sólidos Urbanos, aprobado por Decreto 90/1.990, de 31 de mayo, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio. También está siendo diseñada la Estrategia Regional de Residuos de la Comunidad, con un horizonte hasta el 2.010, donde se recogen objetivos a conseguir mediante acuerdos voluntarios a suscribir en las siguientes materias y con los siguientes agentes: sobre residuos urbanos, para la reducción de envases y para fomentar el uso de envases retornables; con polígonos industriales, para la financiación y gestión conjunta de contenedores para la recogida de residuos industriales no peligrosos; con distribuidores, asociaciones de empresarios y Cámaras de Comercio, para la recogida de residuos voluminosos y recogida selectiva del resto de residuos; para la integración de la recogida de residuos industriales no peligrosos y los peligrosos provenientes de PYMEs; sobre envases retornables para productos fitosanitarios. Por ejemplo, en octubre de 1.999 fue suscrito un convenio de colaboración entre la Asociación Vallisoletana de Empresarios de la Madera (Avema) y la Sociedad Gestión y Protección Ambiental, para el tratamiento y gestión colectiva de los residuos peligrosos generados por esta industria, sobre todo los insumos del barnizado. A través de este acuerdo la Administración facilita al sector la retirada y transporte de residuos tales como disolventes, aceites, polvo de lijado, aguas y lodos de cabinas de barnizados, etc. Vid. INFORMACIÓN DE MEDIO AMBIENTE, n.º. 78, nov. 1.999, Ministerio de Medio Ambiente, pág. 12.

envases y residuos de envases les ocasiona. Así lo dispone el art. 9.2 del Real Decreto 782/1.998, de 30 de abril, del Ministerio de la Presidencia, de Desarrollo y Ejecución de la Ley 11/1.997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases. La Orden de 27 de abril de 1.998 determina las cantidades a cobrar en concepto de depósito, devolución y retorno.

**El Plan Nacional de Residuos Urbanos ha ahondado en la consideración general de los acuerdos voluntarios y convenios de colaboración como instrumentos de puesta en marcha del principio de responsabilidad compartida y quien contamina, paga (punto 1, q)).** A la posibilidad ya preestablecida de abordar sistemas de devolución, recogida y valorización y sistemas integrados de gestión, el Plan está conformado por seis planes sectoriales dedicados a determinados residuos urbanos especiales. A saber: el plan nacional de vehículos fuera de uso (VFU), el plan nacional de neumáticos fuera de uso (NFU), el plan nacional de residuos de construcción y demolición (RCD), el plan nacional de residuos y despojos animales procedentes de mataderos, decomisos, subproductos cárnicos y animales muertos (RMDSAM), el plan nacional de residuos voluminosos (RV) y el plan nacional de barros y lodos de depuradoras municipales<sup>1360</sup>, todos ellos con vigencia 2.000-2.006. El plan nacional de pilas y acumuladores usados no se integra en el PNRU por haberse aprobado con anterioridad al mismo y no tener ese tipo de residuos carácter urbano<sup>1361</sup>.

La opción por los instrumentos económicos es clara: una de las líneas de actuación plasmadas en el punto 6º del PNRU es el establecimiento de instrumentos económicos adecuados para el fomento de la prevención, la aplicación de las tecnologías menos contaminantes o las mejores técnicas disponibles. Y, más concretamente, a lo largo del enunciado del plan se explicitan determinadas medidas a conseguir mediante acuerdos voluntarios y/o convenios de colaboración, lo cual quie-

<sup>1360</sup> Relacionado con él, debemos resaltar la Resolución de 14 de junio de 2.001, de la Secretaría General de Medio Ambiente, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 1 de junio de 2.001, por el que se aprueba el Plan Nacional de Lodos de Depuradoras de Aguas Residuales 2.001-2.006. Uno de los principios del plan es la colaboración de organismos oficiales, agentes económicos y consumidores. Entre los instrumentos que propone el plan, aparte de las consabidas ayudas económicas para el fomento de la reducción y valorización de los lodos, se prevé la puesta en práctica de un programa de prevención para reducir la contaminación en origen de los lodos, en especial la originada por los metales pesados.

<sup>1361</sup> Fue aprobado por Resolución de 25 de noviembre de 1.999 de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental del Ministerio de Medio Ambiente (BOE de 27 de noviembre). El Real Decreto 45/1.996, de 19 de enero, por el que se regula diversos aspectos relacionados con las pilas y los acumuladores que contengan determinadas materias peligrosas (modificado por la Orden de 25 de octubre de 2.000, del Ministerio de la Presidencia) abogaba por la recogida selectiva de pilas y acumuladores, para lo que establecía un mercado específico, fomentada por todo tipo de instrumentos económicos de fomento. La recogida selectiva, de carácter autonómico, ya ha sido regulada en algunas CC.AA. como Castilla-La Mancha y Cataluña, a través de acuerdos voluntarios.

re decir mucho teniendo en cuenta el amplio horizonte de vigencia temporal del mismo<sup>1362</sup>.

Volviendo a la Ley 10/1.998, son los arts. 8 y 28 de la ley los que normalizan el uso de los acuerdos ambientales. En el art. 8 propone el Legislador a los responsables de la puesta en el mercado de productos susceptibles de producir residuos que suscriban acuerdos ambientales<sup>1363</sup>. La finalidad de los mismos es variada y se enuncia en el art. 7: prever la utilización de productos y envases verdes, participar en un sistema organizado de gestión de residuos (al modo de la Ley de Envases), aceptar un sistema de depósito, devolución y retorno de los residuos de los usuarios (ídem), o para informar de estos procesos a la Administración de las Comunidades Autónomas correspondiente. Parece evidente que esta ley reserva la expresión “acuerdos voluntarios” a los acuerdos celebrados entre particulares, y “convenios de colaboración” a los suscritos entre ellos y las Administraciones Públicas<sup>1364</sup>.

Y es que, aunque la gestión de los residuos es considerada como servicio público de competencia fundamentalmente local (art. 4.3 Ley 10/1.998), ello es perfectamente compatible con la gestión privada de los mismos, a través de sistemas integrados de gestión (art. 20), como permite el art. 86.3 de la LRBRL.

## B. Acuerdos voluntarios y convenios para la limpieza de suelos degradados o contaminados

En el art. 28 se recoge un nuevo uso de los acuerdos voluntarios: las Administraciones comunitarias podrán estimular a los propietarios de suelos conta-

1362 Así, por ejemplo, en aplicación del art. 8 de la Ley 10/1.998, para conseguir los objetivos de reutilización de envases, se podrán articular sistemas propios mediante la firma de acuerdos voluntarios que involucren a fabricantes, envasadores, distribuidores y grandes consumidores, que, en caso de fallar, serían sustituidos por una norma de obligado cumplimiento elaborada por el Estado en colaboración con las CC.AA. Estos acuerdos voluntarios no son objeto de nuestro estudio, por ser puros contratos de Derecho Privado, sin participación de ninguna Administración. Si lo son los acuerdos y convenios suscritos entre los agentes implicados en el reciclaje de plásticos y PVC y las Administraciones, con el objetivo de alcanzar las tasas de reciclabilidad recogidas en el plan; o aquellos celebrados con la intención de separar los residuos específicos domésticos del resto de residuos urbanos, previstos en el plan.

1363 Idéntico precepto ya fue regulado tres años antes por la Ley 1/1.995, de 8 de marzo, de Protección del Medio Ambiente, de la Comunidad Autónoma de Murcia.

1364 Así lo prueba, por ejemplo, el Plan Nacional de Residuos Urbanos 2.000-2.006, que, dice literalmente que “Tal como se establece en el artículo 8 de la Ley 10/1.998, de Residuos, se podrán articular sistemas propios para alcanzar los objetivos previstos mediante la firma de acuerdos voluntarios que involucren a fabricantes, envasadores, distribuidores y grandes consumidores. De no adaptarse los anteriores acuerdos voluntarios, la Administración General del Estado, en colaboración con las comunidades autónomas, elaborará una norma de obligado cumplimiento para las empresas afectadas”.

minados por residuos (propios o ajenos) para que convengan voluntariamente la limpieza y recuperación de las tierras, al igual que ocurre en la CERCLA norteamericana, como ya hemos visto<sup>1365</sup>. Nos encontramos en este caso ante un ejemplo muy claro de la utilización ambiental de los contratos basados en la propiedad inmueble, de manera que los propietarios están obligados, en alguna manera, a cuidar de que su bien sea ambientalmente adecuado, en aras de una cierta “función social de la propiedad”<sup>1366 y 1367</sup>.

En ambos casos los convenios podrán celebrarse, como en la Ley de Envases, exclusivamente entre particulares o entre éstos y Administraciones Públicas. La ley reserva a los primeros el *nomen* de “acuerdos voluntarios”, y a los segundos el de “convenios de colaboración”. La razón es del todo lógica: se ha traducido literalmente para los acuerdos entre particulares el anglicismo *voluntary agreements*, al tratarse de una herramienta no prevista hasta ahora en nuestro ordenamiento jurídico. No se ha hecho lo mismo con los acuerdos en los que una parte es una Administración, prefiriéndose el término “convenios de colaboración” porque son éstos figuras jurídicamente conocidas en nuestro Derecho Administrativo desde la antigua legislación de

<sup>1365</sup> Allí cabe que la EPA llegue a acuerdos negociados sobre la responsabilidad de la limpieza de los suelos contaminados. Existen acuerdos *de minimis* (art. 122 CERCLA) a celebrar con aquellos responsables que hayan incidido escasamente en la polución del suelo, de manera que todos ellos co-sufran los costes de limpieza de los mismos; y acuerdos “consent decrees” a perfeccionar con aquellos a quienes se considera máximos responsables del estado del suelo. Ambos tipos de acuerdos suponen una importante ventaja para la parte privada firmante: la EPA les protege frente a posibles acciones civiles de otras personas y entidades en petición de responsabilidad. En España parece haberse querido recoger la experiencia estadounidense de la CERCLA, pero, en opinión de SANZ SALLA, C. O., *La gestión de los residuos en la industria cerámica*, Tirant lo Blanch-Generalitat Valenciana-Fundación Universitat Empresa (Universitat Jaume I), Valencia, 2.000, págs. 243-258, que ha abogado entre nosotros por una mayor transposición en España de la CERCLA, sólo se ha hecho parcialmente y sin acabar de dibujar un régimen de responsabilidad de las partes implicadas, quedando inédita la opinión legal acerca, por ejemplo, de las acciones civiles o administrativas que caben en esta especial materia, o de la capacidad de la Administración de proteger a las partes firmantes de acuerdos frente a otras acciones de reclamación de costes por parte de corresponsables de la contaminación de suelos. Como ha destacado ÁVILA ORIVE, J. L., *El suelo como elemento ambiental. Perspectiva territorial y urbanística*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1.998, págs. 71-74, en la propiedad del suelo es donde más se aprecia la función social ambiental de los derechos. En general, como advierte el autor, la función social ambiental es siempre múltiple (por atender a distintos bienes comunes: paisaje, recursos naturales, agricultura, etc.), dinámica (por evolucionar según los valores que la sociedad demande en cada momento) y concreta (por quedar plasmada en las leyes que determinan el régimen jurídico de cada derecho).

<sup>1366</sup> Vid. CARBONNIER, J., *Flexible Droit*, 6ª Édition, Librairie generale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1.988.

<sup>1367</sup> La Comunicación de la Comisión sobre Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente (DO C 37, de 3 de febrero) ha recogido algunas bases sobre cómo deben articularse estas ayudas. Así, cuando el responsable de la contaminación esté claramente identificado, deberá financiar la rehabilitación, en aplicación del principio de responsabilidad, y sin ayuda estatal. En caso de que no sea posible identificar al responsable o atribuirle la responsabilidad económica de la contaminación, la persona responsable de la realización de las obras puede acogerse a una ayuda para tales obras (siendo así que la persona responsable de realizar las obras de descontaminación puede no coincidir con la responsable de la contaminación). El importe de la ayuda para el saneamiento de las instalaciones contaminadas puede alcanzar el 100 % de los costes subvencionables, incrementado en un 15% del importe de las obras. Los costes subvencionables serán iguales a los costes de los trabajos menos el aumento de valor del terreno. El importe total de la ayuda no podrá ser, en ningún caso, superior a los gastos reales en que haya incurrido la empresa.

contratos del Estado. Los primeros, autorizados por las Comunidades Autónomas, tendrían la consideración de contratos privados. Los segundos serían convenios de colaboración de Derecho Público, de los que señala el art. 3.1, d) del TRLCAP, con lo que ello implica en su régimen jurídico, como vimos en la primera. Se repite, como vemos, el esquema pacticio ya adelantado por la Ley de Envases. Repetimos, pues, las mismas consideraciones hechas allí acerca de su vinculatoriedad y justicia-bilidad.

Cuando se proceda a la limpieza de un suelo contaminado, ya sea a través de convenio voluntario entre particulares o a través de un convenio de colaboración con la Administración, la ley prevé la posibilidad de ayudas económicas concedidas por los entes públicos. En concreto, el Plan Nacional de Recuperación de Suelos Contaminados otorga 122.000 millones de pesetas para el período 1.995-2.005, financiados al 50% entre el Estado y las CC.AA, al estilo de lo que la CERCLA estadounidense hace en su *superfund*<sup>1368</sup>. El montante específico de la ayuda podrá ser negociado a través de los propios convenios de colaboración, pero deberá ser reglado unilateralmente y solicitado por los responsables y obligados a la limpieza del suelo en caso de acuerdos voluntarios suscritos entre ellos<sup>1369</sup>. Aunque la ley parece querer hacer pender los costes de limpieza exclusivamente de los responsables a la limpieza de los suelos, a través de los convenios de colaboración, las Administraciones pueden ayudar a sufragar esos costes (con ayudas provenientes del fondo ya citado), en lo que supone un claro ejemplo de solidaridad colectiva. Esta solidaridad queda matizada

\*\*\*\*\*

<sup>1368</sup> Cfr. POVEDA GÓMEZ, P., *Comentarios a la Ley 10/1.998, de 21 de abril, de Residuos*, Comares Legislación, 1.998, pág. 108. El Plan Nacional de Recuperación de Suelos Contaminados para el período 1.995-2.000, aprobado por Consejo de Ministros de 17 de febrero de 1.995 y publicado por Resolución de 28 de abril de 1.995, de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Vivienda, recogía también el fomento de inversiones privadas en la recuperación de suelos contaminados, a través de préstamos a bajo interés y de medidas fiscales, algo que, desde la Ley de residuos de 1.998 puede articularse expresamente a través de acuerdos voluntarios y convenios con las Administraciones (CC.AA.). Y es que ya en 1.994 la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Vivienda tenía identificadas e inventariadas un total de 18.142 actividades industriales que por su tamaño (número de empleados y consumo energético), probabilidad de contaminar (tipo de actividad, sistemas de transporte y almacenamiento) y toxicidad de las sustancias, eran focos potenciales de generar espacios contaminados. Se detectaron también 4.532 emplazamientos identificados como potencialmente contaminados. Ya entonces, Andalucía ocupaba un nada destacable 2º puesto en el ranking de CC.AA. con más sitios contaminados. La Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Vivienda del MOPU y las propias CC.AA. eran las principales responsables de cofinanciar las actuaciones de prevención y recuperación de los suelos contaminados, junto con sus propietarios. Doce CC.AA. suscribieron en su día convenios de colaboración con el Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente para realizar estas tareas de descontaminación en el marco del plan.

<sup>1369</sup> Como contrapartida a estas ayudas, aparte del beneficio ecológico que se produzca de esa limpieza, que redunde en la colectividad, la ley explicita que deberán repartirse también las mejoras o plusvalías económicas que el particular obtenga de esa limpieza financiada por la Administración, exigiendo que reviertan en la Administración concedente: la cuantificación de estas plusvalías podrá también, igualmente, ser concretadas en el convenio de colaboración o en la normativa específica que regule la concesión de las ayudas. Nos encontramos, de nuevo, con un mandato que trae causa en la función social ambiental de la propiedad.

desde el momento en que el propio art. 28 exige que las Administraciones que cofinancien la limpieza deberán beneficiarse de las posibles plusvalías que genere la recuperación de los suelos contaminados, con lo que esas inversiones públicas acaban redundando, de nuevo, en el interés público (art. 27.2, *in fine*).

Todos los convenios de colaboración o acuerdos voluntarios a los que se llegue para limpiar un suelo contaminado, al igual que los convenios del art. 8, deberán contener mecanismos de seguimiento y control de su funcionamiento, cuyos costos deberán repartirse entre los firmantes de los mismos<sup>1370</sup>.

### C. Algunas diferencias y puntos comunes entre los acuerdos voluntarios y convenios sobre envases (y residuos de envases) y sobre residuos

Algunas diferencias existen entre los convenios voluntarios regulados en esta ley en relación con la ley de envases. La más importante es el establecimiento, en la Ley 10/1.998, de sanciones a los particulares que incumplan las obligaciones derivadas de los acuerdos. Si recordamos, en la normativa de envases sólo se obligaba al envasador o comerciante de productos envasados a suscribir algún tipo de garantía con la que pudiera cobrarse la Administración en caso de incumplimiento, tipificándose, además, sanciones leves para la empresa gestora del sistema integrado como responsable del incumplimiento de cualquiera obligación derivada del mismo. En la Ley de Residuos, las sanciones se imponen *in personam*, esto es, al auténtico actor (art. 34.2) que fuera parte de un acuerdo voluntario o convenio de colaboración, tanto de los del art. 8 como de los del 28 de la Ley. Serán tanto graves como muy graves. Con este régimen sancionador vemos más claramente la vinculatoriedad de las obligaciones jurídicas dimanantes de los acuerdos<sup>1371</sup>. **La decisión de ejercer la potestad sancionadora es materia *extra commercium* (no así tanto la determinación de la cuantía), excluida por tanto de un posible acto o acuerdo voluntario, al tratarse de la plasmación de actos de juicio que han de ser unilaterales y generales de manera absoluta.**

<sup>1370</sup> El art. 31 de la misma recoge la posibilidad de que se pueda nombrar a un "colaborador en la inspección", cuya función será la de participar en el seguimiento de la actividad objeto del convenio o acuerdo. Estas exigencias de control, como sabemos, enlazan muy bien con las demandas que, para los convenios ambientales, se recogían en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a los Acuerdos sobre medio ambiente (COM(96) 561, final, DOCE de 27.11.1.996).

<sup>1371</sup> Las multas irán desde 5.000.001 ptas. (30.050'6 euros) hasta los 200.000.000 ptas. (1.202.024'20 euros), así como inhabilitación del infractor para ejercicio de su profesión desde uno a diez años, las muy graves. Para las graves, multa desde 100.001 ptas. (601'01 euros) hasta 5.000.000 ptas. (30.050'6 euros) e inhabilitación de hasta un año.

Hemos de ratificar que los convenios recogidos tanto en la normativa de envases como en la de residuos son enteramente voluntarios. Ello, como hemos visto, no quita para que, una vez suscrito el convenio o acuerdo, la relación sea jurídica y vinculante. La voluntariedad aquí es casi pura, y, aunque se encuentra en alguna forma “amenazada” o “compelida” por la otra opción que proponen ambas leyes (así, por ejemplo, en la Ley de Envases, la obligación garantista de cada responsable de cobrar a sus clientes una cantidad por cada envase objeto de transacción y de devolver esa suma por el envase devuelto; en la Ley de Residuos, aceptar un sistema de depósito, devolución y retorno de los residuos derivados de sus productos, así como de los propios productos fuera de uso), más gravosa, ello no distorsiona en gran medida la decisión a tomar por parte de las empresas firmantes del acuerdo, que siempre es autónoma y consciente<sup>1372</sup>.

Como válvula de escape de la posibilidad de recurrir a instrumentos paccionados en la gestión (prevención, reducción, reutilización, reciclado y eliminación) de los residuos, el art. 25 establece una cláusula lo suficientemente amplia como para permitirlos *ex lege*. Allí se dice, bajo el título de “Medidas económicas, financieras y fiscales”, que las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer las medidas económicas, financieras y fiscales adecuadas “para el *fomento de la prevención de la aplicación de tecnologías limpias, la reutilización, el reciclado y otras formas de valorización de residuos, así como para promover las tecnologías menos contaminantes en la eliminación de residuos.*”, algo a lo que se prestarían muy bien los convenios de colaboración entre las Administraciones y los determinados sectores o empresas individualmente consideradas, como hemos descrito para el caso italiano. Gracias a esos convenios se ajustarían con mayor eficacia las medidas de fomento y los compromisos ambientales sobre residuos a los que la parte privada se obligaría, permitiéndose incluso mayor benevolencia con las PYMEs.

#### **D. Otros desarrollos normativos de acuerdos en materia de residuos: en especial, el Plan Nacional de Descontaminación y Eliminación de PCBs, PCTs y Aparatos que los contengan**

En esa línea se están aplicando actualmente las directrices de descontaminación y eliminación de policlorobifenilos (PCBs), policloroterfenilos (PCTs) y de los aparatos

<sup>1372</sup> *The role and effect of environmental agreements in environmental policies*, edited by E.L.N.I. and CAMERON MAY, London, 1.999, pág. 27.

tos que los contengan, cuyas directrices se establecían en la Directiva 96/59/CE, de 16 de septiembre y que han sido incorporadas al derecho interno de forma básica por el Real Decreto 1.378/1.999, de 27 de agosto. **Se trata de un ejemplo evidente de la aplicación de una norma a través de acuerdos voluntarios, ya que el Plan Nacional de Descontaminación y Eliminación de PCBs, PCTs y Aparatos que los contengan así lo ha previsto expresamente**<sup>1373</sup>.

El Plan establecía un Proyecto de Recogida, Descontaminación y Eliminación de estas sustancias y de los aparatos que los contengan. En todo caso su ejecución deberá estar finalizada no más tarde del 1 de enero de 2.011<sup>1374</sup>.

Pero lo que realmente nos interesa es que para los grandes productores de estos residuos (como compañías eléctricas, grandes industrias, ferrocarriles, compañías telefónicas, aeropuertos, etc.), el Plan podrá ser ejecutado mediante acuerdos voluntarios a celebrar entre éstos y las Administraciones Estatal y Autonómica, de modo que faciliten la consecución de sus objetivos según el programa previsto. El Plan impone que los acuerdos voluntarios estén firmados antes del final del año 2.001, de forma que deberán ponerse en práctica no más tarde del 1 de enero de 2.002. Como cautela para evitar el problema del *free-riding* se establece que si no se llegaron a alcanzar en la fecha establecida, a partir del 1 de enero de 2.002 el Ministerio de Medio Ambiente, en colaboración con las Comunidades Autónomas, podía imponer cuotas de descontaminación y eliminación anuales a estos productores, de forma que se cumpla con el objetivo ecológico previsto. Se garantiza así que los objetivos ambientales no queden exclusivamente en la buena voluntad de los poseedores de los residuos de firmar un acuerdo voluntario.

Por la misma razón se podrán imponer también cuotas de descontaminación y eliminación a los productores por parte del MI.M.AM. y de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, si se producen desviaciones en el cumplimiento de los acuerdos que pongan en peligro el logro de las metas ecológicas previstas. De esta última previsión se deriva cierta vinculatoriedad de los acuerdos para la parte privada, de modo que quepa imponer, si no sanciones económicas, sí “sanciones lega-

1373 Resolución de 9 de abril de 2.001, de la Secretaría General de Medio Ambiente, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 6 de abril de 2.001, por el que se aprueba el Plan Nacional de Descontaminación y Eliminación de Policlorobifenilos (PCB), Policloroterfenilos (PCT) y Aparatos que los Contengan (2.001-2.010), cuyos objetivos ecológicos superaban incluso los de la citada directiva, en un raro caso de celo ambiental de nuestro país, ayudado sin duda por la lejanía temporal de aquélla.

1374 Se estima que aproximadamente el 35% de los aparatos con PCB fueron adquiridos por el sector eléctrico, y que entre las grandes empresas de este sector y las grandes empresas del sector industrial poseen algo más del 50% del total de aparatos con PCB o contaminados por los mismos. El resto, pues, se debe considerar en manos de empresas de menor tamaño.

les”, algo muy aconsejable para dar seriedad a los instrumentos paccionados, como exigía la Comisión en su Recomendación sobre Acuerdos Voluntarios de 1.996, que hemos glosado en el capítulo dedicado al Derecho Comunitario.

Evidentemente, en aplicación de criterios básicos de gestión de residuos y de las normas establecidas al respecto en la Ley 10/1.998, de Residuos, las prioridades de descontaminación deben aplicarse según el principio de jerarquía que aquella recoge en su art. 1.1.

En la misma línea de armonía con los postulados de la ley, los costes de eliminación y descontaminación de PCB y aparatos contaminados serán asumidos por los poseedores de los mismos, ayudados por las subvenciones públicas, con cargo a los Planes Nacionales de Residuos Peligrosos, para cofinanciar programas de motivación pública y de concienciación ciudadana tendentes al logro de los objetivos ecológicos del Plan<sup>1375</sup>.

Para el seguimiento de los acuerdos voluntarios, el plan prevé que sea el Ministerio de Medio Ambiente, en colaboración con las Comunidades Autónomas y, en su caso, con otras Administraciones Públicas, el encargado del seguimiento y cumplimiento de los objetivos del Plan, algo que también aconseja la Comisión para darles fiabilidad. En definitiva, se dejan notar en este plan las líneas jurídicas aconsejadas por el Derecho Comunitario para la suscripción de acuerdos voluntarios, y a ellas se unen las características propias del Derecho Administrativo español, que salvaguarda el principio de legalidad sometiendo los condicionantes de los acuerdos a previas prescripciones normativas: se trata, a fin de cuentas, de acuerdos “ejecutivos”, o aplicativos de la normativa.

**Ley 3/1.998, de 27 de febrero, de Protección del Medio Ambiente, de la Comunidad Autónoma Vasca**, tuvo la virtud de anticiparse en un mes a la normativa estatal de Residuos, previendo el uso de acuerdos voluntarios tanto para la limpieza y recuperación de suelos contaminados (art. 82) como, en general, para compartir la responsabilidad de la gestión de aquellas actividades que entrañen riesgos para los recursos ambientales (paladinamente, pensamos, la producción, generación o utilización de envases o residuos)<sup>1376</sup>.

<sup>1375</sup> Las cuantías y modalidades de las ayudas se establecerán en el futuro II Plan Nacional de Residuos Peligrosos (2.001-2.006), en avanzado estado de elaboración. Con cargo al mismo Plan se contemplará asimismo la posibilidad de estimular la rápida eliminación de PCB mediante ayudas económicas en forma de adelantos o anticipos reembolsables para aquellos casos en que el ritmo de eliminación previsto supere la cadencia media contemplada en el diagrama de progresión. En estas ayudas se tendrá en cuenta la especial situación de las PYMES, a las que se dará un trato preferencial.

<sup>1376</sup> En este caso la ley los llama conciertos, término conocido en el Derecho Administrativo español, como hemos apuntado en el capítulo segundo, por ser un instrumento pacticio propio de las antiguas leyes de planificación económica española de los años sesenta, al estilo de la planificación indicativa francesa. Esta norma impone también sanciones para quienes no limpien o realicen actividades destinadas a la recuperación de los suelos contaminados (art.109, k).

También en la **normativa ambiental de la Comunidad Autónoma de Murcia** se ha previsto la suscripción de acuerdos voluntarios en materia de residuos, incluyéndolos dentro del concepto de instrumentos económicos, en el que se encuentran, también, las medidas de garantía y responsabilidad ambiental, los cánones por contaminación, el fondo de protección ambiental o la etiqueta verde regional. Este tipo de instrumentos de tutela se inspira en el principio rector de toda política ambiental moderna: quien contamina, paga. Es así por lo que la Ley 1/1.995, de 8 de marzo, de Protección Ambiental de la Comunidad Autónoma de Murcia recoge, en su art. 44, que los agentes económicos que fabriquen o pongan en el mercado productos, que una vez usados se conviertan en residuos identificables, en el ámbito geográfico de la Región, podrán participar en **acuerdos voluntarios** con la Administración Regional para la solución de los problemas de gestión que los residuos generados planteen.

Puede decirse que la planificación de la gestión de los residuos es el entorno obligado en el que se circunscriben los mecanismos paccionados de encuentro entre las Administraciones y los particulares. Dicha planificación, deberá articularse entorno al llamado principio de jerarquía del art. 1.1 de la Ley de Residuos (reducción, reutilización, reciclado, otras formas de valorización y, finalmente, vertido o inertización de los residuos). Hemos citado ya el Plan Nacional de Residuos Urbanos para el período 2.000-2.006, como ejemplo prototípico de estas medidas, pero no se agota ahí la experiencia de la planificación de residuos recogida en los arts. 5 y 6 de la Ley 10/1.998.

Así, el año pasado, la Secretaría General de Medio Ambiente dictó la Resolución de 14 de junio de 2.001, por la que se disponía la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros de 1 de junio de 2.001, que aprobaba el Plan Nacional de Residuos de Construcción y Demolición 2.001-2.006. Los residuos de construcción y demolición, conocidos popularmente como escombros, se clasifican como residuos urbanos (ex art. 3, b) de la Ley 10/1.998) y no son más que los materiales procedentes de derribos de edificios o de rechazos de los materiales de construcción de las obras de nueva planta y de pequeñas obras de reformas en viviendas o urbanizaciones. Exige la disminución de, al menos, un 10% del flujo de RCDs en el año 2.006, el reciclaje o reutilización de, al menos, el 40% de RCDs en el año 2.005 y el reciclaje o reutilización de, al menos, el 60% de RCDs en el año 2.006. Y, lo que es más interesante para nosotros, prevé en el apartado 2.3,d) del Plan, como instrumentos principales para la consecución de las mismas, la “Suscripción de Acuerdos Voluntarios con los sectores empresariales con vistas al logro de los objetivos del presente Plan.”.

Esta clarísima alusión a los acuerdos voluntarios se hace ya con pleno conocimiento de la naturaleza de la institución jurídica. Se dejan atrás definitivamente las alusiones que tanto la Ley 10/1.998 como la Ley 11/1.997 hacían a los acuerdos voluntarios como mecanismos de concertación entre privados y parece querer hacerse alusión a un empleo de la herramienta al estilo de los *contrats* y *programmes de branche* franceses, que fueron los primeros en introducirlos en Europa como lugar de reunión entre sectores industriales y Administraciones, con objetivos de mejora ambiental. En el caso del plan que estamos comentando, estos acuerdos serían, lógicamente, aplicativos de la normativa, ya que sus objetivos serían algunos de los que se plantea el propio plan, pero sin que la falta de un procedimiento *ad hoc* para su negociación y perfección les reste un ápice de legitimidad, ya que el recurso a ellos se encuentra tipificado.

En conexión con los principios de la Ley 10/1.998 y con la directiva sobre vehículos al final de su vida útil (que expresamente permitía el empleo de acuerdos voluntarios), en el pasado mes de octubre de 2.001 se dio publicidad en el B.O.E. al **Plan Nacional de Gestión de Vehículos al final de su vida útil (V.F.U.)**, en el que los instrumentos paccionados están llamados a jugar un importante papel, como ocurre ya, por ejemplo en Alemania<sup>1377</sup>. Se encuentra también a punto de ver la luz el **Real Decreto del Ministerio de Medio Ambiente sobre Vehículos fuera de Uso**, que tiene que transponer a nivel básico la Directiva 2.000/53/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2.000, relativa a los Vehículos al Final de su Vida útil (DOCE L 269/34, de 21.10.2.000) y que prevé mecanismos de protección negociados entre la Administración y las empresas de desguace<sup>1378</sup>.

1377 El acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de agosto de 2.001 aprobaba el Plan Nacional de Vehículos al final de su vida útil, publicándose en el BOE de 16 de octubre la resolución de la Secretaría General de Medio Ambiente de 25 de septiembre que le daba publicidad. La Decisión de la Comisión europea 2.001/110/CE, de 22 de enero, califica los V.F.U.s como residuos peligrosos. El plan se marca unos ambiciosos objetivos ambientales: recoger el 80% de V.F.U.s en C.A.R.D.s en 2.001 y el 100% en 2.006; reutilizar y reciclar el 80% del peso de los V.F.U.s en 2.006. Y para ello, el plan articula la posibilidad de que las Administraciones concedan ayudas a las empresas de desguace actuales para que se reconviertan en C.A.R.D.s, que deberán cumplir unas determinadas características de protección ambiental, para lo que sería muy aconsejable el empleo de acuerdos, en los que se insertaría dicha demanda, a cambio de ayudas del M.I.M.A.M. (de entre un 15 a un 50% para la construcción, reconversión y recuperación ambiental de C.A.R.D.s, según reza la Tabla 12 del plan). El plan prevé también la creación de un sistema de cofinanciación de la gestión de V.F.U.s entre los productores de los vehículos (las empresas dedicadas a su fabricación). Con ello se cumplen los principios de jerarquía de la Ley de Residuos (abogándose por la prevención, reutilización y reciclaje) y quien contamina, paga.

1378 El proyecto prevé la existencia de Centros Autorizados de Recepción y Descontaminación (C.A.R.D.) en los que los propietarios deberán entregar sus vehículos fuera de uso. Dada las altas tasas de reciclabilidad que exige el proyecto (el 80% del peso del vehículo en 2.005 y del 85% en 2.015), los propios talleres de las marcas acreditadas, los centros de desguace y los C.A.R.D.s podrán celebrar convenios de colaboración al estilo de los sistemas de gestión integrados de la Ley 10/1.998. Los C.A.R.D.s, una vez entregado el vehículo, concederán al propietario o al concesionario encargado de la entrega el certificado de destrucción necesario para conseguir la baja del vehículo en la Dirección General de Tráfico.

### 3. Los residuos tóxicos y peligrosos

El régimen jurídico de los residuos tóxicos y peligrosos se encuentra hoy también regulado por la Ley 10/1.998, de 21 de abril, de Residuos, que derogó la Ley 20/1.986, de 14 de mayo, Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos. Por ello, el régimen de los acuerdos voluntarios y convenios de colaboración es el que hemos descrito en este apartado, con algunas especialidades que veremos a continuación, fundamentalmente contenidas en el Capítulo IV del Título III de la ley<sup>1379</sup>.

Para empezar, el propio art. 3 de la Ley 10/1.998 define los residuos peligrosos como “aquéllos que figuren en la lista de residuos peligrosos, aprobada en el Real Decreto 952/1.997, así como los recipientes y envases que los hayan contenido. Los que hayan sido calificados como peligrosos por la normativa comunitaria y los que pueda aprobar el Gobierno de conformidad con lo establecido en la normativa europea o en convenios internacionales de los que España sea parte.”. Dado su especial carácter, la instalación, ampliación, modificación sustancial o traslado de industrias o actividades generadoras o importadoras de productos de cuyo uso pudieran derivarse residuos peligrosos, requerirá autorización de la Administración ambiental competente, en los términos previstos en el art. 9.1, sin perjuicio de las demás licencias o autorizaciones que sean exigibles de acuerdo con la legislación vigente y previa presentación de un estudio cuyo contenido se determinará reglamentariamente. Esta autorización sólo se concederá cuando se disponga de un método adecuado de valorización o eliminación.

Respecto de esta autorización, que deberá conceder el órgano medioambiental competente de la Comunidad Autónoma, no sustituirá al resto de autorizaciones o licencias que vengan exigidas por otras disposiciones, lo que resulta criticable por contravenir la demanda de una autorización ambiental única que impone la directiva IPPC. Si se encuentran en armonía con dicha directiva dos importantes cualidades de estas autorizaciones, introducidas por el art. 9.1: por un lado, la concesión de dicha autorización por periodos determinados, pasados los cuales podrá ser renovada por periodos sucesivos. Con ello se quiere controlar el cumplimiento de los con-

<sup>1379</sup> La Directiva comunitaria 91/156/CEE, del Consejo, de 18 marzo 1.991, por la que se modificaba la Directiva 75/442/CEE, del Consejo, de 15 julio 1.975, supuso el abandono de la anterior política comunitaria en materia de residuos, que clasificaba y gestionaba separadamente los de carácter general y los peligrosos. Desde entonces existe una norma común para todos ellos. Con anterioridad a ella, la Directiva 75/442/CEE, de 15 de julio, trataba los residuos en general, y la 78/319/CEE, de 20 de marzo, los tóxicos y peligrosos.

dicionantes ambientales establecidos por la Administración, adecuando el “traje normativo” temporal a cada empresa o industria. Por otro, las autorizaciones determinarán la cantidad máxima de residuos a producir por unidad de producción y las características de los mismos que se pueden generar, para lo que se tomarán en consideración, entre otros criterios, la utilización de tecnologías menos contaminantes (las famosas BATs de la directiva IPPC), en condiciones económica y técnicamente viables, así como las características técnicas de la instalación de que se trate.

Por otro lado, los residuos peligrosos no podrán ser eliminados en el propio centro en que se produzcan, por lo que será siempre necesaria autorización de valorización y eliminación de residuos a otorgar por la Comunidad Autónoma, junto a la suscripción de un seguro de responsabilidad civil (art. 22). Además, deberán ser entregados a los servicios municipales de recogida convenientemente inertizados y embalados, si bien lo ideal es que sean gestionados por ellos mismos mediante su adscripción a mecanismos voluntarios de tratamiento (art. 20) o incineración, que habrán de cumplir los requisitos del Real Decreto 1.217/1.997, de 18 de julio, del Ministerio de la Presidencia, que establece normas sobre incineración de residuos peligrosos y modifica el Real Decreto 1.088/1.992, de 11 de septiembre, relativo a las instalaciones de incineración de residuos municipales.

A raíz de la superación del Plan Nacional de Residuos Industriales de 1.989, poco efectivo a todas luces, el Plan Nacional de Residuos Peligrosos 1.995-2.000<sup>1380</sup>, estableció las primeras líneas de actuación para la gestión de este tipo de residuos de acuerdo con la nueva política integral de residuos comenzada por la Directiva comunitaria 91/689. Sus tres objetivos básicos, posteriormente adoptados por la Ley 10/1.998, iban en la dirección de prevenir, reducir y reciclar un mayor volumen de residuos. Por lo que respecta a los acuerdos voluntarios que pudiera auspiciar, en su Cuadro 3º recoge como línea de actuación prioritaria el impulso a los acuerdos entre

1380 Aprobado en el Consejo de Ministros de 17 de febrero de 1.995 y publicado por Resolución de 28 de abril de 1.995, de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Vivienda. Uno de los principios comunitarios que aplica es la responsabilidad de los productores y gestores de residuos peligrosos. El anterior, el Plan Nacional de Residuos Industriales, fue aprobado por Resolución de 24 de julio de 1.989, de la Subsecretaría del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo. Dentro de este plan, el Real Decreto 937/1.989, de 21 de julio, del M.O.P.U., concedía ayudas a empresas e industrias **que invirtieran en programas institucionales voluntariamente aceptados** que tuvieran por objeto: infraestructuras de servicios de gestión de residuos; fomento y tratamiento «in situ» y actividades de recuperación; fomento de tecnologías limpias; y eliminación de policlorobifenilos y policloroterfenilos (PCB's y PCT's). Para estos casos las subvenciones a fondo perdido podían llegar hasta el 15 por 100 neto de la inversión aprobada. También existían subvenciones a fondo perdido sobre el kilogramo de aceite gestionado para gestores autorizados que se acogan al programa de reutilización de aceites usados, al objeto de sufragar los costes no cubiertos de los servicios. Se trataba de ayudas por la adhesión a programas públicos en cuya redacción y articulación no participan los agentes privados, tipo de instrumentos paccionados muy usuales en Francia y EE.UU., como hemos visto, pero que han dado poco resultado en España, por ahora. También cabía, sin embargo, que las propias personas físicas privadas se acogieran a los programas de residuos y que éstos fuesen directamente realizados por ellas (art. 3.1).

empresarios y sindicatos, a insertar como cláusulas en convenios laborales, que incorporen el objetivo de deducción progresiva en origen de la cantidad de residuos peligrosos generados. Se trata de acuerdos negociados *inter privados* pero que son fomentados por las Administraciones, al igual que se fomenta el aumento del porcentaje de reciclaje y reutilización de estos residuos, mediante medidas fiscales, financieras y legislativas. Fueron importantes, por ejemplos, las subvenciones concedidas por la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Vivienda a las CC.AA. para que, a su vez, desarrollaran estas medidas.

## II. ACUERDOS AMBIENTALES EN MATERIA DE AGUAS CONTINENTALES

### 1. Evolución histórica

El derecho histórico sobre aguas puede acotarse en tres tramos o etapas, coincidentes con la aprobación y derogación de las leyes fundamentales que han regulado la materia:

1. Una primera etapa, marcada por la larga vigencia de la Ley de 13 de junio de 1.879, de Aguas. La primera ley que se aproximaba al concepto de demanio de aguas era hija de su tiempo. El concepto de aguas que manejaba era puramente patrimonialista, de manera que los cauces, caudales y aguas pluviales, vivas o muertas que se encontraran dentro de los límites de un predio privado accedían al mismo, sin mayores limitaciones que las que pudiera imponer un desdibujado interés público. La norma otorgaba mucha importancia a las servidumbres privadas y a los aprovechamientos particulares, en buena lógica con este concepto.

2. La segunda etapa en la regulación de las aguas continentales la marca la aprobación de la Ley 29/1.985, de Aguas, que deroga la anterior, y que acarrea, *grasso modo*, las siguientes innovaciones:

- Aumenta el concepto de dominio público hidráulico, incluyendo en su seno a las aguas subterráneas, antes apropiables por el propietario que las alumbrara;

- Dado el aumento espectacular de la demanda, establece las directrices principales para planificar la oferta del recurso, delimitando las competencias de las diferentes Administraciones territoriales implicadas en su gestión; la STC 227/1.988, de 29 de noviembre, ha venido a ratificar este reparto competencial.

- Establece el concepto de ciclo hidrológico, de unidad de gestión y de cuenca hidrográfica, en aras de una mayor eficacia administrativa, superponiéndose así a la ingente y dispersa normativa que, desde 1.879, había sido promulgada para intentar adaptar la Ley de 1.879 a las cambiantes circunstancias de empleo del recurso.

3. La tercera, y última etapa (en la que ahora nos encontramos), comienza con la redacción del Libro Blanco del Agua en España<sup>1381</sup>, cuya elaboración corre paralela a la aprobación de la Ley 46/1.999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley anterior de Aguas y a la elaboración del Plan Hidrológico Nacional. El espíritu de los tres documentos es idéntico. Por lo que a nosotros nos importa, se trata, básicamente, de aumentar las exigencias ambientales del recurso, regulando más profusamente los caudales ecológicos y las autorizaciones de vertido, poniendo éstas últimas en relación con el principio de internalización de los costes ecológicos, que se hacen recaer en mayor medida sobre los concesionarios y licenciarios. Junto a este parámetro, las mejoras tecnológicas han traído consigo una mayor apuesta por la desalación y reutilización del agua, al tiempo que la nueva filosofía política aconsejaba la introducción de una mayor flexibilidad en el régimen concesional, a través del polémico contrato de cesión de derechos al uso del agua<sup>1382</sup>. En aplicación, además, de la Disposición Adicional 2ª de esta Ley (redactada por la Ley 6/2.001, de 8 de mayo, de Evaluación de Impacto Ambiental), se autorizaba al Gobierno para que en dos años aprobara un texto Refundido de la Ley de Aguas, el que luego ha sido Real Decreto Legislativo 1/2.001, de 20 de julio.

\*\*\*\*\*

<sup>1381</sup> El Libro Blanco del Agua en España fue elaborado, bajo la dirección de la Secretaría de Estado de Aguas y Costas del Ministerio de Medio Ambiente, por la Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas, con la colaboración, asistencia y soporte técnico del Centro de Estudios Hidrográficos del CEDEX. Su complejidad ha necesitado de una participación multilateral de diversos Ministerios, así como de las aportaciones de expertos del ámbito profesional y universitario. La primera versión fue presentada en diciembre de 1.998, como documento de trabajo para ser sometido a discusión y debate social. Desde ese momento, el Libro fue objeto de numerosas presentaciones y discusiones públicas en muy diversos foros, prolongadas durante meses, y materializadas en el extenso conjunto de comentarios y sugerencias finalmente recibidas.

<sup>1382</sup> Que finalmente no ha levantado tanta polvareda. Como inicialmente se previó en la tramitación de la ley. El contrato no hace más que institucionalizar la anterior transmisión de concesiones, introduciendo mayor flexibilidad en los usos legítimos del agua. En un plano muy favorable a la introducción de mecanismos de mercado en la gestión del agua se encuentran ARIÑO ORTIZ, G. Y SASTRE BECEIRO, M., *Leyes de Aguas y Política Hidráulica en España. Los mercados regulados del agua*, editorial Comares, Granada, 1.999, págs. 208-210, para quienes estos contratos mejorarían la asignación geográfica de recursos, fomentaría el ahorro del agua como bien escaso, fijarían un precio ecológicamente eficiente del agua, e incentivarían su reutilización. Para CALVO CHARRO, M., *La regulación ecológica del agua en el siglo XXI*, en R.A.P., nº. 154 (enero/abril de 2.001), pág. 425, el empleo de tales contratos no supone una privatización del agua sino una flexibilización de los mecanismos de asignación, respetando el fundamento de la concesión administrativa otorgada y bajo la tutela de la Administración, titular de las aguas, en último término. En parecidos términos se expresa también MARTÍN MATEO, R., *El agua como mercancía*, en R.A.P., nº. 152 (mayo/agosto de 2.000), págs.20,21 y 24. Más crítico con el modelo diseñado se muestra MOLINA JIMÉNEZ, A., *Administración versus Liberalización: los mercados del agua en España*, en R.A.P., nº. 146 (mayo-agosto de 1.998), págs. 366-372, aduciendo problemas de especulación, desequilibrios entre zonas oferentes y receptoras o de sobreexplotación inducidos por el juego del libre mercado.

Nosotros, al estudiar los instrumentos paccionados existentes en España para la protección del medio ambiente en sede de aguas, haremos alusión a esta última norma, que, por su carácter codificador, está llamada a tener larga vigencia en nuestro Ordenamiento. La etapa en la que nos encontramos en la política hidráulica, marcada por el aumento de la demanda y, consecuentemente con ello, por unas mayores consideraciones ambientales, ha dejado obsoleto aquel enfoque basado, fundamentalmente, en la promoción del regadío. Este cambio fundamental, ya apreciable, hará aumentar los instrumentos de integración de los intereses implicados, en búsqueda de la ansiada sostenibilidad, lo que debe llegar incluso a la dimensión organizativa de las Administraciones hidráulicas.

## **2. La potencialidad del empleo de convenios de colaboración ambientales en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2.001, de 20 de julio**

El art. 13 de la Ley de Aguas de 1.985 ya consagraba (y ahora se reitera en el mismo artículo del Texto Refundido), que el ejercicio de las funciones del Estado en materia de aguas se someterá, entre otros, a los principios de participación de los usuarios y de compatibilidad de su gestión con la protección del medio ambiente y la restauración de la naturaleza. Mientras que el primero de ellos se ha instrumentado a través de la participación de los usuarios en los organismos de cuenca<sup>1383</sup> y a través de los acuerdos a los que puedan llegar las Comunidades de Regantes con otras Administraciones y/o entidades públicas y privadas dirigidas a racionalizar la oferta-demanda del recurso, la protección ambiental de las aguas se ha articulado a través de tres instrumentos esenciales:

1. Las autorizaciones de vertido;
2. La regulación de los caudales ecológicos;
3. Los acuerdos o convenios para la protección ambiental, en los que, siguiendo la filosofía explicada en el capítulo primero, se cristaliza también la participación-colaboración de los usuarios y se conjuga en un modo más claro con la tutela ecológica.

<sup>1383</sup> A la representación de los usuarios corresponderá, al menos, un tercio del total de vocales (con un mínimo de tres) de la Junta de Gobierno de los organismos de cuenca (art. 27, c) TRLA), principal órgano de gobierno. Además, compondrán íntegramente la Asamblea de Usuarios, órgano de gestión dedicado a la coordinación y compatibilización entre la explotación de las obras hidráulicas y de los recursos de agua en toda la cuenca. También formarán parte del órgano de planificación de los organismos de cuenca, el Consejo del Agua de la cuenca, en porcentaje no inferior al tercio del total de los vocales (art. 36, b) TRLA).

## 1. La actividad convencional de los organismos de cuenca

### A). *Los planes de cuenca*

Los organismos de cuenca son las Administraciones institucionales encargadas de la gestión y protección ambiental de las aguas en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma. Su configuración administrativa como organismos autónomos del art. 43.1, a) LOFAGE las convierte en los sujetos idóneos para la celebración de convenios y acuerdos de contenido ambiental, toda vez que se les dota de autonomía funcional, respecto del Ministerio de Medio Ambiente, para realizar su labor sin injerencias, para vender o adquirir su patrimonio y, lo que es esencial para el objeto de nuestro estudio, para obligarse y contratar con otras Administraciones, usuarios y ciudadanos en general. Así, los arts. 23.1, e) y 23.2, b) TRLA le otorgan cierto margen de maniobra para poder suscribir cualesquiera convenios con entidades públicas o privadas o con particulares, facultad que debemos entender circunscrita a sus competencias y al Ordenamiento jurídico, pero que perfectamente podría encaminarse a la tutela del medio ambiente acuático.

A ello hay que añadir su aptitud para elaborar los planes, programas y acciones que sean necesarios para gestionar las demandas del escaso recurso que es el agua, “**a fin de promover el ahorro y la eficiencia económica y ambiental** de los diferentes usos del agua mediante el aprovechamiento global e integrado de las aguas superficiales y subterráneas, **de acuerdo, en su caso, con las previsiones de la correspondiente planificación sectorial** (la negrita es nuestra)” (art. 24, f) TRLA). Este último precepto, por tanto, viene a añadir a la libertad de celebración de convenios con particulares una evidente invitación a la realización de programas que puedan tener por objeto el ahorro y salvaguarda ambiental de las aguas demaniales (superficiales y subterráneas), lo que de se suyo lleva a pensar en una razonable negociación de los mismos con los propietarios o comunidades de regantes concernidos, quienes se podrían unir a ellos voluntariamente<sup>1384</sup>. La vaguedad de la

1384 Como ejemplo de ayudas al ahorro del agua, en compatibilización con el entorno natural puede citarse la Orden de 17 de mayo de 1.993, del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, de Aplicación del Reglamento (CEE) 2078/1.992, de 30 de junio, con el fin de establecer un régimen de ayudas para fomentar métodos de producción agraria compatibles con las exigencias de protección del medio ambiente y conservación del espacio natural en los regadíos de La Mancha occidental y Campo de Montiel, que exigen a los beneficiarios el mantenimiento de los compromisos ambientales establecidos por un plazo de 5 años. Así lo dice su art. 5.2, que recoge la obligación del propietario de firmar un compromiso con la Administración para poder hacerse acreedor de las ayudas, pudiendo vender la finca con la condición de que el comprador se subrogue en sus obligaciones, lo que demuestra el carácter *propter rem* de estas ayudas. Las Comunidades de Regantes son también las principales obligadas a desarrollar las directrices de mejora ambiental recogidas en el Plan Nacional de Regadíos Horizonte 2.005, sobre todo en lo referente a la calidad de las aguas resultantes de uso en regadíos. Este plan, posteriormente desarrollado hasta 2.008, fue aprobado por Orden de 14 de marzo de 1.996, del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

expresión “acciones” también da pábulo a considerar cualesquiera otras medidas paccionadas, que habrán de respetar la planificación ambiental, territorial o urbanística sectorial<sup>1385</sup>.

Todos los planes hidrológicos de cuencas intercomunitarias y algunos de cuencas intracomunitarias fueron aprobados por el Real Decreto 1.664/1.998, de 24 de julio, del Ministerio de Medio Ambiente<sup>1386</sup>. Desde esa fecha comienza la elaboración del Plan Hidrológico Nacional, una vez vista la luz por el Libro Blanco del Agua en España. Cada plan hidrológico de cuenca tiene, entre otras misiones, la finalidad de conseguir un buen estado ecológico del demanio hidráulico, protegiendo su calidad, racionalizando su uso en armonía con el medio ambiente y demás recursos naturales. Para ello, tendrán efectos jurídicos vinculantes para todos los agentes concernidos, por lo que su modificación no dará derecho a indemnización a los particulares o usuarios afectados, en aras del interés general al que sirven<sup>1387</sup>. Este carácter vinculante excluye por sí mismo la posibilidad de contener expresamente acuerdos o convenios con particulares, dada la inmanente voluntariedad que se precisa en éstos. Sí podrían remitirse a ellos, por ejemplo, como medio alternativo para conseguir alcanzar (en colaboración con las industrias ribereñas) determinados estándares de calidad ambiental en las aguas, previamente determinados en el plan, como, verbigracia, para la conservación o recuperación de determinados espa-

1385 La compleja distribución competencial en la normativa y ejecución de la política de aguas pasa, inevitablemente, por una coordinación del estado con las CC.AA., y de ambas con la principal célula encargada de gestionar el consumo del agua en nuestro país, las comunidades de regantes, para lo cual el art. 25.2 TRLA permite la celebración de convenios de colaboración interadministrativos. Dicha coordinación llega incluso a la participación de las CC.AA. en los organismos de cuenca o a la emisión de informe previo, por parte de éstos, sobre los planes que aquéllas aprueben en materias de competencia compartida (paladinamente la ambiental o sobre espacios naturales, pesca, montes, etc.).

1386 Los Planes Hidrológicos de cuenca son elaborados por cada Confederación Hidrográfica o Administración hidráulica competente (art. 39.1 de la Ley 29/1.985, de 2 de agosto, de Aguas). Ese Real Decreto aprueba los planes de todas las cuencas intercomunitarias de España, y todos ellos fueron en su día informados favorablemente por los respectivos Consejos del Agua de cada cuenca, y por la Comisión de Gobierno de la Junta de Aguas, en el caso del plan de las cuencas intracomunitarias de Cataluña. En concreto, se trata de las Confederaciones Hidrográficas del Norte (con tres planes), Duero, Guadalquivir, Guadiana (con dos planes), Tajo, Ebro, Segura, Júcar y del Sur, y de las cuencas intracomunitarias de Cataluña. La elaboración de los Planes Hidrológicos de cuenca ha supuesto un proceso largo y complejo, que ha durado más de una década y que ha culminado con el informe preceptivo del Consejo Nacional del Agua, que exige el artículo 18.1.b) de la Ley 29/1.985, de 2 de agosto, de Aguas, que, en su reunión del 27 de abril de 1.998, emitió un dictamen favorable a la aprobación por el Gobierno de los mencionados Planes. La Disp. Final Única de este Real Decreto exigía que el Ministerio de Medio Ambiente elaborara un texto único en el que se recogiesen de forma sistemática y homogénea las determinaciones de contenido normativo incluidas en los diferentes planes intercomunitarios, a publicar en el plazo de nueve meses desde la aprobación de este Real Decreto.

1387 La única situación indemnizable (art. 65 TRLA) será aquélla en la que las concesiones otorgadas deban ser revisadas para ser adecuadas a los Planes hidrológicos (ya sea el de cuenca o el nacional), pero nunca cabrá si esas revisiones suponen un recorte en la volumetría de agua aprovechable por el concesionario, que contribuya a un ahorro del recurso, y se realicen en la certeza de que, a pesar de eso, podrán seguir sirviendo a su titular en la misma medida.

cios, determinación de perímetros de protección de un recurso afectado o para la elaboración de los planes hidrológico-forestales y de conservación de suelos (art. 40 Ley de Aguas de 1.985) o para la contingente declaración de una zona como de especial protección, por sus características naturales o interés ecológico, de acuerdo con la legislación ambiental y de protección de la naturaleza (art. 41.2 Ley de Aguas de 1.985). En éste último caso, podrían ser también pactables las condiciones específicas y las medidas de protección a asumir por la Confederación, usuarios, propietarios de predios o industriales ribereños.

### ***B). Los acuerdos de saneamiento y depuración de aguas residuales***

Dentro del marco básico de política del agua que conforman los planes hidrológicos de cuenca se han desarrollado actuaciones negociadas sectoriales para la protección del medio ambiente. Una de las más destacadas por la gravedad del problema al que se intenta poner coto son las ayudas, subvenciones y convenios que recoge el Plan Nacional de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales (1.995-2.005)<sup>1388</sup>.

El Plan supone una plasmación *pro futuro* de las directrices de depuración de aguas residuales recogidas en la Directiva del Consejo 91/271/CEE, de 21 de mayo, sobre el Tratamiento de aguas residuales urbanas, posteriormente desarrolladas por otras disposiciones normativas. Entre ellas, la necesidad de que los Estados miembros garanticen la existencia de colectores en todas las ciudades con más de 15.000 hbts. para el 31 de diciembre de 2.000 y para el 31 de diciembre de 2.005 para ciudades de entre 2.000 y 15.000 hbts.; la depuración y tratamiento de sus aguas para las mismas fechas ha motivado una fuerte inversión pública en los últimos años, merced también a la presión periódica de los medios de comunicación<sup>1389</sup>.

Estos acuerdos voluntarios se enmarcan en los convenios de colaboración Estado-Comunidades Autónomas, en los que se concretan las fuentes de financiación de cada parte.

<sup>1388</sup> Aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de febrero de 1.995 y publicado por Resolución de 28 de abril del mismo año, de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Vivienda.

<sup>1389</sup> En concreto, el plan achaca a las aguas residuales industriales gran parte de los problemas de insalubridad y contaminación de nuestros cauces fluviales, para lo que demanda mayor prevención y control de las empresas, mediante incentivos destinados a lograr cambios de los procesos productivos o a instalar tecnologías más respetuosas con el medio ambiente. Para ello, la Secretaría de Medio Ambiente y Vivienda estableció una línea de ayudas con las que fomentar que las empresas o sectores de empresas implantaran planes sectoriales de reducción en origen de la contaminación de sus aguas residuales, supeditándolas a compromisos de reducción gradual de la carga contaminante, en la forma en que determinara la Administración competente en la autorización del vertido. A estas ayudas podrían añadirse créditos subvencionados (MIBOR menos tres puntos) o blandos (MIBOR menos dos puntos).

### C). Concesiones de dominio público hidráulico

La atribución de un derecho a un particular para un uso privativo de las aguas requiere de una concesión administrativa a otorgar por el organismo de cuenca correspondiente (arts. 24, a) y 52 TRLA)<sup>1390</sup>. Y no sería descabellado pensar que en las propias concesiones, pueda el organismo de cuenca establecer condicionamientos ambientales (condiciones resolutorias de la concesión o simples cláusulas negociadas) para el aprovechamiento del recurso, a negociar con el titular, con o sin contraprestaciones a cambio.

Esta posibilidad deriva no sólo de las funciones y atribuciones ambientales que detentan los organismos de cuenca –y que hemos señalado arriba–, sino también de las normas sobre introducción de criterios ecológicos en los contratos, comunitarias y españolas, y, **sobre todo, de la naturaleza discrecional que tiene el otorgamiento de las concesiones (art. 59.4 TRLA)**, con lo que ello supone de ampliación de las posibilidades negociales de la Administración concedente, de integración de intereses individuales en la voluntad administrativa y su valoración y de consideración de la protección del medio ambiente como objeto de ponderación en la elección de las soluciones posibles que determinen el interés público a concretar en cada concesión.

Efectivamente, a través de la concesión se trata de hacer compatible el interés general preexistente en la utilización compartida de un recurso escaso con el aprovechamiento exclusivo que de él pueda solicitar un particular determinado. Esto permitiría que, aparte de las puras restricciones cuantitativas en el volumen de agua concedida, y aparte la consideración de un caudal ecológico mínimo anual<sup>1391</sup> a tener en cuenta a la hora de concretar dicho aprovechamiento, se sumarían limitaciones o actuaciones positivas encaminadas a la mejor protección del entorno biológico de la toma del agua, o puramente negativas en atención, se nos ocurre, a las temporadas de cría o desove de peces, aves acuáticas, etc<sup>1392</sup>. Los caudales ecológi-

<sup>1390</sup> Salvo para los aprovechamientos privativos permitidos desde antiguo, conocidos como aprovechamientos por disposición legal, en relación con las aguas pluviales, manantiales y estancadas existentes en el interior de un predio, por parte de su propietario y siempre con los límites del interés general (art. 54 TRLA).

<sup>1391</sup> Que el Libro Blanco sobre el agua ha estimado en un 20% de los recursos hidráulicos naturales, esto es, unos 22.000 hm<sup>3</sup>, aproximadamente. Cfr. DIRECCIÓN GENERAL DE OBRAS HIDRÁULICAS Y CALIDAD DE LAS AGUAS (MMA) y CENTRO DE ESTUDIOS HIDROGRÁFICOS DEL CEDEX, *Libro Blanco del Agua en España. Documento de Síntesis*, Madrid, 1.998, en [www.mma.es](http://www.mma.es), pág. 17.

<sup>1392</sup> En el propio TRLA se apuntan razones para plantear esta “tutela individualizada” del medio ambiente a través de las concesiones demaniales (que no es sino la esencia de ser de los acuerdos voluntarios ambientales). Por ejemplo, en el art. 55.2 se intitula al organismo de cuenca para condicionar o limitar, con carácter temporal, el uso del caudal concedido. Si estas limitaciones ya vinieran negociadas en las concesiones mismas, no habría lugar a indemnización; ni tan siquiera cabría ésta por una modificación de las mismas en el sentido indicado, si nos atenemos a

cos que se determinen en cada plan hidrológico de cuenca tendrán carácter de restricción y no de uso, y se someterán a la supremacía del abastecimiento de agua a las poblaciones que lo necesiten (arts. 59.7 y 60.3 TRLA)<sup>1393</sup>.

Incluso la modificación de las características de la concesión a solicitud del particular, que de suyo exige autorización administrativa del organismo de cuenca que otorgó la concesión (art. 64 TRLA) puede ser un buen momento para que la Administración se invista de fuerza y oportunidad para negociar con el concesionario nuevos requerimientos ambientales a imponer a su concesión. Piénsese que la

lo que recoge el art. 65.4 TRLA. Y como es imposible determinar las medidas ambientales a incluir en las concesiones sin tener constancia de los caudales aprovechados en cada momento por los titulares, el art. 55.4 determina la obligación de los concesionarios de instalar y mantener los correspondientes sistemas de medición de los caudales empleados (en un plazo que la Disp. Adic. 12ª de la Ley 10/2.001, de 5 de julio, establece en cuatro años desde la entrada en vigor de ésta), aunque se podrán negociar, porque nada se dice al respecto, el tipo de sistema y tecnología a emplear o su ubicación (art. 55.4, párr. 5º TRLA), ya que dicho precepto sólo se limita a atribuir al organismo, inespecíficamente, la determinación de los sistemas de control, por lo que, en atención al principio de intercambiabilidad de las formas administrativas, podría pensarse en los instrumentos paccionados. También cabrá negociar el plazo de prórroga de las concesiones (que, como sabemos, tienen un plazo máximo de 75 años), hasta un máximo de diez años, para poder amortizar las obras que el organismo exija para poder llevar a cambio un aprovechamiento adecuado y razonable (art. 59.6 TRLA). Cabría incluso apostar por la necesidad de que las distintas Administraciones encargadas de otorgar las diferentes concesiones, permisos y autorizaciones (de obras, instalación, apertura, vertidos, aprovechamiento hidráulico, etc.) firmen convenios de colaboración con cada industrial o, mejor, con la asociación de industriales ribereños de cada cuenca, para simplificar y unificar el procedimiento de otorgamiento de todas ellas, siempre en beneficio de una mayor tutela ambiental, de celeridad o de eficacia administrativa, y a pesar de que los arts. 59.8 y 100.4 TRLA no lo prevean. Así ocurre en los países de nuestro entorno, especialmente Italia, como hemos visto.

<sup>1393</sup> Alguna doctrina ha criticado este sometimiento de los caudales ecológicos al abastecimiento de aguas a poblaciones, no porque ello sea irracional, que no lo es, sino porque limita la protección ambiental hasta el punto de sacrificar dichos caudales cuando se soliciten nuevas concesiones para nuevos abastecimientos de población (pongamos, por ejemplo, para urbanizaciones turísticas). Cabría pensar que en estos casos la tutela ambiental debe ser preventiva y debiera primar sobre los futuros aumentos de demanda de agua para nuevos establecimiento de población, aunque sería inobjetable que quedara en manos de la discrecionalidad administrativa la ponderación de ambos valores en el caso concreto. Estas reflexiones en SÁNCHEZ MORÓN, M., *Aspectos ambientales de la modificación de la Ley de Aguas*, en la obra colectiva EMBID IRUJO, A., (director), *La Reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1.999, de 1 de diciembre)*, editorial Civitas, Madrid, 2.000, pág. 97.

La atención a la introducción de criterios ecológicos en las concesiones hidráulicas se ha visto incrementada con la Ley 46/1.999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley de Aguas. Fue ella la que insertó (art. 38), como objetivo de la protección del dominio público hidráulico, la prevención del estado ecológico y de la contaminación de las aguas para alcanzar un buen estado general (no sólo físico-químico sino ecológico), así como la recuperación de los sistemas acuáticos asociados al demanio hidráulico como método principal de reparación del daño ambiental (al respecto, puede verse mi artículo titulado *La restitio in pristinum* como mecanismo deseable de los daños causados al medio ambiente, en Revista electrónica Medio Ambiente y Derecho, nº. 3, noviembre 1.999, accesible en Internet en [www.cica.es/aliens/gimadus](http://www.cica.es/aliens/gimadus)), como reza el actual art. 92 TRLA. El art. 98 TRLA exige que los organismos de cuenca, en las concesiones y autorizaciones que otorguen, adopten las medidas necesarias para compatibilizar el aprovechamiento concedido con el respeto al medio ambiente y la garantía de los caudales ecológicos o demandas ambientales previstas en la planificación hidrológica (a este último respecto, el art. 10 de la Ley 10/2.001, de 5 de julio, aprobatoria del Plan Hidrológico Nacional hace parecida reflexión). Como hemos advertido y aconsejado, estos miramientos debieran poder introducirse a través de la negociación de las propias condiciones de la concesión, si bien también podrá lograrse, como dispone el actual art. 98 TRLA, por medio de la presentación, por el solicitante, de un informe sobre los posibles efectos nocivos para el medio, sobre el que deberá pronunciarse el órgano ambiental competente, pudiendo incluir medidas correctoras en la concesión. También podrá, de oficio, el organismo de cuenca, intimar a dicho órgano ambiental para que emita informe ambiental cuando intuya la existencia de riesgos graves para el medio ambiente en la concesión solicitada.

larga duración de muchas de las ya existentes las hace ambientalmente deficientes en muchos sentidos, y que una modificación unilateral de la Administración que pretenda limitar el caudal concedido sin justificación razonable deberá ser indemnizada. No será necesario indemnizar, sin embargo, cuando la modificación se haga para adaptar la tecnología de extracción a métodos más eficientes (art. 65.2 TRLA) mientras el objeto de la concesión siga cumpliéndose en el mismo grado para el concesionario, aunque sí quepa negociar la cuantía de las ayudas que pueda dar la Administración al efecto (art. 65.4, *in fine*, TRLA). En la renegociación de las condiciones concesionales podría también exigirse, por parte el organismo de cuenca, la legalización de situaciones prohibidas por la Ley de Aguas, como la acumulación de residuos o escombros o el vertido directo de contaminantes sin tratar a cauces públicos y sin la preceptiva autorización (arts. 97, 100.1 y 105.2,b) TRLA), previa incoación del expediente sancionador.

En idéntica consideración deben tenerse las condiciones ambientales a imponer en las concesiones para aprovechamientos privativos de cauces o de los bienes en ellos situados, por ejemplo, de pastos, áridos, vegetación, puentes, embarcaderos o instalaciones para baños (art. 77.2) y cuyo respeto por los concesionarios se garantizará mayormente en la medida en que hayan sido pactados y aceptados por éste.

Teniendo en cuenta que el objeto de las concesiones sobre aprovechamiento privativo del demanio hidráulico es el caudal de agua aprovechable por el particular, y no propiamente la protección del medio ambiente (que aquí puede ser tenido en cuenta sólo indirectamente), resulta lógico calificarlas como concesiones *in tuitu rei*, es decir, concesiones que se otorgan en atención al agua misma, no a la persona que lo solicita (*in personam*, como pudieran entenderse los convenios ambientales firmados entre una Administración y una o varias empresas contaminante/s, negocios jurídicos en los que la persona con la que se pacta es la relevante, en la medida en que es ella quien tiene el problema a resolver). De aquí que puedan ser intercambiables entre dos o más particulares a condición de que se respeten las condiciones de uso, algo que se ha hecho realidad con los contratos de cesión de derechos al uso privativo de las aguas (arts. 67-72 TRLA) y que se concedan en régimen de publicidad y competencia (art. 79.2 TRLA), algo que no siempre es posible en aquéllos otros<sup>1394</sup>.

<sup>1394</sup> El dato de que el principio de competencia pueda eliminarse cuando se trata de concesiones que tengan por objeto el abastecimiento de agua a poblaciones (art. 79.2, *in fine*, TRLA) refleja esta diferencia esencial que hemos trazado: en estos casos, ateniéndonos al interés general y a la necesidad de una cualificación del empresario concesionario, el principio de libre competencia cede, como lo hace en los convenios en los que la protección del medio es el objeto principal del negocio, por idénticas razones.

También cabrá la negociación de los programas de reducción de la contaminación a raíz de la autorización de vertidos o de su modificación, con la intención de adecuar las características de los vertidos a los límites que en ellas se fijen<sup>1395</sup>. También respecto de los vertidos podría el Gobierno celebrar acuerdos con los industriales de un determinado ramo cuyos efluentes, a pesar del tratamiento al que se sometan, puedan seguir siendo peligrosos. El art. 103, párr. 2º, permite al Gobierno la prohibición, en determinadas áreas, de las actividades industriales que los provocan, pero, tratándose de una potestad discrecional, y teniendo en cuenta que el tratamiento recibido es el apropiado y legal (lo que inhibiría el ejercicio de la potestad sancionadora), el instrumento paccionado se nos antoja como el único susceptible para mejorar la calidad de las aguas por encima de los estándares técnicos exigidos, sin tener que llegar a coartar la actividad empresarial de los industriales ribereños<sup>1396</sup>.

En general, cualquier autorización de vertido o concesión hidráulica otorgada puede ser negociada con criterios ambientales con los particulares titulares, como permite el art. 88 LRJAPyPAC.

## 2. Las comunidades de usuarios

Son el otro gran sujeto susceptible de celebrar acuerdos o convenios de colaboración con particulares, y están compuestas por todos los usuarios que compartan toma, concesión de aguas, acuífero o unidad hidrogeológica, siendo obligatorias su constitución y aprobación por el organismo de cuenca. En sus Estatutos y Ordenanzas pueden fijar, como objetivo legítimo, el respeto del medio ambiente de las aguas, fauna o vegetación circundantes, cauces o álveos a los que afecte su aprovechamiento. Jurídicamente son Administraciones en sentido estricto, en particular, corporaciones de Derecho Público (del mismo modo que los Colegios Profesionales, las Cofradías de Pescadores o las Cámaras de Comercio, Industria y

1395 Ni que decir tiene que estos programas pueden instrumentarse idóneamente a través de convenios de colaboración entre los titulares de la autorización y el organismo de cuenca, constituyendo, además, auténticos y directos acuerdos ambientales en sentido estricto.

1396 El art. 8.1 del Real Decreto 484/1.995, de 7 de abril, de Medidas de regularización y control de vertidos, del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio ambiente, permite también a las Confederaciones Hidrográficas la celebración de convenios y programas de ayudas económico-financieras (financiadas con el importe obtenido de los cánones de vertido) para el desarrollo de los Planes de Regularización de vertidos, tanto urbanos como industriales, de conformidad con las previsiones de los correspondientes Planes Hidrológicos. El artículo 9 crea la figura de las empresas colaboradoras de los organismos de cuenca que también podrán contribuir a prestar asistencia técnica en materia ambiental, y que podrán preparar los convenios que luego se firmarán por la Administración hidráulica.

Navegación), de base asociativa privada, y se registrarán por sus Estatutos y Ordenanzas y, supletoriamente, por lo que recoja la LRJAPyPAC<sup>1397</sup>.

Podrán avenirse a convenios y acuerdos de protección ambiental en cualquier caso, para cumplir objetivos establecidos en sus Estatutos u Ordenanzas o, sencillamente, en el marco que señala el art. 88 LRJAPyPAC. Se nos ocurren convenios de reducción de vertidos a celebrar con otros usuarios o empresarios ribereños contaminadores de río arriba, que perjudiquen la calidad de sus tomas de agua, o para alcanzar las cotas establecidas en los posibles programas de control de calidad elaborado en la cuenca, por ejemplo. Para ello cuentan con la habilitación general citada y con el ámbito de libre disposición que les otorga el art. 4 TRLCAP.

### 3. El Libro Blanco del Agua

La principal virtualidad del Libro Blanco del Agua en España ha sido la de servir de recopilación de los datos básicos sobre el agua en España, y, por ende, de fundamento al Plan Hidrológico Nacional. Aparte, ha supuesto un interesante esfuerzo por prever la futura evolución de las opciones y prioridades en el uso del agua, teniendo en cuenta las variables de cambio socioeconómico y las exigencias medioambientales.

Ese contenido más descriptivo que normativo excluye cualquier referencia expresa a la posibilidad del empleo de instrumentos paccionados para la tutela ambiental, si bien hace una evidente apuesta por el cambio de política, desdeñando en cierta medida la proliferación normativa que han atado a las estructuras administrativas en materia hidráulica, y que les ha restado eficacia, provocando una gestión deficiente del demanio. Por ello, se dice, “procede buscar nuevos instrumentos jurídicos que permitan la corrección de los graves problemas detectados” y que aúnen la

<sup>1397</sup> Su naturaleza de corporaciones de Derecho Público fue verificada por la STC. 227/1.988, de 29 de noviembre. Rasgo esencial de este tipo de Administraciones es la naturaleza mixta de los intereses que gestionan: por un lado, públicos (aquí, defensa de los regantes y usuarios de las aguas continentales en general ante las restantes Administraciones, prestación de servicios públicos o ejercicio de funciones públicas propias o delegadas), y, por otro, privados (de los concretos intereses de sus usuarios). Como señala COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, octava edición, Madrid, 1.997, pág. 307, su régimen jurídico es público o privado “secundum quid”, debiendo someterse al Derecho Administrativo los actos relativos a su organización y funcionamiento (procedimiento, emanación de su voluntad, sanciones, etc.), rigiéndose las restantes al Derecho Privado. En lo tocante a convenios y contratos, entendemos que deberán adecuarse a las previsiones del propio TRLA y, supletoriamente, al TRLCAP cuando se trate del ejercicio de funciones públicas de manera paccionada. Para los restantes contratos, se someterán al Derecho Privado de manera directa.

seguridad jurídica sobre los derechos de uso del agua a una mayor necesidad de flexibilidad para adaptarse a los requisitos ambientales y tecnológicos que exige una gestión moderna del recurso<sup>1398</sup>.

Descendiendo a lo concreto, se hace alguna mención al ahorro de agua como finalidad a incluir en el concepto de conservación, que está indirectamente relacionada con aquélla. En efecto, por conservación del agua se quiere expresar la idea de limitación a la frenética escalada en la demanda que se ha venido produciendo en los últimos años. La reducción en el consumo de un recurso natural escaso y esencial para la vida como es el agua repercute beneficiosamente, al menos, en el mantenimiento de los ecosistemas, al tiempo que impide la salinización de acuíferos o el desvío de importantes volúmenes a fines antrópicos que pudieran mermar los caudales ecológicos. Para ello, la tecnología, la desalación, el reciclado y reutilización de aguas residuales para regadíos o la incorporación de sistemas de cultivo más racionales abundan indirectamente en un mejor medio ambiente (lo que en terminología económica se denominan externalidades positivas).

En la medida en que estas medidas se prestan a su aplicación individualizada (por cooperativas o ramos industriales o empresariales, por ejemplo), podemos pensar que el fomento del ahorro de agua puede conseguirse de modo apropiado mediante acuerdos ambientales<sup>1399</sup>. Evidentemente, el ahorro, hasta que no se alcance una situación de concienciación suficiente, debería partir de una mayor dosis de incentivación económica, que impida caer en la demagogia, algo que podría instrumentarse perfectamente a través de convenios y acuerdos.

1398 Ibidem, pág. 31.

1399 Evidentemente, el ahorro es muy recomendable en zonas de regadíos derrochadores de agua (riegos por inundación) o de canalizaciones deficientes, pero en los casos (recuerda el Libro Blanco) en los que los sistemas son eficientes o existe poco agua, el coste del ahorro puede no ser rentable frente a la opción de construcción de nuevas infraestructuras. En estos casos es donde la voluntariedad de las medidas se hace más útil, dado que la regulación no puede exigir sacrificios desproporcionados, que sólo podrían realizarse de manera consentida por los particulares afectados, y si existen ayudas o contraprestaciones administrativas a cambio. Como se expone en el texto de síntesis, "el mantenimiento del medio ambiente actual es el único medio del que dispone la sociedad para asegurarse de que su bienestar no reducirá las opciones de las generaciones futuras". Cfr. DIRECCIÓN GENERAL DE OBRAS HIDRÁULICAS Y CALIDAD DE LAS AGUAS (MMA) y CENTRO DE ESTUDIOS HIDROGRÁFICOS DEL CEDEX, *Libro Blanco del Agua en España. Documento de Síntesis*, Madrid, 1.998, en [www.mma.es](http://www.mma.es), págs. 12, 13 y 32. Las medidas de ahorro, además, suelen tener mejor aceptación social y mejor respuesta ambiental que la realización de obras hidráulicas. El concepto de "ahorro compartido" trata de repartir los costes que a una empresa distribuidora de aguas le puede suponer fomentar el ahorro entre sus clientes, mediante el establecimiento de mayores tarifas de uso en esos casos. Se vierte, además, una queja en el Libro Blanco acerca del escaso uso que la Administración ha hecho de la posibilidad de modificar unilateralmente las concesiones, perdiendo oportunidades de racionalizar ambientalmente y reducir los volúmenes excesivos de agua concedidos en épocas en las que las demandas no eran tantas ni las preocupaciones ecológicas tan enraizadas (págs. 14 y 16).

#### 4. El Plan Hidrológico Nacional

Aprobado mediante Ley 10/2.001, de 5 de julio, ha supuesto, tras más de quince años de trabajo –y superado el anteproyecto de PHN de 1.993, elaborado bajo la dirección del entonces Ministro de Obras Públicas Josep Borrell–, la terminación de la arquitectura medular de la Ley de Aguas de 1.985, que pasaba por estructurar la política hidráulica española con los planes hidrológicos de cuenca, a culminar por el plan hidrológico nacional, que ahora adquiere rango legal. Su tardanza en el tiempo ha sido favorable, paradójicamente, porque ha podido recoger gran parte de las líneas principales de la Directiva marco sobre Aguas de la Unión Europea, lo que le ha convertido en el *corpus* jurídico sobre aguas más actualizado de Europa<sup>1400</sup>. Como establece el art. 45 TRLA, el PHN contiene las medidas necesarias para coordinar los planes hidrológicos de cuenca, para la solución de las alternativas que éstos plantean, las previsiones de trasvases y la homogeneización de técnicas y expresiones dispersas.

Puesto que la ley que aprueba el PHN tiene un marcado carácter instrumental en relación con la ley sustantiva en la materia (el TRLA), es en ella en la que se debieran recoger los instrumentos adecuados para llevar a la práctica los principios esenciales de la regulación de las aguas, también los ambientales. De todas formas, alguna novedosa referencia a la protección ecológica del demanio se ha incluido, de manera que, por ejemplo, el art. 9.1 permite a los planes hidrológicos de cuenca excepcionar o aumentar los niveles de sustancias contaminantes en agua exigidos por la normativa sectorial; o el art. 9.2, que deriva al Ministerio de Medio Ambiente y al resto de Administraciones hidráulicas, en el ámbito de sus respectivas competencias (cabe pensar en las CC.AA., Ayuntamientos o Comunidades de Usuarios) la posibilidad de elaborar planes y programas definitorios y caracterizadores del buen estado ecológico de sus aguas. En ambas prescripciones se podría hacer uso de concertos o mecanismos paccionados que aúnen las voluntades de Administraciones y particulares<sup>1401</sup>.

1400 Directiva 2.000/60/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2.000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (DOCE L 327/1, de 22.12.2.000). Entre ellas, el acceso a la información por parte de los ciudadanos, la transparencia, la participación social en la planificación, la preocupación por el buen estado ambiental de las aguas (art. 2.1.a) y d) de la ley), el fomento del ahorro del recurso (para lo que el Consejo Nacional del Agua, en su informe emitido sobre el proyecto de ley del Plan Hidrológico Nacional –enero 2.001, accesible en [www.mma.es](http://www.mma.es)– propone, además, la realización de un catálogo de las mejores prácticas y las medidas más eficientes en relación con el uso del agua, al estilo de los programas públicos institucionales a los que se adhieren luego voluntariamente las empresas que lo deseen; la apuesta por métodos alternativos de captación de agua (desalación, reposición de acuíferos, reutilización) y la coordinación de los caudales ambientales (art. 5).

1401 También, el art. 26.3 lleva a sus últimas consecuencias la compatibilidad del aprovechamiento concesional con la salvaguardia del entorno, de modo que si una concesión no incluyera expresamente una cláusula sobre la tutela de los caudales ecológicos, ello no exoneraría a su titular de cumplir las exigencias generales que, al respecto, haya establecido la planificación hidrológica.

La Ley de aprobación del PHN no otorga rango legal a los cinco volúmenes de información y datos técnicos que le han servido de base para su redacción. Esto es, el Plan propiamente dicho se reduce al texto legal, y las determinaciones técnicas agotan su eficacia en los resultados básicos que se trasladan a la Ley. Hacemos esta aclaración previa, porque en el cuarto volumen técnico del PHN, titulado “Análisis Ambientales” (Madrid, septiembre de 2.000), se aboga por la colaboración entre todos los agentes afectados para compatibilizar las actuaciones de trasvase con la protección de la flora y fauna adyacente. En concreto, se apuesta por la toma de tres tipos de medidas ambientalistas: la adopción de medidas protectoras, correctoras y compensadoras de los riesgos ecológicos que una disminución de caudal puede acarrear al entorno de la transferencia hidráulica. Si las primeras intentan evitar los daños, las segundas intentan amortiguarlo, y las terceras, cuando el daño no puede ser evitado ni suavizado, aspiran a mejorar las condiciones ambientales de zonas anejas que compensen, de alguna manera, la pérdida de calidad ambiental de la zona interesada, muy al estilo de las técnicas de la evaluación de impacto ambiental<sup>1402</sup>.

### III. LA ESTRATEGIA ESPAÑOLA PARA EL USO SOSTENIBLE DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA<sup>1403</sup>

Los Estados democráticos tienen que impulsar la colaboración de la sociedad en la consecución de más altas cotas de calidad de vida, fomentando su participación en todos los asuntos de la vida pública, pudiendo llegar al grado sumo de la misma: la colaboración con la Administración para el cumplimiento de fines sociales. Para ello, la colaboración ciudadana debe concebirse como una finalidad en sí misma, como un objetivo de toda política pública profunda que aspire a reformar la realidad, y ello no sólo porque deba serlo según se desprende de una lógica convicción democrática del poder, sino porque sólo así se consigue compensar la endémica situación de pasividad social.

1402 Cfr. págs. 40 y 41 de este cuarto volumen. La opción por la colaboración entre el diseño de las políticas hidráulicas y las de medio ambiente sobre el que incide, apunta a la adopción de acuerdos voluntarios con los propietarios de la zona, para, por ejemplo, recuperar y regenerar la superficie afectada, a cambio de medidas de fomento administrativas (simplificación en el otorgamiento de autorizaciones) o económicas (ayudas). Teniendo en cuenta la cantidad de críticas vertidas por particulares, asociaciones ecologistas y partidos políticos sobre la posible vulneración del PHN de directivas ambientales de la UE (sobre todo de la Directiva 92/43/CEE, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres), los acuerdos a los que se lleguen, estimamos, deberían respetar las directrices comunitarias a toda costa, aplicándolas cuando sea posible y, para aquellas materias que carezcan de tutela comunitaria, remitiéndose a los objetivos nacionales marcados por el PHN.

1403 El documento se puede conseguir en Internet, en la página del Ministerio de Medio Ambiente ([www.mma.es](http://www.mma.es)).

Pues bien, esta filosofía administrativa es la que impregna la Estrategia Española para el Uso sostenible de la Diversidad Biológica, documento presentado por el Ministerio de Medio Ambiente el 8 de marzo de 1.999 (aún, desgraciadamente, pendiente de aprobación por el Consejo de Ministros y el Parlamento) que plasma las directrices a las que se obligó España al ratificar el Convenio sobre la Diversidad Biológica, firmado en la Conferencia de las Naciones Unidas de Medio Ambiente y Desarrollo celebrada en Río de Janeiro en 1.992. La Estrategia española engloba un amplísimo abanico de políticas ambientales de conservación de los recursos naturales (principalmente fauna y flora), lo que implica materias tales como espacios naturales protegidos, gestión de bosques y montes, humedales, catálogos de aves amenazadas, evaluación de impacto ambiental, etc. Su carácter genérico la sitúa en una privilegiada posición de pivote de todas ellas, respecto de las que actúa como vector o esqueleto vertebrador, señalando objetivos y principios comunes, **estableciendo directrices horizontales que afectan a todos los planes y políticas sectoriales en materia ambiental**<sup>1404</sup>, y concretando la finalidad de la actividad administrativa y privada que la ordena y escogiendo los mimbres con los que las Comunidades Autónomas tendrán que fabricar sus propios programas y políticas sectoriales. Tal es la fuerza creativa de la Estrategia que en ella se determina que los planes sectoriales estatales (doce en total) deben estar elaborados en un plazo máximo de tres años a contar desde la aprobación definitiva de la Estrategia y contener su propio calendario de aplicación, que debe ser efectiva en el marco de la presente Estrategia, es decir, con un horizonte máximo del 2.010. En cada uno de esos planes se llama al sector empresarial y asociativo (ONGs) a una colaboración efectiva con las Administraciones<sup>1405</sup>.

<sup>1404</sup> El carácter panambiental de este documento planificador se especifica al tratar los planes sectoriales sobre los que incide. Planes que, por cierto, la propia Estrategia incita a elaborar con estas nuevas bases: "*Por razones obvias de coherencia (los planes sectoriales) serán los necesarios para cubrir los sectores tratados en el diagnóstico de esta Estrategia: agrario, forestal, de pesca y acuicultura, cinegético y piscícola, energético, turístico, industrial, de planificación territorial, del transporte, de la política hidrológica, de la sanidad y comercial, identificados todos ellos como generadores de procesos que tienen efectos adversos sobre la diversidad biológica. Su finalidad consistirá en un análisis, por parte de los sectores económicos implicados, de las reformas legislativas o códigos de prácticas o de conducta necesarios para concienciar y sensibilizar a sus operadores y protagonistas acerca de qué medidas y prácticas concretas minimizan los impactos sobre la biodiversidad.*". El paréntesis es nuestro. La importancia de este documento aun no está siendo suficientemente valorada, ya que va a suponer una auténtica revolución ambiental basada en un instrumento muy conocido en nuestra historia legislativa reciente: el plan. No para ahí la Estrategia, ya que llega incluso a determinar el contenido mínimo de todos y cada uno de esos planes sectoriales, que habrán de ser desarrollados por las CC.AA., e, incluso, se aconseja, por los Municipios: uno de esos contenidos será el establecimiento de nuevas medidas legislativas e instrumentos económicos que fomenten la participación social, por lo que se hace un guiño a las técnicas paccionadas que aquí estamos tratando. Cada uno de estos planes va a suponer, en la práctica, la plasmación más genuina del mandato de los Tratados Comunitarios de toma en consideración de la faceta ambiental en todas las políticas comunitarias.

<sup>1405</sup> Así lo proclama el Anejo XIV de la Estrategia (que versa sobre los postulados de la COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO SOBRE UNA ESTRATEGIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA EN MATERIA DE BIODIVERSIDAD, Bruselas, 04.02.1.998) cuando expresa que "Los planes de acción deben favorecer la colaboración y la asociación, así como un uso más eficaz de los recursos disponibles. Los grupos de interés, como las asociaciones industriales y las ONG, colaborarán en el desarrollo y la aplicación de los planes de acción."

En ese sentido, la Estrategia Española incluye, entre los objetivos ineludibles inspiradores de todo el documento, en un sintomático primer puesto, “La cooperación activa entre todas las partes implicadas, tanto de las diferentes instituciones públicas y privadas como de los distintos colectivos sociales y económicos, para lograr un compromiso de toda la sociedad<sup>1406</sup> con la conservación de la diversidad biológica a través de su uso racional y, por tanto, sostenible”, y también la “articulación de los instrumentos normativos (fundamentalmente de estímulo) y financieros necesarios, ya sea mediante la adaptación de los existentes o a través de la creación en su caso de otros nuevos”. Para llevar a cabo estas políticas se han positivado también varios principios generales: el primero de ellos, el de participación y coordinación, llama a la colaboración entre todos los sectores implicados en la actividad administrativa de conservación de la biodiversidad, con base en los principios de subsidiariedad (que ya vimos inspiraba la filosofía pacticia) y responsabilidad compartida, lo que significa implicar a los diferentes sectores sociales y económicos del Estado<sup>1407</sup>: el documento tiene naturaleza básica, pues se dicta en virtud de la competencia sobre bases de protección del medio ambiente del art. 149.1.23ª, y deberá ser respetado por las CC.AA. cuando desarrollen sus respectivas políticas de conservación de recursos naturales, para las que son competentes, algo que la propia Estrategia nacional obliga a hacer en el plazo máximo de tres años desde que se apruebe ésta definitivamente. La macrotarea de coordinación de todos estos planes ambientales sectoriales la llevará a cabo una nueva unidad técnica de seguimiento de la elaboración y de la puesta en práctica de los Planes de Acción Sectoriales, adscrita a la Subdirección General de Conservación de la Biodiversidad de la Dirección General de Conservación de la Naturaleza, Secretaría General de Medio Ambiente.

\*\*\*\*\*

<sup>1406</sup> Se dice que “El cambio social es un tema transversal, la educación y la comunicación son instrumentos transversales. Deben tener un reconocimiento equivalente a los instrumentos legales o financieros y deben ser utilizados en combinación estratégica con los otros instrumentos de la política.” Y, en relación con la política participativa, **“La participación requiere también un aprendizaje. Se trata de una profundización democrática, con todo lo que ello implica. Desarrollar competencias para la acción pasa, pues, por reforzar el aprendizaje de procedimientos y también por lograr que las personas se sientan con el ánimo necesario y el control suficiente como para comprometerse en la acción.** Probablemente, la mejor manera de conseguirlo es propiciar la participación directa en procedimientos de evaluación de impacto ambiental y proyectos reales de mejora del entorno, que puedan suministrar criterios de evaluación y entrenamiento en la toma de decisiones consensuadas y que constituyan en sí mismas experiencias gratificantes.”.

<sup>1407</sup> Literalmente: “Las acciones, tanto en el ámbito de las administraciones públicas como entre éstas y los diferentes colectivos sociales, deben estar presididas por la coordinación. Es indispensable la potenciación de los instrumentos de coordinación existentes y la creación en su caso de otros que se consideren necesarios.”. Además, se aboga por una participación activa de las ONGs en la elaboración de las políticas de conservación, y por un uso sostenible de los recursos naturales que compatibilice los usos económicos de los recursos con la conservación del entorno en el que se desenvuelven. La Administración debe poder participar de forma consorciada en entes privados, financiados para la puesta en práctica de determinados aspectos. En este ámbito entrarían, por ejemplo, la Federación Europea de Parques Nacionales y Naturales o el Comité del Programa MAB (siglas en inglés de Hombre y Biosfera, programa de la UNESCO en cuya virtud cabe declarar reservas de la biosfera, que son actualmente 15 en nuestro país).

Con estos antecedentes no debe extrañarnos que uno de los pilares de la Estrategia Española de Conservación de la Biodiversidad sea la gestión privada de recursos naturales, como el estadio más avanzado de la participación ciudadana, esto es, como forma de colaboración de los particulares en la consecución de intereses públicos, en este caso, ambientales. Serán las entidades privadas sin ánimo de lucro las encargadas de llevarla a cabo (fomentando además la conservación de la diversidad biológica), lo que se inserta de modo natural en las nuevas tendencias europeas de gestión de espacios y de recursos naturales en general, como se está viendo en este capítulo y se anticipó cuando tratamos los acuerdos ambientales en Francia.

En esa línea se manifiesta la estrategia española, cuando expone que:

*“Dado que el sistema de actuación actual se basa en convenios bilaterales de cooperación para la restauración hidrológico-forestal de cuencas, negociados expresamente con cada Comunidad Autónoma, a partir de la distribución de competencias operada por los Reales Decretos de 1.984-85, y dado el escaso rango jurídico que tales normas tienen en el conjunto que configura el marco jurídico de la constitucionalidad, la futura Ley Básica de Montes y Aprovechamientos Forestales deberá reestructurar las actuaciones de forma que los créditos financieros disponibles por la Administración acometan la realización de actuaciones en las cuencas que se estimen absolutamente necesarias para los Planes de Cuenca aprobados por el Plan Hidrológico Nacional, actuando como fondo de solidaridad para prevenir y evitar, bien problemas endémicos, bien catástrofes naturales de mayor alcance.”*

Y el art. 56 de la derogada Ley de Montes concede también a estas Instituciones la facultad de establecer consorcios voluntarios con los dueños de los predios ribereños si la restauración arbórea de éstos se impone por razones de interés físico o social.

Por todo lo expuesto, aconsejamos la creación de un marco regulador fuerte en España (una ley básica) para los acuerdos voluntarios, que permita exigir un riguroso cumplimiento y tomar medidas claras y efectivas contra los que lo violan<sup>1408</sup>.

<sup>1408</sup> Además, no deberían considerarse como alternativas a las formas tradicionales de regulación, sino más bien como herramientas complementarias o adicionales para conseguir los resultados deseados. Los organismos reguladores deben confiar en que, con dichos acuerdos, pueden lograr los resultados necesarios. La reciente Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, no ha previsto sectorialmente esta posibilidad.

## IV. LA GESTIÓN PACCIONADA DE LOS ESPACIOS PROTEGIDOS

### 1. Introducción

Ya hemos visto cómo en Francia y en Italia se ha desarrollado una auténtica política de colaboración de los propietarios de terrenos ambientalmente cualificados en la protección de espacios naturales protegidos por las Administraciones Públicas. Aunque en España no se haya llegado a previsiones de tanto alcance como las de la francesa ley *Paysage* (que evoca una amplia gama de instrumentos paccionados de gestión de dichos espacios), sí existen ya previsiones inequívocas que introducen dichos mecanismos. Las razones, una vez más, son de índole económica, ideológica y de eficacia administrativa: la diversificación de figuras de tutela administrativa de los espacios naturales y una sensibilidad ambiental de los ciudadanos que parece llegar a la hiperestesia han llevado a un aumento exponencial del número de declaraciones de estos espacios, manteniéndose, sin embargo, los presupuestos públicos destinados a su gestión. El recurso a la introducción de los propietarios y titulares de los predios afectados por la declaración en el mantenimiento de los valores naturales del espacio no es sólo un mal menor sino que obedece a una búsqueda positiva del “savoir faire” de los particulares, quienes conocen mejor que nadie las peculiaridades de la protección de sus fincas.

En España son ya varias las normas ambientales que aluden a una gestión paccionada de los espacios protegidos, que tienen como fundamento la Disposición Adicional 6ª de la Ley 4/1.989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, que, a pesar de carecer de carácter básico, ha sido asumida por varias CC.AA. en virtud de sus competencias para dictar normas adicionales de protección del medio ambiente y para gestionar espacios protegidos propios. Además, en principio, cualquier instrumento jurídico es válido para gestionar los espacios naturales si con él se cumplen los objetivos ambientales que motivaron su declaración (art. 11 Ley 4/1.989).

En el primer apartado se regulan las ayudas a conceder a ONGs, sobre todo, para fomentar, en régimen de libre competencia, su colaboración en la gestión y mantenimiento de las finalidades de la ley (entre ellas la conservación de los espacios protegidos). Estas ayudas no sólo podrán ser usadas para realizar tareas de voluntariado ambiental (información y divulgación para visitantes) sino también servir para sufragar proyectos de gestión compartida de los espacios protegidos (anillamiento de aves, vigilancia de caudales ecológicos, observación y estudios sobre biodiversi-

dad, etc.). La compra de propiedades para su cuidado por las propias organizaciones es poco usual en nuestro país, a diferencia de lo que ocurre en Francia, donde el *droit foncier* para la tutela compartida de espacios naturales ha tenido tanto desarrollo<sup>1409</sup>, permitiendo la celebración de convenios de gestión de espacios naturales celebrados *in personam*, siendo calificados de contratos de delegación de servicio público.

Las delegaciones de servicio público han sido reafirmadas por la jurisprudencia contenciosa menor como una categoría autónoma e independiente de contrato administrativo resultante de otras dos especies más conocidas como son el *affermage* (un contrato de arrendamiento de obras, que el contratista –*fermier*– debe explotar por un tiempo determinado) y la concesión (en la que ese contratista, además, está encargado de costear y realizar las obras correspondientes). En el momento en que la Administración encarga al *fermier* la construcción de determinadas obras, la jurisprudencia administrativa tradicionalmente entendía que se producía una alteración de la naturaleza del contrato, convirtiéndose éste en una concesión<sup>1410</sup>. Pero la sentencia de 31 de enero de 1.997 del Tribunal Administrativo de Grénoble ha postulado para estos casos no la conversión referida sino el encuadramiento de estos contratos de *affermage* reconvertidos en la categoría de delegación de servicio público, que obedece a sus propias reglas y que tiene por objeto la delegación por una Administración Pública a un tercero de la gestión de un servicio público, ya prevista en las leyes de 1.993 y 1.995 citadas arriba. Con una decisión jurisprudencial de tal calibre se viene a reforzar el equilibrio prestacional de las dos partes (pues el *fermeur* no corre el peligro de ver extinguido su contrato cuando la Administración le exige la realización de determinadas obras) y se produce el tránsito a la nueva

<sup>1409</sup> La celebración de contratos privados entre Administraciones y propietarios de terrenos colindantes a los parques con la intención de incorporarlos a los mismos es ejemplo de esta especie de "derecho hipotecario ambiental" (Disposic. Adic. 5ª Ley 41/1.997, de 5 de noviembre, de modificación de la Ley 4/1.989). En idéntico sentido, el art. 3.2 de la Ley 33/1.995, de 20 de noviembre, de declaración del Parque Nacional de Cabañeros; el art. 5, c) de la Ley 26/1.995, de 31 de julio, por la que se declara la reserva natural de las Salinas de Ibiza («Ses Salines»), las islas des Freus y las Salinas de Formentera; el art. 3.2 de la Ley 4/1.995, de 20 de marzo, de la C.A. de La Rioja, de Creación del Parque Natural de la Sierra de Cebollera; el art. 2.2,b) de la Ley 6/1.990, de 10 de mayo, de la C.A. de Madrid, de Declaración del Parque Natural de La Cumbre, Circo y Lagunas de Peñalara; art. 19 de la Ley 8/1.991, de 10 de mayo, de la C.A. de Castilla y León, de Regulación de los Espacios Naturales protegidos; o de la Ley 2/1.990, de 22 de febrero, de la C.A. de Islas Baleares, de Adquisición por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, de terrenos ubicados en el espacio denominado Cala Mondragó, de Santanyi, terrenos que se adquieren en sustitución de otras medidas exorbitantes, como dice su Exposición de Motivos; art. 4.2 de la Ley 2/1.989, de 18 de julio, de la C.A. andaluza, de **inventario de los de Andalucía y medidas adicionales para su protección; art. 2** Ley 4/1.988, de 26 de octubre, de la C.A. de Cantabria, de declaración del parque natural de Oyambre; art. 2 de la Ley 2/1.989, de 2 de abril, de la C.A. Andalucía, **Declaración como Reservas Integrales Zoológicas de doce lagunas de la provincia de Cádiz, etc...** Todos estos contratos tienen la particularidad de celebrarse *in tuitu rei*, al tener que reunir los terrenos colindantes la condición de tener parecidas características físicas y naturales a las del resto del espacio protegido.

<sup>1410</sup> Cfr. Conseil d'État, 6 mai 1.991, Syndicat intercommunal du Bocage, recueil CE, pág. 170, AJDA 1.991, pág. 717, note P. Subra de Bieusse; 26 septembre 1.994, commune de Labenne, DA 1.994, nº. 588.

situación tras la exigencia de las obras por la Administración sin necesidad de abrir a la concurrencia el nuevo contrato. Al continuar siendo el titular del contrato se otorga una continuidad a la explotación que PEYRICAL estima beneficiosa para el interés general<sup>1411</sup>. El mismo carácter individualizado concurría también, como veíamos en el derecho comparado francés, en los contratos territoriales de explotación de la Ley de Orientación Agrícola.

De vuelta a España, la Estrategia Española de Uso Sostenible de la Diversidad Biológica es consciente de la deficitaria regulación de esta posibilidad de constituir reservas privadas, algunas de las cuales han empezado ya a constituirse por diversas ONGs (algunos municipios también gestionan así bienes inmuebles patrimoniales). En ella se hace alusión a cómo la utilización del Derecho Privado se ve entorpecida por los costos de transacción (se contemplan los negocios *inter vivos* o *mortis causa* como si fueran negocios mercantiles con ánimo de lucro y se gravan fiscalmente de la misma manera) y por los clásicos límites de los efectos reales de las limitaciones de la propiedad (límites de las sustituciones fideicomisarias, por analogía). Todos los ordenamientos que modernamente se han replanteado sus sistemas de espacios (prototípicamente el francés, y también el inglés) han admitido plenamente las reservas privadas con o sin propiedad (acuerdos entre propietarios y las ONGs) y es así que la Estrategia española plantea que también lo haga la legislación española (una reforma de la Ley 4/1.989 que regulara su régimen de derecho civil, pero dejando a las Comunidades Autónomas la potestad normativa suficiente para elaborar los modelos de aplicación en su territorio de este principio permisivo de las reservas privadas)<sup>1412</sup>.

Alguna doctrina llega incluso a solicitar que se invierta la tendencia al empleo de técnicas administrativas de intervención y limitación y que se recurra más a las ayu-

<sup>1411</sup> Vid. PEYRICAL, J.-M., *Délégation de service public. Une catégorie juridique à part entière*, en *Le Moniteur*, 28 mars 1.997, n.º. 4.870, pág. 47, quien estima que ello no sólo no empece sino que aplica los preceptos de la *Loi Sapin*, en concreto de su art. 40, que permite la prolongación de las convenciones de delegación de servicio público por motivos de interés general o en casos de inversiones materiales no previstas en el contrato inicial.

<sup>1412</sup> La magna obra planificadora que va a suponer la Estrategia Española de Uso sostenible de la Diversidad Biológica va incluso más allá, proponiendo que la Dirección General de Conservación de la Naturaleza (Secretaría General de Medio Ambiente), comience a inventariar dichas reservas privadas para plasmarlas en la cartografía, con vistas a proponer a las Comunidades Autónomas su integración como Red a medio o largo plazo. De todas formas, ciertos condicionamientos de Derecho Administrativo serían absolutamente deseables en su régimen jurídico, como la integración de estas figuras privadas de conservación en la política pública de espacios naturales por medio de los convenios de colaboración (de carácter administrativo, ex art. 3.2, d) TRLCAP) que se celebren entre propietarios, ONGs y Administraciones y su financiación compartida con dichas Administraciones, gracias a las subvenciones previstas en la Disposición Adicional Sexta de la Ley 4/1.989. Una regulación clara de estos convenios (al estilo de los franceses o de los "conservation agreements" anglosajones) y de los incentivos económicos que motivarían su suscripción, se hace por ello necesaria. Cabría pensar, se nos ocurre, en condicionar una hipotética exención del Impuesto de Transmisiones patrimoniales que se derivara de la compraventa de un bien inmueble entre un propietario y una ONG conservacionista, a la celebración de un convenio entre ésta y la C.A. correspondiente para integrar la reserva privada en la red autonómica de espacios, y para poder disfrutar de subvenciones públicas.

das e incentivos, en campos del Derecho Ambiental tan poco acostumbrados a ello como la protección de la fauna salvaje, para la que existen planes de recuperación, de conservación de hábitats, de conservación y de manejo, a elaborar por las CC.AA. respecto de aquellas especies incluidas en el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas (art. 31.6 Ley 4/1.989)<sup>1413</sup>.

Respecto de las ayudas a los propietarios o usufructuarios de los terrenos incluidos o adyacentes a los espacios protegidos o en cuyo interior se encuentre flora o fauna protegida por los valores de la ley, servirán para que aquéllos lleven a cabo sobre los mismos cualesquiera programas de conservación, o los planes de recuperación de especies en peligro de extinción y hábitats cuya alteración afecta a determinadas especies sensibles, recogidos en el art. 31 de la ley. Estos últimos planes, podrán ser elaborados por las CC.AA. en colaboración con los propietarios interesados y afectados por los mismos, por lo que en ellos podrán determinarse las ayudas administrativas a conceder y las contraprestaciones de cuidado de las especies y hábitats que se exijan a los particulares<sup>1414</sup>.

Como se ve, en ambos casos se trata del recurso de la Administración a los particulares para que colaboren con ella en la realización de tareas de interés público, lo que se consigue fomentando económicamente la iniciativa privada. Esta Disposición Adicional Sexta fue desarrollada por el Real Decreto 873/1.990, de 6 de julio, del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, por el que se establece un régimen de ayudas para actividades privadas en materia de conservación de la naturaleza. En él se prevén ayudas, si bien limitadas, como resalta LÓPEZ RAMÓN, a la adquisición de terrenos en los espacios protegidos oficialmente, esto es, para las actividades dirigidas a la conservación de los espacios naturales protegidos y de las especies amenazadas de la flora y fauna silvestres<sup>1415</sup>. Los beneficiarios serán las perso-

<sup>1413</sup> La rigidez y dificultad técnica de los planes (que en materia faunística son puramente limitativos y destinados a establecer medidas principalmente prohibitorias) ha hecho que se aprueben pocos en nuestro país, y que las CC.AA. renuncien a la ardua tarea de su preparación y desarrollo. Por el contrario, son ejemplos a seguir la Orden de 17 de marzo de 1.999 de la Consejería de Desarrollo Autónomo, Administraciones Públicas y Medio Ambiente de La Rioja, donde se conceden ayudas para actividades agrarias compatibles con la protección de zonas de especial protección para las aves y en espacios naturales de la Comunidad; y la Orden de 7 de julio de 1.999 del departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalidad de Cataluña. Cfr. NIETO GARRIDO, E., *La protección de la Fauna salvaje en el Ordenamiento jurídico español*, editorial Lex Nova, Valladolid, 2.001, págs. 251-254.

<sup>1414</sup> Evidentemente, aquí se excluiría el principio de competencia y publicidad, en la medida en que la Administración sólo puede concertar esos planes y pactos con esos propietarios, y no con otros. Si cabría aplicar el principio de competencia si, por discrecionalidad administrativa, se decidiera que los planes no cubrirían a la totalidad de particulares afectados, sino que se optara por concluirlos individualmente con uno o varios propietarios, dejando otro/s grupos al margen.

<sup>1415</sup> Cfr. LÓPEZ RAMÓN, F., *La protección voluntaria de espacios naturales y el régimen de fomento de la agricultura sostenible*, III Congreso Nacional de Derecho Ambiental, Fundación Biodiversidad-Ministerio de Medio Ambiente, Barcelona, 2.000, pág. 51. Para este autor, se hace preciso avanzar por la senda de los instrumentos

nas físicas o las jurídicas de naturaleza privada, con título de propiedad o de otro derecho real, que ejecuten proyectos de conservación en terrenos ubicados en un espacio natural protegido estatal o autonómico, así como proyectos de conservación de las especies de la fauna y la flora silvestres incluidas en las categorías de máxima protección del Catálogo Nacional de Especies Amenazadas, esto es, “especies en peligro de extinción, vulnerables o sensibles a la alteración de su hábitat. Asimismo, las asociaciones ecologistas o conservacionistas podrán también ejecutar los citados proyectos, fomentados por las ayudas que este Real Decreto les concede para adquirir o constituir derechos reales determinadas propiedades afectas a los deberes de conservación del espacio protegido, en los que puedan desarrollarse proyectos de protección mencionados arriba.

Todo este régimen de ayudas se presta a la concesión paccionada, ya sea dentro del procedimiento recogido en el Real Decreto, ya sea como medida de fomento para la perfección de concretos convenios de colaboración a celebrar con determinadas asociaciones, propietarios o grupos de propietarios, y ello porque, en principio, cualquier tipo de ayuda pública para la realización de actividades privadas de interés ambiental intitula a la Administración (por el margen de actuación que concede el art. 4 del TRLCAP sobre libertad de pactos) para suscribir acuerdos extraprocedimentales con sujetos concretos, al margen de estrictos procedimientos de concurrencia competitiva, bien por tratarse de titulares de terrenos concretos o por haber planteado a la Administración proyectos de recuperación o conservación similares o idóneos a los que, discrecionalmente, llevaría a cabo la Administración en aras de su potestad de planificación de los recursos naturales del espacio protegido<sup>1416</sup>.

La elección entre la terminación unilateral del procedimiento de otorgamiento de una ayuda o la celebración de un convenio con una persona determinada (por ser la

\*\*\*\*\*  
voluntarios de protección paccionada de los espacios naturales, como herramienta que complemente las tradicionales armas coercitivas de tutela pública (declaraciones, reglamentaciones, prohibiciones, autorizaciones, sanciones, pág. 48-49), si bien se requeriría de un mayor esfuerzo en una doble plano: normativo, que otorgue un marco jurídico adecuado a las inconexas y débiles experiencias alegales de gestión voluntaria actualmente existentes (experiencias llevadas a cabo por la Sociedad Española de Ornitología o la Asociación de Defensa de la Naturaleza, que han comprado terrenos para solucionar concretos problemas ambientales así lo ponen de relieve (pág. 51)); y doctrinal, como ha sucedido en Francia, que exija la colaboración entre especialistas de Derecho Público y Derecho Privado (baste aludir, de nuevo, a la espléndida obra colectiva coordinada por CATHERINE GIRAUDEL, que hemos glosado cuando tratamos el tema en ese país (pág. 52).

<sup>1416</sup> En este Real Decreto, por ejemplo, la determinación de los plazos para cumplir cada etapa del proyecto a desarrollar por los propietarios o asociaciones, de las propias determinaciones del mismo o de la vigencia de los compromisos de conservación podrían ser perfectamente determinados convencionalmente mejor que de manera unilateral por el Estado o la Comunidad Autónoma. El límite de la ayuda será no ir más allá del coste de los compromisos de conservación asumidos por la parte privada, ya sea por el importe de la ayuda estatal o por la suma a ésta de la hipotética ayuda autonómica que se le sume en virtud de los convenios de colaboración interadministrativos que se celebren al efecto entre el Estado y las CC.AA.

titular de un terreno concreto, que hace que el convenio sea celebrado, a fin de cuentas, *in personam*) es absolutamente lícita para una Administración, con las siguientes condicionantes: en principio, la regla general será la concesión de la ayuda dentro del procedimiento que la norma que la convoca establezca al efecto, con respeto exquisito de los principios de publicidad y concurrencia; para casos en los que a la Administración le interesa convenir con una persona determinada –por ser perfeccionados *in personam*, ya se trate de convenios *in tuitu rei* o *in tuitu personae*–, y siempre que (previa interpretación de los criterios recogidos en la norma sobre selección de los candidatos), considere que dicha persona no saldría agraciada con el otorgamiento de una ayuda, podrá celebrar con ella un convenio. Y ello, porque para esos casos concretos no se estaría vulnerando el principio de libre concurrencia ni el de publicidad de las subvenciones que recoge, entre otras, la LGP, ya que sólo esa persona puede cumplir con los fines generales de protección ambiental que la Administración considera discrecionalmente dignos de tutela.

No cabría hablar, por ello, de conculcación del principio de igualdad, puesto que en estos casos se entiende éste materialmente, como tratamiento diferenciado a los diferentes, a personas que, por ser encarnación de unos preciosos intereses públicos que sólo ellas pueden satisfacer en ese concreto punto y momento, tienen que ser atraídas hacia la Administración, hacia el bien común, por medio de convenios singulares. Esta reflexión nos sirve para todos los convenios de colaboración extraprocedimentales (celebrados en el ámbito del art. 4 TRLCAP a través del art. 3.1, d) del mismo), así llamados en confrontación con los convenios intraprocedimentales del art. 88 LRJAPyPAC.

## 2. La posibilidad de celebración de convenios en las áreas de influencia socio-económica de los Parques Nacionales

La Ley 4/1.989 de 27 de abril, sobre Conservación de Espacios Naturales, Flora y Fauna silvestres, establece en su art. 18.2 el régimen de las áreas de influencia socio-económica de los parques nacionales, que se establecerán con el fin de contribuir al mantenimiento de los espacios naturales protegidos, y compensar socioeconómicamente a las poblaciones afectadas en sus disposiciones reguladoras, con especificación del régimen económico y compensación adecuada al tipo de limitaciones. **Estas Áreas estarán integradas por el conjunto de los términos municipales donde se encuentre ubicado el espacio natural de que se trate y su Zona Periférica de Protección.**

Cumpliendo con los postulados compensatorios de ese art. 18.2, el Real Decreto 940/1.999, de 4 de junio, por el que se aprueba el Reglamento sobre la determinación y concesión de subvenciones públicas estatales en las áreas de influencia socioeconómica de los Parques Nacionales, ya no sólo permite acceder a las mismas, como beneficiarios, a las Corporaciones locales, sino también a las propias empresas privadas, particulares e instituciones sin fines de lucro asentadas en los términos municipales incluidos en el ámbito geográfico del parque nacional. No se trata con estas subvenciones de hacer compatibles los usos agrícolas llevados a cabo en esa zona con los requisitos ambientales que se derivan de esa figura de protección (regulación contenida en el Real Decreto 632/1.995, de 21 de abril, por el que se establecía un régimen de medidas a aplicar en las zonas de influencia de los parques nacionales y de otras zonas sensibles de especial protección, para fomentar el empleo de métodos de producción agraria compatibles con las exigencias de la protección del medio ambiente y la conservación del espacio natural), sino de las subvenciones a conceder para un más genérico desarrollo sostenible y la mejora de la calidad de vida de las personas residentes en esas áreas.

Estas ayudas, aunque nada se diga en esta norma, podrán ser concedidas mediante instrumentos paccionados, valiendo lo que ya llevamos dicho acerca de la compatibilidad de estos mecanismos con una concesión de las ayudas en régimen de concurrencia competitiva<sup>1417</sup>. El objeto de dichos acuerdos serían aquellas medidas o proyectos viables, a realizar por los interesados por un plazo de tres años y que supongan un desarrollo socioeconómico ambientalmente compatible (art. 5.2, letras a) a f)) o determinadas actuaciones directamente encaminadas a la protección ambiental (art. 5.2, letras g), h) i j)), como la conservación de la fauna y flora, restauración de impactos visuales o restauración de los cursos fluviales.

La negociabilidad del objeto de esos proyectos se compadece bien con la obligación de los candidatos a incluir en su solicitud de ayuda el compromiso de ejecutar el proyecto completo o parte de él (y en qué grado) en caso de que se concediese una cuantía subvencional inferior a la solicitada (art. 8.4, e)) o una memoria de actividades a ejecutar acompañadas de presupuesto detallado (art. 8.5, b)). Los compromisos a cumplir por las empresas, personas individuales o ONGs podrán aumentar en la medida que recoge el art. 9, aumentando las iniciativas económicas ligadas a la conservación de la naturaleza, el contenido de los programas que apoyen los valores naturales de la comarca o de los proyectos que contribuyan a la conservación de los procesos naturales que justificaron la declaración del parque nacional. Igualmente

\*\*\*\*\*  
<sup>1417</sup> La terminación convencional de estos procedimientos administrativos de concesión de ayudas queda expresamente avalada con la remisión del procedimiento de concesión al Real Decreto 2.225/1.993, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento para la concesión de ayudas y subvenciones públicas, cuyo art. 7 así lo prevé.

podrán ser objeto de negociación la forma de pago de las ayudas (en un montante único o anualmente (art. 12.3) y la manera de determinar las actuaciones administrativas de comprobación, seguimiento e inspección de la aplicación de la subvención (art. 14.2, b)), cláusulas ambas muy típicas de los convenios ambientales.

### 3. El Plan Estratégico Español para la Conservación y Uso racional de los Humedales

Fue aprobado en octubre de 1.999 por la Comisión Nacional de Protección de la Naturaleza, integrada por representantes de todas las Administraciones. Se trata del primer desarrollo sectorial de la Estrategia de Diversidad Biológica y pretende detener la degradación que han venido experimentando en los últimos años nuestros humedales, sobre todo los costeros<sup>1418</sup>.

El propio plan es fruto del trabajo conjunto de las Administraciones y los agentes sociales. Los requisitos ambientales que establece son exclusivamente los que ya existen en la normativa vigente, característica muy común a todos los instrumentos paccionados de tutela ambiental en España, la mayoría de ellos, como estamos comprobando, aplicativos de la legislación. En su redacción se deja notar un cambio en la manera tradicional de gestionar los espacios protegidos, dando entrada a organizaciones, ONGs y particulares. En esa línea se enmarcan algunos de los diez objetivos generales que recoge el plan, entre los que se encuentran:

- el reforzamiento del protagonismo de las instituciones, organizaciones y entidades privadas, a las que se insta a emprender acciones que vayan desde la formación hasta su integración en los órganos de gestión de los humedales, tanto de los gestionados por la Administración Pública como por entidades; por supuesto, en esa escala de actuaciones cabría pensar en el desarrollo de fórmulas paccionadas de protección, al estilo francés, como ya vimos.
- garantizar una gestión integrada de los humedales, estableciendo órganos y comités de gestión plurales;

<sup>1418</sup> Para ello, se trabaja actualmente en la realización de un catálogo español de humedales, tras lo cual se deberán aprobar los planes de acción correspondientes, con una vigencia de 10 años, en los que se contará con la colaboración de los propietarios de zonas comprometidas, con los que se podrían ensayar formas paccionadas de gestión de sus terrenos.

- el reforzamiento de la cooperación entre instituciones, organismos y entidades gubernamentales con ONGs, en los que entren las entidades privadas y el sector privado implicado. Se establece un marco general de colaboración para hacer más efectiva la recuperación de los humedales;

- por último, la creación de un “Fondo Humedales” en el que se vierta toda la asistencia financiera posible, proveniente tanto de Administraciones públicas como de aportaciones particulares (empresariales, por ejemplo).

- cada Administración estará encargada de planificar el uso y gestión de los humedales ubicados en su ámbito territorial, con lo que ello implica de afectación del planeamiento urbanístico, por ejemplo. En cada una de esas estrategias se aconseja contar con la colaboración privada.

#### 4. La colaboración de entidades sin ánimo de lucro en la gestión de la Red de Parques Nacionales

La creación de la Red de Parques Nacionales por la Ley 41/1.997, de 5 de noviembre, por la que se modifica la Ley 4/1.989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres ha mejorado la relación entre los parques nacionales y la sociedad, al centralizar la gestión, conservación, divulgación informativa<sup>1419</sup> y, en general, las líneas de actuación administrativas comunes a todos los parques nacionales. Efectivamente, el art. 22.2 de ésta ha supuesto la inclusión de cada parque nacional declarado en dicha red. Esa misma Ley 41/1.997 ha añadido a la política de los parques nacionales una nueva modalidad de planificación al que se tendrán que adaptar los planes de ordenación de los recursos naturales y los planes rectores de uso y gestión de cada parque: el Plan Director de la Red Nacional de Parques Nacionales, en el que se determinan las líneas de generales de actuación de la Red de Parques Nacionales<sup>1420</sup>.

<sup>1419</sup> De índole propagandística parecen también los convenios de colaboración que podrá celebrar, en el marco de la reserva natural «Los Galachos de la Alfranca de Pastriz, la Cartuja y el Burgo de Ebro», declarada así por Ley 5/1.991, de 8 de abril, de la Comunidad Autónoma de Aragón, las Administraciones correspondientes con otras entidades públicas o privadas que manifiesten su interés en coadyuvar a la gestión de la Reserva o en la promoción y difusión de actividades naturalistas a realizar en la misma o en su entorno (art. 15.3).

<sup>1420</sup> El punto 5º del Plan Director desarrolla los objetivos generales del Plan y los concreta en un programa de actuaciones de la red, con epígrafes y subepígrafes en los que cabe citar, por su relación con el tema que tratamos en este apartado: la identificación de las áreas representativas de los sistemas naturales, evaluación de la calidad ambiental en que se encuentra la biodiversidad amenazada de la Red, determinación de la capacidad de acogida de los parques nacionales, directrices de interpretación de la naturaleza, creación de un programa de voluntariado social en parques nacionales, establecimiento de los criterios de desarrollo sostenible, desarrollo de programas de ayudas públicas para compatibilizar las actividades económicas de los parques y sus zonas de influencia socioeconómica con la política de conservación de la Red, promoción de la imagen de la misma, etc.

Pues bien, entre los objetivos del Plan Director (establecidos por Real Decreto 1.803/1.999, de 26 de noviembre, por el que se aprueba el Plan Director de la Red de Parques Nacionales) se establece el establecimiento de las directrices necesarias en materia de conservación, uso público, investigación, formación, educación, sensibilización social y desarrollo sostenible, y el favorecimiento del desarrollo de una conciencia ciudadana de aprecio por los parques nacionales, canalizando la colaboración ciudadana en el proceso de toma de decisiones. Es más, la consecución de dichas metas no sólo quedará al albur de las propias Administraciones implicadas en la gestión de los parques (Estado y CC.AA., sobre todo), sino que también podrán actuar como coadyuvantes y colaboradores en esa tarea pública los propietarios de tierras incluidas en el término del parque nacional y las entidades sin ánimo de lucro y ONGs cuya finalidad y razón de ser sean similares a los objetivos del Plan Director de la Red de Parques Nacionales.

Una de las directrices generales del plan director de la red de parques nacionales es, nada menos, que hacerse con el control de los derechos reales y terrenos incluidos dentro del perímetro del parque, “en particular en aquellos casos en que resulte imprescindible para el logro de los objetivos del parque”. Esta “publicación” se hará –dice literalmente la norma– a través de acuerdos voluntarios, término que aquí parece querer significar más la compra o expropiación amistosa por medio de un convenio que un puro “acuerdo ambiental” en el que se delimiten las obligaciones y derechos de ambas partes. Se trata, pues, de una incorrecta alusión al término “acuerdos voluntarios” que aquí no significa lo que en sentido estricto venimos explicando, es decir, negocios jurídicos generalmente de carácter no patrimonial (lo que les distingue de los contratos, entre otras cosas) en los que el particular colabora en la función pública de protección del medio ambiente a cambio de determinados incentivos o medidas de fomento administrativo.

En relación con los primeros, el apartado 5.1, b) del Plan Director de la Red ha recogido, como directriz determinadora de los objetivos del plan, la necesidad de *“establecer un marco de colaboración con los titulares de derechos afectados para facilitar la consecución de los objetivos de los parques. A tal fin se inventariará la situación de las propiedades, y los derechos reales en los parques nacionales y se evaluará su repercusión en la gestión, en colaboración con las Comisiones Mixtas de Gestión de los diferentes parques”*. Dicho marco de colaboración, a fijar por el organismo autónomo Parques Nacionales, aun no establecido, podrá llevarse a cabo por medio de los respectivos convenios de colaboración que se puedan celebrar entre cada propietario o grupo de propietarios con los respectivos Patronatos o Comisiones Mixtas de gestión de cada parque.

Respecto de las segundas, anualmente saldrán a la luz convocatorias públicas de subvenciones y ayudas a conceder a dichas entidades y ONGs. En el año pasado, dicha convocatoria prevenía que fueran beneficiarias de las ayudas aquellas entidades de ámbito estatal que establecieran proyectos que implicaran actuaciones claramente relacionadas con la proyección social de la Red y con la consecución de sus objetivos<sup>1421</sup>, entre los que se encuentran los de planificación de las directrices de gestión de los parques nacionales<sup>1422</sup>.

Esta especie de delegación o descentralización de funciones públicas en entidades privadas ya ha sido enmarcada en el capítulo primero dentro del principio de colaboración, fenómeno jurídico-administrativo en clara expansión en nuestra ciencia jurídica. Para este caso en particular, la concesión paccionada de las ayudas está prevista implícitamente en la Disposición Adicional Única de la orden, donde remite expresamente en lo no previsto por la misma. La terminación convencional de estos procedimientos de fomento permitiría flexibilizar la cuantía de las ayudas (limitada hasta el límite de no poder superar la totalidad del costo los programas planteados por las entidades privadas) y la mayor o menor onerosidad de los compromisos de gestión asumidos por las entidades, en atención a los criterios de valoración de las solicitudes por ellas presentadas, plasmados en la base octava de la convocatoria<sup>1423</sup>.

En fin, citemos ahora algunos ejemplos aplicativos de la gestión paccionada de espacios naturales:

## 5. La normativa sobre Monumentos Naturales de Andalucía

El Decreto 225/1.999, de 9 de noviembre, de la Consejería de Medio Ambiente, regula y desarrolla la figura del Monumento Natural de Andalucía. Se trata de una

\*\*\*\*\*  
<sup>1421</sup> Las ayudas se convocaron a través de la Orden de 14 de septiembre de 2.001, por la que se establecen las bases reguladoras y se convocan subvenciones para el desarrollo, por las entidades sin ánimo de lucro y las organizaciones no gubernamentales, de actividades relacionadas con la Red de Parques Nacionales durante el ejercicio de 2.001.

<sup>1422</sup> Entre los primeros parques nacionales en integrar a entidades privadas en la gestión pública de los mismos estaba el de la Montaña de Covadonga, que para la investigación y seguimiento ambiental recogía entre las directrices de su plan rector de uso y gestión (aprobado por Real Decreto 2.305/1.994, de 2 de diciembre, del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación) la posibilidad de que el entonces Instituto Nacional para la Conservación de la Naturaleza pudiera establecer convenios de cooperación con entidades científicas para la realización de estudios encaminados a mejorar el conocimiento del Parque Nacional. Más normal es, empero, la existencia de convenios interadministrativos entre el ICONA, los Ayuntamientos afectados o las CC.AA. (Timanfaya, Cabrera, etc).

<sup>1423</sup> Y entre los que cabe resaltar la concordancia del proyecto con los objetivos de la Red de Parques Nacionales, la eficacia de las acciones propuestas, la creación de empleo o la continuidad temporal de la actuación más allá de la mera ejecución de las medidas planteadas, criterios todos ellos que dejan margen para un reforzamiento paccionado entre las partes.

figura establecida en la regulación básica, que no es otra que la Ley 4/1.989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres (art. 12), que incluye dicha figura dentro de la categoría de los espacios naturales protegidos<sup>1424</sup>. Por su parte, la normativa autonómica (la Ley andaluza 2/1.989, de 18 de julio, de Inventario de los Espacios Naturales Protegidos de Andalucía, que establece normas adicionales para su protección), hace alusión puntual al Monumento Natural, pero sin profundizar en su desarrollo. En esa ley también se alude a las reservas naturales concertadas, que también son objeto de convenios de colaboración<sup>1425</sup>, a semejanza de lo que ocurre en la Ley de Espacios Naturales de Cataluña, Ley 12/1.985, de 13 de junio<sup>1426</sup>.

Este Decreto apuesta por un sistema enteramente paccionado en la declaración y gestión de los monumentos naturales, cuya relación con el medio ambiente es clara, en la medida en que se conceptúan (art. 3) como los “espacios o elementos de la naturaleza constituidos básicamente por formaciones con notoria singularidad, rareza o belleza, que merecen ser objeto de una protección especial, y las formaciones geológicas, los yacimientos paleontológicos y demás elementos de la gea que reúnan un interés especial por la singularidad o importancia de sus valores científicos, ecoculturales o paisajísticos.” En su tipología, cabe la protección de valores geológicos, bióticos o de carácter ecoculturales. Todo en esta norma rezuma el espíritu de colaboración y corresponsabilidad que anima nuestro tema de estudio<sup>1427</sup>.

<sup>1424</sup> En su art. 16 los define como espacios o elementos de la naturaleza constituidos básicamente por formaciones de notoria singularidad, rareza o belleza, que merecen ser objeto de una protección especial, así como las formaciones geológicas, los yacimientos paleontológicos y demás elementos de la GEA que reúnan un interés especial por la singularidad o importancia de sus valores científicos, ecoculturales o paisajísticos.

<sup>1425</sup> En la Ley 2/1.989 se regulan también las Reservas Naturales Concertadas, que permiten la protección de determinados predios a instancia de sus propietarios (art. 2.c). Se entiende por Reserva Natural Concertada aquellos predios que, sin reunir los requisitos objetivos que caracterizan las figuras declarativas previstas en los apartados anteriores (parajes naturales y parques periurbanos) y en la legislación básica estatal, merezcan una singular protección, y que sus propietarios insten de la Administración ambiental la aplicación en los mismos de un régimen de protección concertado. A tal objeto, previo Acuerdo del Consejo de Gobierno, la Agencia de Medio Ambiente podrá celebrar convenios de colaboración con los interesados, en donde se concretarán los distintos regímenes de protección aplicables y los usos permitidos, en atención a las características de cada predio en particular. La razón por la que sólo esta figura ha sido elegida como susceptible de concertación con los propietarios de los terrenos que las conforman, y no las otras dos citadas u otras diferentes, es por su menor interés ambiental, ya que se trata de una figura que no protege singulares valores faunísticos ni florales ni se dedica a valores recreativos, por ejemplo.

<sup>1426</sup> Las figuras voluntarias de tutela en los espacios naturales protegidos tienen su origen en España en la derogada Ley 15/1.975, de 2 de mayo, de Espacios Naturales Protegidos, que preveía la declaración formal, a instancias del propietario, de un fundo privado como objeto de protección pública, luego trasladada, por ejemplo, a la Ley 91/1.978, de 28 de diciembre, del Parque Nacional de Doñana, con la figura de la iniciativa privada para la ampliación del espacio protegido.

<sup>1427</sup> La Exposición de Motivos es bastante explícita, cuando explica que “La participación de las distintas Administraciones así como de los propietarios implicados es otro de los ejes principales de la presente regulación de la figura de Monumento Natural en Andalucía. Esta participación se organiza por varias vías, apoyándose a través de convenio la intervención en la gestión de las personas y entidades implicadas en la conservación del espacio. Por tanto, se trata de una figura que busca el consenso en el reconocimiento de los valores naturales singulares de Andalucía, y que pretende implicar a los ciudadanos en la protección de su patrimonio natural y cultural, mediante el reconocimiento público que supone la declaración de un espacio o elemento como Monumento Natural.”

La participación privada se hace ya evidente desde el enunciado de los principios inspiradores de la gestión paccionada de esta figura de protección, que son el principio de monumentalidad (que centra la declaración de aquel espacio o lugar sobre los que comúnmente se reconocen por la mayoría de los ciudadanos), el de corresponsabilidad (de los interesados en la protección), o el de gestión asistida (directa por la Consejería de Medio Ambiente pero asesorada y ayudada por el conjunto de la sociedad).

La iniciativa en la declaración se producirá siempre de oficio, si bien los interesados podrán excitarla mediante la presentación de una Memoria Técnica que describa el monumento e identifique a sus propietarios y el régimen jurídico del suelo que ocupan. En su gestión participarán directamente los titulares de las fincas. En efecto, la gestión depende de la Consejería de Medio Ambiente, quien podrá delegarla a las Corporaciones locales pertinentes, y, sobre todo, suscribir convenios con los titulares de las fincas incardinadas en los monumentos naturales, así como con las entidades públicas o privadas cuyos fines estén relacionados con la conservación de los espacios naturales protegidos (art. 24). También podrán hacerlo la comunidad local en que se circunscriben, por medio de la afortunada figura del voluntariado ambiental.

En estos convenios se podrán conceder a los propietarios de las fincas, como contraprestación administrativa de fomento para su firma, la determinación favorable de aquellos usos para cuya realización no sea necesaria licencia administrativa, o incluso la concesión de aquellas autorizaciones necesarias para el resto de actividades a realizar en el interior del área del monumento, siempre que su otorgamiento no ponga en peligro los valores del espacio protegido (art. 30).

De similar naturaleza son los convenios de colaboración que se dan en la Comunidad Autónoma castellano-leonesa para la administración de sus espacios naturales<sup>1428</sup> y algunos otros<sup>1429</sup>.

<sup>1428</sup> El art. 38.4 de la Ley 8/1.991, de 10 de mayo, que regula los espacios naturales de la Comunidad de Castilla y León dice que "La Consejería (de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio), previo acuerdo de la Junta de Castilla y León, podrá celebrar convenios o constituir consorcios de colaboración con otras Administraciones, Entidades científicas universitarias o relacionadas con la conservación de la naturaleza para encomendar la gestión de Reservas Naturales Científicas y Monumentos Naturales, en cuyo caso para las primeras no se nombrará Director-Conservador. La Dirección General ejercerá, en todo caso, una función de tutela velando por el cumplimiento de las finalidades recogidas en la declaración del espacio natural."

<sup>1429</sup> También es digna de mención la Ley de la C.A. de las Islas Canarias 12/1.994, de 19 de diciembre, de Régimen jurídico de Espacios Naturales Protegidos. En su art. 35.4 recoge que "La gestión de los Sitios de Interés Científico podrá realizarse mediante Convenio entre la Administración y los propietarios de los predios afectados.". El porqué de la elección de la categoría de los sitios de interés científico como únicas susceptibles de ser gestionadas mediante convenios con sus propietarios radica, posiblemente, en la especialidad de la función para la que ésta existe, así como en la posibilidad fáctica y técnica de ser cumplidas por las limitadas posibilidades de los propietarios. En concreto, el art. 14 define los sitios de interés científico como "aquellos lugares naturales, generalmente aislados y de reducida dimensión, donde existen elementos naturales de interés científico, especímenes o poblaciones animales o vegetales amenazadas de extinción o merecedoras de medidas específicas de conservación temporal que se declaren al amparo de la presente Ley."

## 6. La Ley 11/1.994, de 27 de diciembre, de la C.A. Valenciana, de Espacios Naturales Protegidos

Esta ley parte de una concepción más favorable a los titulares de derechos afectados por la declaración de las diferentes figuras de protección de espacios que recoge. Por ello, en lugar de dejar al albur de la voluntad de los particulares la posibilidad de convenir, previendo convenios con los que atraerse hacia sí a los propietarios de los terrenos incluidos en el ámbito geográfico de los espacios protegidos, ha usado la poco habitual técnica de la autoimposición de una compensación, *ex lege*, de los daños o perjuicios que a dichos titulares les causa el régimen administrativo de tutela ambiental de dichos espacios prevista en la Ley.

A estos efectos, el art. 22 de la misma recoge una cláusula general de colaboración de la Generalitat Valenciana, que se obliga a prestar ayuda o colaboración técnica y económica a los titulares públicos y privados de derechos afectados por el régimen especial de los espacios protegidos, para el cumplimiento de los objetivos previstos en la presente Ley, con el fin de contribuir a su mantenimiento<sup>1430</sup>.

<sup>1430</sup> La Exposición de Motivos de la Ley es muy explícita de esta filosofía. La ley parte de la concepción de la juridicidad de la lesión o daño que puedan sufrir los derechos de los titulares de los predios afectados, de modo que se convierten en daños que los propietarios tienen el deber jurídico de soportar. Las ayudas que se establecen, sin embargo, no son indemnizaciones por responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, sino que se enmarcan fuera de ese ámbito, como compensación graciosa del Legislativo por las molestias ocasionadas, que bien podrían enmarcarse en las prestaciones económicas que prevé el art. 141 LRJAPyPAC para lesiones causadas por una actuaciones "jurídicas" en derechos de los administrados. Lo normal es que la norma que establezca la protección del espacio sólo recoja la indemnizabilidad de las lesiones ocasionadas sobre derechos que efectivamente puedan ser enmarcables en responsabilidad extracontractual de la Administración. Así lo recogen el art. 5.2 de la Ley 8/1.991, de 10 de mayo, de la C.A. de Castilla y León, reguladora de los espacios naturales, se muestra más restrictiva en la definición de las limitaciones a la propiedad que supongan una lesión efectiva, singular y evaluable económicamente para sus titulares, por afectar a actividades en ejercicio respecto a los usos permitidos en suelo no urbanizable y se deriven de la declaración del espacio natural o de sus instrumentos de planificación; el art. 5.4 de la Ley 33/1.995, de 20 de noviembre, de la C.A. de Castilla-La Mancha, de Declaración del de Cabañeros; el art. 13 de la Ley 7/1.990, de 28 de junio, de Protección de embalses y zonas húmedas de la Comunidad de Madrid; el art. 23.2 de la Ley 2/1.989, de 18 de julio, de la C.A. de Andalucía, de Inventario de los de Andalucía y medidas adicionales para su protección. Un tercer tipo de compensación por la afectación ambiental de los bienes inmuebles incluidos en la declaración de una figura protectora del espacio se haya en la indemnización por expropiaciones realizadas *ex lege*, como establece, verbigracia, el art. 2.3 de la Ley 4/1.988, de 26 de octubre, de la C.A. de Cantabria, por la que se declara el Parque Natural de Oyambre. Allí se dice que "El Consejo de Gobierno adoptará las medidas y habilitará los medios necesarios a efectos de expropiación de los bienes y derechos afectados en las zonas litoral y forestal.", si bien recoge dicha intervención como última ratio para la compensación por las lesiones ocasionadas, ya que la expropiación sólo podrá llevarse a cabo si los afectados no suscriben el correspondiente convenio con la Administración para que se les reinstaure en las afectaciones producidas en sus derechos reales. Así, se dice que "Esta facultad (la expropiación) sólo podrá ejercitarse en el caso de que los propietarios u otros titulares de aquellos bienes y derechos no convengan con la Administración Regional otras formas de indemnización o compensación de los daños y perjuicios.". (El paréntesis es nuestro). La misma previsión instaure el art. 6 de la Ley 2/1.987, de 2 de abril, de la C.A. andaluza, de Declaración como Reservas Integrales Zoológicas de doce lagunas de la provincia de Cádiz. En ambos casos se concentra la esencia de la pactación ambiental, como forma idónea del actuar administrativo más eficaz (y adecuado con el respeto que se merecen los administrados), que busca llegar a fórmulas de consenso en evitación del ejercicio de sus potestades administrativas más agresivas.

Sobre la indemnizabilidad de los menoscabos y limitaciones a la propiedad impuesta por la declaración de un espacio natural protegido ya se pronunció la STC 170/1.989, de 19 de octubre, en relación con la Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid 1/1.985, de 23 de enero, por la que se creaba el Parque Regional de la cuenca alta del Manzanares. Allí se consagraba la no indemnizabilidad de dichas limitaciones cuando no sobrepasaran la barrera del “uso tradicional y consolidado del bien”, por no suponer ello una invasión del contenido esencial de los derechos afectados, sino una mera función social ecológica de la propiedad agraria y forestal.

## **7. El Decreto 45/1.995, de 26 de mayo, de la Consejería de Medio Ambiente de Murcia**

Por el que se aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de Calblanque, Monte de las Cenizas y Peña del Águila, ha recogido en su seno la posibilidad de que la Consejería de Medio Ambiente llegue a acuerdos y convenios de gestión del parque regional. Así, para la protección del paisaje, será mediante estos instrumentos paccionados como los titulares de actividades económicas privadas ya existentes en el momento de aprobarse el PORN deberán de señalar su ubicación con señales que no tengan impacto visual, cuya forma y contenido se habrán de pactar (art. 18.2, b); igualmente se establecerán acuerdos con los organismos públicos o privados, que ostenten la titularidad de los conjuntos que, sitios en el ámbito territorial del parque, ostenten elementos dignos de conservación singularizada que determine su inclusión en el Catálogo de Elementos de Interés Singular, para proceder paccionadamente a su restauración, orientada a la utilización en funciones de gestión o administración del Parque Regional. (art. 19.4). Su art. 95.2 permite que la Administración Regional promueva, con los organismos públicos o privados, los convenios que estime pertinentes para la recuperación y restauración de las alteraciones derivadas de la actividad minera (escombreras, balsas, etc.), implicando a sus propietarios en tales actuaciones, en el caso de que fuere posible.

## **V. PACTOS Y ACUERDOS PARA COMPATIBILIZAR LA ACTIVIDAD AGRÍCOLA CON LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE**

En el capítulo dedicado al Derecho Comunitario de los instrumentos paccionados para la protección del medio ambiente vimos cómo los reglamentos que fija-

ban el marco jurídico de las ayudas agroambientales de la UE dejaban margen suficiente para la celebración de acuerdos voluntarios con los propietarios de terrenos cultivables que quisieran adaptar su actividad económica a las exigencias ambientales. Así, el Reglamento (CEE) 2.078/1.992 del Consejo, de 30 de julio de 1.992, sobre Métodos de Producción agraria compatibles con las exigencias de la protección del medio ambiente y la conservación del espacio rural, que fue derogado por el vigente Reglamento 1.257/1.999 del Consejo, de 17 de mayo de 1.999, sobre la Ayuda al desarrollo rural a cargo del Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola (FEOGA)<sup>1431</sup>. La actividad agraria tiene una incidencia directa sobre el medio ambiente, siendo quizás la actividad humana que más lo condiciona y perturba<sup>1432</sup>.

En España, las medidas agroambientales han sido aplicadas a través de sucesivos Reales Decretos, el último de los cuales es el Real Decreto 4/2.001, de 12 de enero, por el que se establece un Régimen de ayudas a la utilización de métodos de producción agraria compatibles con el medio ambiente<sup>1433</sup>, que se encuentra ya en la

1431 Posteriormente, el Reglamento (CE) 1.750/1.999 de la Comisión, de 23 de julio de 1.999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) 1.257/1.999 del Consejo, sobre la ayuda al desarrollo rural a cargo del Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola (FEOGA), ha establecido el régimen jurídico comunitario, a desarrollar por los Estados de dichas medidas paccionadas. También el Reglamento (CE) 1.259/1.999 del Consejo, de 17 de mayo de 1.999, por el que se establecen las disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa en el marco de la política agrícola común, permite el empleo de compromisos agroambientales de carácter facultativo por parte de los Estados, como ya explicamos. Su art. 3 condiciona las ayudas de la PAC a requisitos ambientales (la conocida ecocondicionalidad).

1432 Vid. MORENO QUESADA, B., *Agricultura y medio ambiente en los derechos español y de la Unión Europea*, en la obra colectiva en RUIZ-RICO RUIZ, G. (coordinador), *La protección del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Universidad de Jaén, 1.995, págs. 83 y 84, que cifra la nueva PAC y sus preocupaciones ambientales en cómo la agricultura afecta al territorio, como cuando se produce una deforestación masiva que se produce como paso inicial para preparar las tierras para el cultivo, o cuando se lucha desproporcionadamente contra las llamadas "malas hierbas", que no son otra cosa que vegetación espontánea.

1433 Que derogó, unificándolos, varias disposiciones administrativas encaminadas a otorgar subvenciones a los titulares de explotaciones agrarias que tomaran medidas directa o indirectamente encaminadas a respetar el medio ambiente rural: en primer lugar, el Real Decreto 632/1.995, de 21 de abril, por el que se establecía un régimen de medidas a aplicar en las zonas de influencia de los parques nacionales y de otras zonas sensibles de especial protección, para fomentar el empleo de métodos de producción agraria compatibles con las exigencias de la protección del medio ambiente y la conservación del espacio natural, que fomentaba una producción agraria de bajo impacto ambiental en zonas incluidas o circundantes a parques nacionales y a determinados espacios naturales sensibles. Tal y como los arts. 4 y 5 articulaban la cuantía de las ayudas (fijando importes máximos) y los compromisos ambientales a asumir por los propietarios (abiertos y difusos), y teniendo en cuenta la normativa comunitaria, no es de extrañar que se hayan celebrado acuerdos negociados para su concesión. En segundo lugar, el Real Decreto 51/1.995, de 20 de enero, por el que se establece un régimen de medidas horizontales para fomentar métodos de producción agraria compatibles con las exigencias de la protección y la conservación del espacio natural, que, en el mismo sentido, prevé en su art. 6 la modulación de las ayudas, otorgables con la condición de mantener las medidas ambientales por un espacio de 5 años. En tercer lugar, el Real Decreto 928/1.995, de 9 de junio, por el que se establece un régimen de fomento del uso en determinados humedales de métodos de producción agraria compatibles con la protección del medio ambiente y la conservación del espacio natural y de las aves silvestres, que recoge idénticas prescripciones en su art. 5. Y, en cuarto lugar, el Real Decreto 1.471/2.000, de 4 de agosto, por el que se establece un régimen de medidas aplicables al apoyo y mantenimiento del cultivo de girasol de secano.

línea del deseo de la UE de mejora “de las medidas agroambientales para que proporcionen un sistema transparente de pagos directos por servicios medioambientales.” (Comunicación de la Comisión COM (2.001/264). Los beneficiarios de estos pagos directos o ayudas serán casi siempre los agricultores o las empresas de transformación y explotación agraria<sup>1434</sup>.

Este reglamento tiene por misión establecer un régimen de ayudas para fomentar la utilización de métodos de producción agraria que permita proteger el ambiente y conservar el medio rural, contribuyendo a la consecución de los objetivos comunitarios en materia de agricultura y medio ambiente, entre ellos, la utilización racional del agua, la lucha contra la erosión del suelo (que, por ejemplo, tantos problemas de colmatación de ríos y embalses están produciendo en las zonas olivareras de Andalucía), la prevención de riesgos naturales o la protección de la biodiversidad y del paisaje agrario español.

Una vez más, como en cualquier tipo de subvenciones, estas ayudas agroambientales podrían ser concedidas negociadamente a los propietarios de las explotaciones, en virtud de la terminación convencional de este tipo de procedimientos (art. 2)<sup>1435</sup>. Con las ayudas y acuerdos agroambientales se palía, en cierta medida, la problemática política agraria anterior según la cual “el lucro cesante derivado de las consecuencias jurídicas y económicas que lleva aparejada la protección de los espacios naturales (sean) soportados en su gran mayoría por los propios agricultores, mien-

<sup>1434</sup> El art. 2 Ley 19/1.995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, define al agricultor profesional como la persona física que siendo titular de una explotación agraria, al menos, el 50 % de su renta total la obtenga de actividades agrarias u otras actividades complementarias, entre las que se encuentran las relacionadas con la conservación del espacio natural y protección del medio ambiente. Con esta integración de la protección ambiental en la renta y tareas propias del agricultor se fomenta que éstos vayan cuidando de su entorno rural sin que ello les suponga mayores dificultades a la hora de acceder a subvenciones. En general, la modernización de la agricultura implica dar entrada a preocupaciones que directa (forestación de tierras, uso racional de los recursos, salvaguardia de los ecosistemas rurales) o indirectamente (empleo de sistema de cultivo y ganadería extensiva, ecológica o de baja intensidad) redunden en la protección del medio ambiente. Además, cualquier ayuda para la modernización de explotaciones agrarias o para la instalación de jóvenes agricultores requerirá cumplir las normas mínimas en materia de medio ambiente, higiene y bienestar de los animales, de conformidad con la normativa comunitaria y nacional y con los programas plurirregionales y de la Comunidad Autónoma de Cantabria aprobados por la Unión Europea para la mejora de las estructuras de producción (arts. 4.1, e) y 13.1, e) del Real Decreto 613/2.001, de 8 de junio, para la mejora y modernización de las estructuras de producción de las explotaciones agrarias. Este Real Decreto introduce un importante requisito para que los candidatos puedan optar a las ayudas que recoge, y es que presenten un plan de mejora de su explotación, que podrá solicitar a la Administración una moratoria de hasta un año para alcanzar las exigencias ambientales establecidas en la normativa ambiental nacional y comunitaria. La redacción y aceptación del plan de mejora y en la concesión de la ayudas (que, por cierto, puede estar dedicada también directamente a la protección del medio ambiente, ex art. 5.1, d) y e)) se presentan como momentos idóneos para negociar con la Administración, quien no podrá nunca aumentar ese plazo de gracia anual, por ser un requisito establecido *ex lege*.

<sup>1435</sup> Las actuaciones agroambientales a subvencionar se recogen en el art. 4 y en el Anexo II, siendo los beneficiarios de las mismas los titulares de explotaciones agrarias que se comprometan a realizarlas por un período de cinco años, en toda o en parte de su explotación.

tras que, por otro lado, los beneficios derivados de la protección apenas son percibidos por estos individuos”<sup>1436</sup>.

En nuestro entendimiento, siempre que exista normativa sectorial que atribuya potestades de actuación a la Administración, y siempre que en ella no se prohíba expresamente o por la interpretación que de ella se haga, el art. 88 LRJAPyPAC es directamente aplicable<sup>1437</sup>. Es más, en los casos que estamos comentando no sólo no se interdice la posibilidad de llegar a conceder las subvenciones de manera paccionada sino que parece favorecerse. En efecto, los compromisos ambientales a los que se deben obligar los beneficiarios, están recogidos en el Anexo II, están redactados de forma que no quedan determinadas nunca, de manera categórica, las obligaciones exactas a asumir por los titulares de las explotaciones.

Esto hace pensar, una vez más, en la ubicabilidad de los convenios en la concesión de estas ayudas, lo que facilitaría un ajuste más correcto de la cuantía de las mismas con los méritos y sacrificios que los elegidos en el procedimiento de selección de candidatos estén dispuestos a asumir. Con ello se gana, además, en fiabilidad en el cumplimiento de esas tareas agroambientales, al tiempo que se crean “trajes a medida” para cada beneficiario, modulando dichos compromisos, allí donde sea posible, gracias a la terminación convencional del procedimiento. El empleo de la cual resulta compatible con la exigencia de publicidad y competencia en la selección de los candidatos, siempre que los elegidos para concretar convencionalmente las ayudas sean aquéllos que hayan resultado victoriosos en los procedimientos competenciales de selección. Con ellos se podrán celebrar estos acuerdos, aunque también cabría, se nos ocurre, celebrarlos con todos los candidatos, graduando las ayudas en atención a los diferentes grados de capacidad (comprobados por la Administración) para cada uno de ellos<sup>1438</sup>.

<sup>1436</sup> Son acertadas palabras de FERNÁNDEZ TORRES, J. R., *La Política Agraria Común. Régimen Jurídico de la Agricultura Europea y Española*, editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2.000, pág. 386.

<sup>1437</sup> Ésa es también la interpretación que se hace en Italia del art. 11 de la Ley 241/1.990, que trata los acuerdos sustitutivos de la resolución unilateral de los procedimientos administrativos “en los casos previstos por la ley”. Y es que restringir esa posibilidad exclusivamente allí donde la ley lo permite sería tanto como negarle virtualidad práctica a la viabilidad de los acuerdos de terminación convencional de procedimientos, restringiéndolos, por ejemplo, a la esfera de la expropiación. Por el contrario, en opinión de CORSI, G., *El Procedimiento administrativo en Italia. De cauce formal de la actuación administrativa a instrumento de tutela del ciudadano*, en la obra colectiva BARNÉS VÁZQUEZ, J., (coordinador), *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, editorial Civitas, 1.993, págs. 500-502, lo que en realidad parece querer decir el citado art. 11 es que cabrá sustituir el acto administrativo-resolución por un convenio siempre que las leyes no lo prohiban.

<sup>1438</sup> En el Anexo II se recogen los compromisos ambientales a cumplir por los beneficiarios de las ayudas en cada una de las nueve secciones de actividades agroambientales que contempla el Real Decreto, a saber. Estas secciones son: extensificación de la producción agraria, variedades vegetales autóctonas en riesgo de erosión genética, técnicas ambientales de racionalización en el uso de productos químicos, lucha contra la erosión en medios frágiles, protección de flora y fauna en humedales, sistemas especiales de explotación con alto interés medioambiental, ahorro de agua de riego y fomento de la extensificación en la producción, protección del paisaje y prácticas de prevención contra incendios y gestión integrada de las explotaciones. En todas y cada una de ellas las exigencias ambien-

El artículo 17, que trata el otorgamiento y renuncia a las ayudas, recoge la competencia del órgano competente de la Comunidad Autónoma para notificar al beneficiario la ayuda concedida, así como las condiciones y compromisos de la misma, *“que deberán ser aceptadas en el plazo de treinta días hábiles, a contar desde la comunicación de la resolución de concesión. De no hacerlo así se le tendrá por desistido de dicha solicitud.”*. No obstante esta expresión, no parece quererse desprender de ella la innegociabilidad de las cláusulas agroambientales a cumplir para poder ser receptor de las ayudas, sino más bien la obligación de que sea la Administración la que proponga dichas cláusulas a los candidatos, cláusulas que bien pudieran haber sido pactadas previamente, y la paralela de los mismos de aceptarlas en el plazo señalado.

El mismo día en que fue aprobado el Real Decreto 4/2.001 lo fue también el Real Decreto 6/2.001, de 12 de enero<sup>1439</sup>, sobre Fomento de la forestación de tierras agrícolas, que desarrolla idéntica estructura, competencia orgánica y articulación de las ayudas que aquél. El objeto de las subvenciones no es otro que la concesión de ayudas para forestar tierras cultivadas regularmente en los últimos años, con la intención de aumentar la diversidad biológica y paisajística del medio rural, cuya explotación para usos agrícolas intensivos, aun no llegando a los límites franceses o británicos, empieza ya a ser preocupante. Con este cambio de usos se fomenta una separación de la identificación del campo con la agricultura, y una política silvíco-

tales se fijan con un carácter de mínimos, quedando en manos del solicitante de las ayudas aumentarlas en lo posible para poder optar a una de ellas. Así, abundan expresiones como “picar y dejar la paja sobre el terreno en, al menos, el 50% de las superficies”, “mantener linderos e islas de vegetación espontánea en, al menos, un 1% de la explotación, en forma de fajas lineales o bosquetes”, “establecer un plan de rotación de toda la explotación”, “reducción verificable de, al menos, un 20% de los productos fertilizantes y productos fitosanitarios utilizados en la explotación”, “se podrá exigir la asistencia a actividades de formación técnica”, “sustitución de, al menos, el 20% de las aplicaciones de productos fitosanitarios por métodos de control biológico”, “reducir, al menos, un 25% los tratamientos químicos”, “reducción de un 25% (como mínimo) de productos de tratamientos químicos”, “mantener la cubierta vegetal en cultivos perennes. En viñedo se mantendrá, al menos, en los meses de otoño e invierno”, “llevar a cabo un plan de cultivo”, “elaboración de un Plan agroambiental de la explotación que recoja y describa la totalidad de los elementos a conservar, su singularidad, significado medioambiental, dimensión y presupuesto para su mantenimiento así como calendario para cumplir los compromisos”, “que cubran un mínimo del 50% de la superficie”, evitar el sobrepastoreo y la introducción de ganado en épocas de lluvia”, mejorar la calidad de las aguas a través de la comercialización en el uso de productos químicos”, “disminución de la fertilización nitrogenada de síntesis al menos en un 20%”, “reducir el consumo de agua, al menos en un 50% respecto de la inicial”, “la permanencia del ganado en los pastos será al menos de 100 días”, “dejar al menos el 50% de la paja de los cultivos de cereales sobre el terreno”, “suscribir un contrato en el que se comprometan a cumplir con el Reglamento (Comunitario 1.804/1.999, de 24 de agosto, sobre producción ecológica en agricultura)”, reducir la carga ganadera al menos en un 25% en la explotación de origen”. Por el contrario, apenas se usan prohibiciones taxativas ni demandas absolutas, dejándose todo a posibles negociaciones o a la asunción voluntaria de mayores dosis de protección ambiental por los propietarios de las superficies afectadas.

<sup>1439</sup> Y también el Real Decreto 5/2.001, de 12 de enero, por el que se establece un régimen de ayudas destinado a fomentar el cese anticipado en la actividad agraria. Se trata de que un agricultor mayor de 55 años de edad ceda su propiedad a otro agricultor, recibiendo ambas ayudas económicas, con el fin de mejorar la rentabilidad de las explotaciones agrícolas por medio de su concentración. Como se puede suponer, sólo indirectamente estas medidas podrán tener consecuencias ambientales positivas.

la que favorezca la recuperación de ecosistemas<sup>1440</sup>. Esta norma deroga al Real Decreto 152/1.996, de 2 de febrero, por el que se establecía un Régimen de ayudas para fomentar inversiones forestales en explotaciones agrarias y acciones de desarrollo y aprovechamiento de los bosques en zonas rurales.

## VI. INSTRUMENTOS PACCIONADOS PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO DE ENERGÍAS RENOVABLES EN ESPAÑA

Tras la descripción de la estrategia comunitaria de introducción de energías renovables, pasamos a estudiar el marco legal de la protección ambiental negociada a través del fomento de las energías renovables.

Dos son los pilares que sostienen el edificio de las energías renovables en el ámbito estatal:

- por un lado, el Plan de Fomento de Energías Renovables, previsto en la Disp. Transit. 16ª de la Ley 54/1.997, de 27 de noviembre, de Regulación del Sector Eléctrico<sup>1441</sup>. Liberalizado el mercado de producción de energía, en ella se recoge también que, para poder cumplir la meta de que las fuentes de energía renovable cubran como mínimo el 12% del total de la demanda energética de España, para el año 2.010 (actualmente significan un 6,5%), se establezca un Plan de Fomento de las Energías Renovables, cuyos objetivos serán tenidos en cuenta en la fijación de las primas. El Plan pretende no sólo diversificar las fuentes de energía disponibles con las que paliar la dependencia energética de nuestro país de los combustibles fósiles y garantizar un suministro correcto, sino también responder a las exigencias ambientales derivadas de los compromisos de Kyoto en relación con los gases de efecto invernadero<sup>1442</sup>.

\*\*\*\*\*

<sup>1440</sup> Los beneficiarios serán agricultores u otras personas jurídicas privadas. Para ello se establecen tres tipos de primas: de establecimiento, para la reforestación inicial; de mantenimiento de la superficie forestada, y de compensación por la pérdida de beneficios económicos que, por un plazo de 20 años, le pueda suponer al agricultor la sustitución del uso agrícola del suelo. Las ayudas están pensadas con unos topes máximos, a diferencia de lo que hacía el Real Decreto 4/2.001 (en el que los importes señalados tenían una cuantía fija que podría ser incrementada –retenemos– en atención al grado de compromisos a asumir por el beneficiario, pero con un tope máximo, ya que no podían superar, en ningún caso, los máximos fijados en el anexo del Reglamento (CE) 1.257/1.999). Valen aquí las apreciaciones que hemos hecho respecto a las ayudas previstas en esas normas acerca de la viabilidad de su otorgamiento por medio de mecanismos paccionados intraprocedimentales.

<sup>1441</sup> El Plan vio la luz en diciembre de 1.999. El documento se ha desarrollado bajo los auspicios de la Secretaría de Estado de Industria y Energía y ha sido elaborado a través del organismo técnico Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE).

<sup>1442</sup> La 3ª Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, más conocido como Protocolo de Kyoto (1.997), que obliga a España a no incrementar sus emisiones de gases de efecto invernadero por encima del 15% en los años 2.008-2.012 sobre los niveles de 1.990. Para aplicar dicho compro-

A los incentivos ya comentados en el apartado dedicado a las contraprestaciones administrativas en la celebración de acuerdos cabe añadir que la reglamentación existente permite la exención fiscal para los biocarburantes sobre el Impuesto Especial de Hidrocarburos siempre que se trate de experiencias piloto.

Las ayudas a la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables se han encauzado a través de primas que aumentan el precio de mercado de esa electricidad y que se pagan a las empresas productoras. Cabrían también otras formas de ayudas directas, *in tuitu personae*, fácilmente instrumentables a través de convenios con asociaciones que agruparan a dichos productores o a través de acuerdos individuales, en los que entraran demandas ambientales<sup>1443</sup>. Con anterioridad al Plan han existido ayudas, cuya vigencia ya ha expirado: recordemos, por ejemplo, las ayudas de promoción de las energías alternativas o renovables para empresas, asociaciones de vecinos, personas físicas y entidades sin ánimo de lucro recogidas en la Orden de 6 de febrero de 1.997, del Ministerio de Industria y Energía, por la que se aprobaban las bases reguladoras de la concesión de subvenciones en el marco del Plan de Ahorro y Eficiencia Energética (PAEE) para el período 1.997-1.999 y convoca las del ejercicio 1.997. El Plan de Ahorro y Eficiencia Energética (PAEE) es un programa concreto de actuaciones, incluido en el Plan Energético Nacional (PEN) 1.991-2.000, aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión del día 26 de julio de 1.991, que establece una línea de subvenciones a proyectos de aprovechamiento energético de conformidad con la Ley 82/1.980, de 30 de diciembre, sobre conservación de energía. Las ayudas convocadas dentro del PAEE para 1.996 incluían por

\*\*\*\*\*

miso, en 1.998 fue constituido en el seno del Ministerio de Medio Ambiente el Consejo Nacional del Clima, presidido por su ministro, y cuya finalidad era la elaboración de la "Estrategia Española frente al Cambio Climático" y la proposición al Gobierno las medidas necesarias para el cumplimiento de los compromisos adquiridos en convenios y protocolos internacionales. En relación con la preparación de la estrategia española de lucha frente al cambio climático, en el contexto del Grupo de Trabajo de Industria y Energía, se inscribe el Plan de Fomento de las Energías Renovables que ahora glosamos, que constituye una herramienta fundamental para reforzar las medidas de limitación de emisiones de gases de efecto invernadero, especialmente de CO<sub>2</sub>.

<sup>1443</sup> Así lo recoge el Plan de Fomento de Energías renovables en su capítulo 2º, cuando recoge textualmente que "la subsidiación de fuentes energéticas con menor impacto medioambiental puede hacerse no sólo a través de precios reconocidos por encima de los precios de mercado, sino a través de subvenciones directas de capital, de explotación o financieras, aunque en cualquier caso la correcta internalización de los costes precisa de una valoración monetaria de los beneficios medioambientales". Los costes de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables son más altos que los que se producen en sistemas normales de producción eléctrica, y su internalización (que no es otra cosa que aplicar el principio quien contamina, paga) se realiza a la perfección a través de los instrumentos negociados, en los que la Administración puede exigir a la empresa/s que pactan determinadas contraprestaciones ambientales de mayor calado a cambio de las ayudas directas que pudieran instrumentarse, sin que ello suponga una repercusión directa en el precio de la luz a pagar por los consumidores. A parecidos resultados se podría llegar a partir del sistema de comercialización de permisos de contaminación negociables, como se hace en EE.UU. y como se pretende hacer ahora en la UE, como vimos.

vez primera la posibilidad de suscripción de acuerdos voluntarios con las Administraciones concedentes<sup>1444</sup>.

- por otro, el Real Decreto 2.818/1.998, de 23 de diciembre, del Ministerio de Industria y Energía, de Producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos o cogeneración, en el que se establece un régimen especial para la producción de energía eléctrica a partir de las fuentes de energía renovables (cuyo régimen jurídico diferenciado del general parte del art. 26 de la derogada Ley 40/1.994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional), a las que se apoyarán mediante incentivos, prohibidos en el régimen general, marcado por la libre competencia.

Efectivamente, en su art. 1, letra c), se determina el establecimiento de una prima para aquellas instalaciones mayores de 50 MW que utilicen como energía primaria energías renovables no consumibles y no hidráulicas, biomasa, biocarburantes o residuos agrícolas, ganaderos o de servicios, de acuerdo con lo establecido en el artículo 30.5 de la Ley del Sector Eléctrico<sup>1445</sup>. Teniendo en cuenta que las autorizaciones administrativas para construcción, explotación, modificación sustancial, transmisión y cierre de las instalaciones de producción en régimen especial y el reconocimiento de la condición de instalación de producción acogida a dicho régimen competen, por regla general, a las CC.AA.<sup>1446</sup>, serán las Consejerías pertinentes quienes podrán

1444 La ya derogada Orden de 20 de diciembre de 1.995, del Ministerio de Industria y Energía, modificaba la Orden de 28 de marzo de 1.995, por la que se aprueban las bases reguladoras de la concesión de subvenciones en el marco del Plan de Ahorro y Eficiencia Energética (PAEE), y convocaba las del ejercicio 1.996. En ella se conceden subvenciones a particulares y empresas en el marco de acuerdos voluntarios suscritos con la Administración en varios sectores, algo que ya hacía la Orden de 28 de marzo. En el Anexo I, punto 1), sección Transportes, se subvencionaban proyectos piloto de implantación de diagnóstico energético de vehículos, con la condición de que sólo serán elegibles aquellos proyectos que se enmarquen en acuerdos voluntarios de cooperación firmados con la Secretaría General de la Energía y Recursos Minerales. Respecto al fomento de las energías renovables, eran subvencionables, con carácter general, las actuaciones de promoción (información, formación y capacitación; estudios y análisis para identificar tecnologías o técnicas para la eficiencia energética en un sector determinado o para una mejor utilización de los recursos energéticos endógenos a nivel territorial; confección y difusión de bases de datos de tecnologías para la eficiencia energética y la aplicación de energías renovables; planes de ahorro energético en PYME, sustitución por biomasa y por solar térmica, y los proyectos piloto dirigidos a la reducción del consumo energético en el transporte de pasajeros que se enmarquen en acuerdos voluntarios suscritos con la Secretaría General de la Energía y Recursos Minerales, etc...) derivadas de acuerdos voluntarios para la mejora de la eficiencia energética y el uso de energías renovables que se establezcan entre la Secretaría General de la Energía y Recursos Minerales y asociaciones empresariales o consumidores. En particular, también eran subvencionables los proyectos relativos a la óptima integración técnica y económica de los sistemas activos de energía solar en sistemas convencionales para agrupamiento de instalaciones menores de cuarenta metros cuadrados y que se encuadren en acuerdos voluntarios suscritos con la Secretaría General de la Energía y Recursos Minerales.

1445 Por energías renovables, el art. 2, letra b), entiende la energía solar, eólica, geotérmica, la energía de las olas, la de las mareas y la de rocas calientes y secas. Para ellas y para las que empleen biomasa, cogeneración o residuos como fuente energética se erige dicho incentivo.

1446 Salvo cuando las instalaciones se ubiquen o sean aprovechadas en varias Comunidades Autónomas, que serán otorgadas por la Dirección General de la Energía del Ministerio de Industria y Energía. La construcción, explotación, modificación y transmisión de instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial está sometido a autorización administrativa, para cuya concesión el solicitante debe acreditar el cumplimiento de todos los requisitos ambientales recogidos en la normativa (art. 27 Ley 54/1.997).

negociar acuerdos, en el marco del art. 88 LRJAPyPAC<sup>1447</sup>, por los que concedan dichas autorizaciones, entregando a las empresas productoras de energía eléctrica renovable las ayudas y primas recogidas en el Real Decreto, a cambio del cumplimiento de los requisitos ambientales establecidos en el mismo y de aquellos otros que puedan complementariamente exigir en aras de su competencia para establecer normas adicionales de protección. Estimamos que las primas a la instalación recogidas en los arts. 27-31 podrán ser aumentadas negociadamente con los productores por parte de la Administración Autonómica, a cambio de satisfacer mayores requisitos ambientales.

Los precios percibidos por la venta de energía eléctrica basada en fuentes renovables se incrementan sobre el precio de mercado por una prima que valora el beneficio externo de dichas tecnologías de producción. Dichas primas se financian a través de la tarifa eléctrica, y permiten rentabilizar las instalaciones de producción eléctrica en régimen especial y reducir la incertidumbre sobre la viabilidad económica de los proyectos de generación eléctrica con fuentes renovables<sup>1448</sup>, que son encuadrables en el marco de mayores instrumentos paccionados, los acuerdos sectoriales<sup>1449</sup>.

Las empresas que produzcan energía eléctrica partiendo de fuentes de energía renovables podrán incorporar toda su producción al sistema eléctrico, hasta el momento en que se alcance el 12 por 100 del total de la demanda energética que establecía la Disp. Transit. 16ª de la Ley del sector eléctrico, como hemos comentado.

1447 El propio art. 8.2 del Real Decreto remite a la Ley 30/1.992 y a sus normas de desarrollo, entre las que figuran, como sabemos, el Real Decreto 1.778/1.994, de 5 de agosto, por el que se adecuan a la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las normas reguladoras de los Procedimientos de Otorgamiento, Modificación y Extinción de Autorizaciones, cuyo art. 5 permite la terminación convencional del procedimiento.

1448 Para las instalaciones basadas en energías renovables y de residuos las primas no tienen límites temporales debido a que se hace necesario internalizar sus beneficios medioambientales y a que, por sus especiales características y nivel tecnológico, sus mayores costes no les permite la competencia en un mercado libre. En este sentido, en el marco del Real Decreto 615/1.998, de 17 de abril, el Ministerio de Industria y Energía, que establece un régimen de ayudas y regula su sistema de gestión en el marco del Plan de Ahorro y Eficiencia Energética, se han dictado varias Ordenes de desarrollo que han convocado ayudas a conceder a asociaciones de empresarios que desarrollen e implanten técnicas de producción limpia de energía, como la Orden de 4 de marzo de 1.999, que modifica la Orden de 25 de abril de 1.997, que, a su vez, aprueba las bases reguladoras y la convocatoria para la concesión de ayudas de la Iniciativa de Apoyo a la Tecnología, la Seguridad y la Calidad Industrial (ATYCA), para el Programa Tecnológico de Investigación y Desarrollo Energéticos y para áreas de tecnologías para el transporte, y de tecnologías y aplicaciones para la sociedad de la información del programa de fomento de la tecnología industrial.

1449 Aunque no se definan, los acuerdos sectoriales son el equivalente de los *contrats de branche* franceses, esto es, acuerdos celebrados entre la Administración energética y un sector determinado de la industria española, encaminados, en estos casos, a una reducción en el uso de combustibles contaminantes o, al contrario, a un aumento fomentado del empleo o producción de energía a partir de fuentes renovables. Se recogen de pasada en el Real Decreto 615/1.998, de 17 de abril, el Ministerio de Industria y Energía, que establece un régimen de ayudas y regula su sistema de gestión en el marco del Plan de Ahorro y Eficiencia Energética, donde la inserción o pertenencia de un proyecto subvencionable en uno de estos acuerdos sectoriales se considera un plus de calidad a la hora de conceder las subvenciones. Así lo recoge el art. 4.1, b) y el apartado del Anexo dedicado a los transportes. En este último caso, por supuesto, el acuerdo sectorial debería firmarse entre este sector y la Secretaría de Estado de Energía y Recursos Minerales.

Las anteriores medidas no coercitivas del Libro Verde de la Comisión “Hacia una estrategia europea de seguridad del abastecimiento energético” (COM(2.000) 769, de 29 de noviembre, han tenido poco efecto, por lo que, en línea con el **Programa Star Buildings** estadounidense y con las directrices de una propuesta de directiva comunitaria, también en España existen propuestas, incitadas por propuestas comunitarias, para llevar los mecanismos paccionados de ahorro de energía al ámbito más doméstico, principal productor de emisiones de gases de efecto invernadero<sup>1450</sup>. Otras medidas de eficiencia energética se han tomado en España afectando a edificios públicos y privados, como la Ley 6/2.001, de 31 de mayo, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, de Ordenación Ambiental del Alumbrado para la Protección del Medio Nocturno, en el que se exigen determinados requisitos de reducción y eficiencia energética de la iluminación exterior, con el doble objetivo de reducir la contaminación lumínica y el dispendio energético.

En Andalucía ha tenido bastante éxito el programa PROSOL, originalmente pensado para 1.997-1.998, pero cuya demanda ha motivado su ampliación hasta 2.002. En este programa se conceden subvenciones aquellos particulares y empresas que deseen instalador (en edificios y casas), sistemas de calefacción, producción de agua caliente, células fotovoltaicas e instalaciones eólicas energéticamente más eficientes,

1450 Ya en el iter parlamentario de elaboración de la Ley 38/1.999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, el grupo socialista abogó por introducir un apartado 3º en su art. 3, con el objetivo de exigir un certificado energético y medioambiental a los edificios de nueva construcción ya los ya existentes que solicitaran ayudas públicas. Tras ser rechazada aquella propuesta, la intención sigue hoy vigente a través de la proposición de ley 122/000139, de modificación de la Ley de Ordenación de la Edificación para regular el certificado energético, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista el 29 de junio de 2.001 (y que en el momento de acabar esta Teis se encontraba en el Pleno, para su toma en consideración), que intenta anticipar en derecho interno la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al rendimiento energético de los edificios, que prevé dicho certificado energético de los edificios (COM(2.001) 226 final, DOCE C 213 E, de 31 de julio).

La modificación propuesta es casi idéntica a la que se planteaba en 1.999. Se trataría de condicionar la concesión de ayudas públicas a la vivienda a la obtención de un certificado energético y medioambiental, con vigencia de 5 años, a través del que se valorarían las medidas que favorecieran el ahorro de energía, la eficacia energética y la reducción del impacto ambiental. También se incluyen en el ámbito del certificado los edificios de titularidad pública (idea d inspiración norteamericana, como ya vimos en relación con los programas *Green Lights* y *Star*) de nueva planta, mientras que para los existentes cada Administración deberá elaborar un programa de actuación a seguir. El control administrativo de este certificado (que podría llegar a ser exigible por el derecho comunitario a partir de 2.004, fecha límite para la transposición de la directiva, ex art. 12.1 de la propuesta citada), debería realizarse de una manera unilateral por la Administración, dada la ingente tarea que supondrá para las Administraciones competentes (locales y autonómicas). Así, por ejemplo, podría exigirse como requisito integrante de la solicitud de ayudas a la vivienda, pudiendo así ser verificado de manera automática. Sin embargo, no resultaría extraño que algunas comunidades de vecinos de edificios ya existentes quisieran poder optar en mejores condiciones de competitividad a dichas ayudas mediante la suscripción de convenios con las Administraciones competentes para el otorgamiento del certificado en los que se obligaran a alcanzar medidas energéticas y ambientales superiores a los estándares normales o legales. Algunos acuerdos voluntarios existen en el ámbito comunitario en aplicación de la Directiva SAVE (Directiva 93/76/CEE) y para la inspección de las calderas de calefacción. Con ello se favorece, además, una sana libre competencia por las ayudas basada en la protección del medio ambiente.

basados en el empleo de energía solar<sup>1451</sup>. La instalación la llevarán a cabo las empresas que específicamente resulten acreditadas, tras pasar los exámenes correspondientes.

También ha previsto medidas voluntarias el “Plan de Acción para mejorar la eficacia energética en la Comunidad Europea” (COM(2.000) 247 final<sup>1452</sup>).

## VII. CONVENIOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS BOSQUES

### 1. Breve excursio sobre la protección silvícola en España

Con base en la antigua legislación estatal de montes las CC.AA. empezaron a construir su propio edificio en materia de protección forestal. De las diez Comunidades Autónomas que, hasta la fecha, han establecido legislación forestal propia (Andalucía, Valencia, Madrid, Cataluña, La Rioja, Navarra, País Vasco, Extremadura, Castilla-La Mancha y Galicia), la mayoría de ellas permite la concesión de ayudas y subvenciones para la realización de tareas de mantenimiento del bosque y prevención de incendios por medio de convenios.

Se echa de menos una nueva Ley básica sobre bosques, que ponga en posición de igualdad a los montes españoles, con independencia de cuál sea su titularidad. Parte de la inspiración normativa podría recogerse, en opinión de DE VICENTE

1451 Muy en la línea del fomento por medio de la simplificación de trámites administrativos, el programa agiliza y simplifica la tramitación y obtención de ayudas para las instalaciones. Permiten al usuario adquirir un sistema energético obteniendo una subvención y un crédito blando a financiar en varios años. Orden de 24 de abril de 1.997, por la que se hacen públicas las normas reguladoras de la concesión de ayudas del programa andaluz de promoción de instalaciones de energías renovables para el periodo 1.996-1.998 (PROSOL 96-98) (BOJA de 17 de mayo), modificada posteriormente por la Orden publicada en el BOJA de fecha 15 de septiembre de 1.998. Aparte de los usuarios finales de la energía, podrán también ser destinatarios de estas ayudas los promotores de vivienda en las que se incluyan este tipo de instalaciones, así como los promotores de este tipo de instalaciones bajo la modalidad de venta de energía. El programa lo sustenta la Sociedad para el Desarrollo Energético de Andalucía (SODEAN), que lleva firmados tres convenios de colaboración con la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía para la ejecución del programa (1.993, 1.995 y 1.996), y que es la encargada del sistema de acreditación de empresas instaladoras. La misma SODEAN ha celebrado convenios de colaboración con empresas y asociaciones privadas para el fomento de las energías alternativas. Uno de ellos, suscrito en mayo de 2.000 con la Federación Andaluza de Consumidores y Amas de Casa (Al-Andalus). El objeto del convenio es la información a los ciudadanos, el ahorro y la colaboración mutua en actividades de conocimiento, información y difusión del ahorro energético. Fuente: DIARIO ABC, edición de 25 de mayo de 2.000.

1452 Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones - Plan de acción para mejorar la eficacia energética en la Comunidad Europea.

AMIGO, del concepto alemán de cosa pública, que ha estudiado, *de lege ferenda*, la viabilidad y contenido de esa futura ley<sup>1453</sup>.

Quizá una de las más completas normativas forestales autonómicas en esta materia sea la Ley 3/1.993, de 9 de diciembre, de la C.A. de Valencia, Forestal de la Comunidad Valenciana, que parte de un genérico principio de colaboración de los propietarios de terrenos integrantes de bosques y montes en su conservación, evitación de fuegos y protección de sus valores ambientales, lo que se propugna realizar a través de convenios de colaboración con la Administración autonómica. En esa vocación pacticia se inspira en la anterior ley catalana de protección forestal, muy adelantada para su época<sup>1454</sup>.

El capítulo II del Título IV se titula nada menos que “De las acciones concertadas”. En su art. 46.1 determina literalmente que:

*Para el logro de los objetivos de la presente ley, podrán establecerse acciones concertadas mediante convenios con los municipios, los propietarios y los particulares. Preferentemente, su objeto será la gestión, conservación y mejora de los terrenos forestales catalogados.*

*2. A los efectos de esta ley, se considerarán acciones concertadas:*

*a) Los convenios que se formalicen para la gestión pública de terrenos forestales catalogados o no.*

<sup>1453</sup> El concepto de dominio público en derecho español se encuentra inextricablemente ligado a la titularidad pública de las cosas, a diferencia de la homóloga categoría germana, las “cosas públicas” (*öffentliche Sachen*) donde la publicidad deriva de la afectación (*Widmung*) a fines de interés general de los bienes, cuyo régimen jurídico se encuentra en el BGB. La posible nueva ley forestal básica española debería ahondar en las medidas de fomento y preventivas, en la participación social a través del voluntariado y en la gestión concertada de los bosques privados, que constituyen el 66% del patrimonio forestal de nuestro país. Cfr. DE VICENTE DOMINGO, R., *Espacios forestales (Su ordenación jurídica como recurso natural)*, Civitas-Generalitat Valenciana, Madrid, 1.995, págs. 217-219.

<sup>1454</sup> La Ley 6/1.988, de 30 de marzo, Forestal de Cataluña, pese a su temprana aprobación, ya recogía en su seno la pauta de gestión compartida de los terrenos forestales entre sus propietarios y la Administración autonómica. En su art. 15.2 establece que “La Administración Forestal gestionará los terrenos forestales declarados de utilidad pública o protectores si así se acuerda entre el titular del terreno y la Administración Forestal, mediante el correspondiente convenio de gestión, que determinará las obligaciones de cada parte y la reinversión de los ingresos.”, posibilitando la celebración de convenios de reforestación y regeneración (art. 26), para la ejecución de trabajos de prevención y extinción de plagas forestales (art. 31), para la detección de la lluvia ácida y la lucha contra sus efectos en los terrenos forestales (art. 32.2, novedad exclusiva de esta normativa), y, finalmente, para la realización por los propietarios de las tareas adecuadas en consonancia con inclusión de sus terrenos forestales dentro del perímetro de una zona declarada como área de actuación urgente (aquellas que, ex art. 42, contengan terrenos forestales degradados, erosionados o que estén en peligro manifiesto de degradación o erosión; o con terrenos forestales incendiados para los que no sea previsible una recuperación natural; o con terrenos forestales afectados por circunstancias meteorológicas y climatológicas adversas de carácter extraordinario; o con terrenos forestales afectados gravemente por plagas o enfermedades; o con terrenos de dunas litorales o en los que se produzcan frecuentemente aludes de nieve). También de la misma época es la Ley 13/1.989, de 10 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Galicia, de Montes vecinales en Mano común, que recoge, en su art. 25, que la Consejería de Agricultura, respecto a la gestión de dichos montes, podrá realizar convenios dirigidos a un mejor aprovechamiento del monte con aquellas comunidades de vecinos que así lo soliciten.

*b) Los acuerdos con administraciones públicas para la realización de los trabajos de restauración hidrológico-forestal (estos acuerdos se celebran en casi todas las CC.AA. con normativa propia, pero son de carácter interadministrativo, a diferencia de lo que ocurría en Francia con los contrats de rivière, en los que pueden entrar particulares como partes integrantes).*

*c) Los consorcios administrativos para la reforestación y regeneración de terrenos forestales o de otros que hayan dejado de ser utilizados para fines agrícolas.*

*d) Las acciones conjuntas para la ejecución de trabajos de prevención y extinción de plagas y enfermedades forestales, o para la detección y lucha contra los efectos de la contaminación atmosférica.*

*e) Los convenios que se firmen en materia de prevención y extinción de incendios.*

*f) Los convenios que se formalicen entre la administración y los titulares de los terrenos forestales para otros propósitos sociales y públicos, al amparo de esta ley.*

*g) Los pactos establecidos para la ejecución de medidas inaplazables en áreas declaradas zonas de actuación urgente. (Los paréntesis y la negrita son nuestros)*

Su art. 47 recoge que

*Art. 47. Podrán establecerse convenios entre los titulares de montes públicos y los particulares para que éstos repueblen y gestionen terrenos forestales por precio y tiempo convenidos.*

También se recogen en la Ley actuaciones concertadas concretas, como las de los arts. 24 (Zonas de Actuación Urgente (ZAU)), con la finalidad de conservarlas y favorecer su restauración, cuya gestión corresponderá a por los propietarios de los terrenos, sin perjuicio de que para ello se puedan convenir las ayudas correspondientes, ni de que éstos podrán convenir con la administración su ejecución, aportando medios personales o materiales o, en su defecto, terrenos); 27 (regeneración de la cubierta vegetal de terrenos forestales idóneos, para lo que podrán establecerse convenios entre éstos y la administración en los que se acuerden las aportaciones de ambas partes, y el plan de reforestación, que podrá comprender varias anualidades). La aportación de los particulares se determinará en función de la capacidad productiva de los terrenos a repoblar, y podrá efectuarse en metálico, en terrenos, constituyendo derechos reales limitativos del dominio o mediante los rendimientos futuros. Cuando la aportación de la administración supere el 50% del coste de la repoblación, corresponderá a ésta exclusivamente llevar a cabo los trabajos); 29.3 (planes de el-

boración mutua entre los propietarios y la Administración –que los aprobará– de terrenos forestales con aprovechamiento cinegético, en los que el propietario se comprometa a compatibilizar las finalidades ambientales de la ley con la actividad de la caza, a cambio de ayudas económicas públicas); art. 57.4 (convenios de colaboración para que los particulares reforesten terrenos incendiados). Todos estos convenios serán fomentados por ayudas económicas y de carácter técnico, a prestar por la Generalitat valenciana, como recoge el art. 64, cuyos destinatarios podrán ser, en lo tocante a personas físicas y jurídicas sometidas al Derecho Privado, las cooperativas forestales, los titulares de montes agrupados y las asociaciones de propietarios. Por último, además, como cláusula de cierre de toda esta política de pactación se encuentra en el art. 44, en el que se encarga a la Administración forestal el fomento y estímulo de la participación activa de los propietarios y particulares en el cumplimiento de los objetivos previstos por la ley.

## 2. Convenios para la protección preventiva y gestión ambiental de los bosques españoles

### 1. A escala estatal

La legislación estatal vigente en materia de montes y bosques ha dejado de ser la vetusta Ley de 8 de junio de 1.957, de Montes y su Reglamento, aprobado por el Decreto 485/1.962 de 22 de febrero de 1.962, con ligeras modificaciones en la Ley 5/1.977 de 4 de enero, de Fomento de la Producción Forestal. Ahora la normativa vigente es la actual Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, que deroga la regulación de los consorcios y convenios de repoblación. Las siguientes reflexiones están realizadas al amparo de la Ley del 57 y sólo serán de aplicación en la medida en que la Disposición Adicional y la concesión pactada de subvenciones del art. 64 de la nueva Ley así lo permita. Posteriormente, la Constitución ha permitido a las Comunidades Autónomas desarrollar su propia legislación en materia forestal (artículo 148.1.8ª) y de conservación de la naturaleza (art. 148.1.9ª), respetando la legislación básica del Estado (art. 149.1.23ª), razón por la que, en la década de los ochenta, recibieron el traspaso de funciones en materia de bosques. Algunas de ellas han promulgado leyes propias en la materia<sup>1455</sup>, cuyo régimen jurídico, conceptos de partida y finalidad difieren en ocasiones bastante del marco establecido por aquella norma.

Por otra parte, ya vimos cómo el Reglamento (CE) 1.257/1.999, del Consejo, de 17 de marzo, sobre la ayuda al desarrollo rural a cargo del Fondo Europeo de

<sup>1455</sup> Cfr. Andalucía, Navarra, Cataluña, Madrid, La Rioja, Comunidad Valenciana y País Vasco.

Orientación y de Garantía Agrícola (FEOGA) derogaba varios reglamentos. Entre ellos el Reglamento (CEE) nº 2.080/1.992 del Consejo, de 30 de junio de 1.992, por el que se establece un régimen comunitario de ayudas a las medidas forestales en la agricultura. El nuevo reglamento ha recogido en su Capítulo VIII las ayudas y primas destinadas al mantenimiento ecológico de los bosques y, en particular, a la gestión forestal sostenible y el desarrollo sostenible de la silvicultura, el mantenimiento y la mejora de los recursos forestales, y el aumento de las superficies forestales. Las ayudas se conceden a los propietarios de bosques privados. Se trata de ayudas para la forestación, para inversiones que aumenten el valor ecológico de los bosques, utilización racional de la madera, explotación sostenible y de primas anual por hectárea poblada para cubrir los costes de mantenimiento durante un período de hasta cinco años, y por hectárea para cubrir durante un período máximo de veinte años las pérdidas de ingresos que ocasione la forestación a los agricultores, o a sus asociaciones, que trabajaban la tierra antes de aquélla o a cualquier otra persona de Derecho Privado. También cabe aplicar las primas a asegurar el mantenimiento de cortafuegos con medidas agrícolas.

Volviendo a España, la política pública forestal del Estado se había basado en la gestión de los montes públicos, pero de modo que algunos montes de titularidad privada (sobre todo los declarados protectores) fueran mantenidos y gestionados también por la propia Administración (por medio de, por ejemplo, consorcios o convenios de repoblación), limitándose la tarea de las autoridades públicas, respecto del resto de los montes privados, a trabajos de control administrativo sin integrarlos realmente en la planificación forestal global. El desarrollo e importancia que han venido adquiriendo el sector forestal privado clama por una reforma proambiental de la ley estatal de montes, algo que ya han hecho las Comunidades Autónomas con ley propia.

En esta línea se mueven dos importantes instrumentos planificadores por un lado, la Estrategia Española para el Uso sostenible de la Diversidad Biológica presentada en 1.999, que promueve que, para los montes de propiedad privada (66% de los españoles), se utilicen incentivos, tanto positivos como negativos, con el objetivo de fomentar su gestión sostenible, contribuyendo así al mantenimiento de los beneficios ambientales y servicios de aprovechamiento general y público que brindan los montes. Por ello, los convenios de colaboración están llamados a servir de engarce entre los privados y las Administraciones, aunque también quepa pensar que la llamada "certificación forestal" sirva a ese fin, aunque en una menor medida<sup>1456</sup>.

1456 La certificación forestal, aún por estrenar normativamente en España. Se trata de que los bosques madereros de titularidad privada puedan someterse voluntariamente a un proceso de certificación, llevado a cabo por entidades convenientemente acreditadas al efecto, que se encargarían de certificar que responde a una gestión ambiental sos-

También en Francia se piensa en adoptar un sistema de ecoetiquetado forestal. Desde el X Congreso Mundial Forestal celebrado en París en 1.991 y la Conferencia de Helsinki de 1.993, que fijó el concepto de gestión sostenible, se ha venido especulando en Europa sobre la posibilidad de conformar un sistema común de certificación de bosques. Se trataría, en principio, de otorgar una ecoetiqueta propia a los bosques y montes que sean gestionados de manera sostenible por su propietario o poseedor. Para compensar los sobrecostos que este modo ambiental de mantenimiento supondría, se le permitiría a éstos vender la madera obtenida en los mercados mundiales, al tiempo que se impediría el acceso a aquélla otra salida de bosques no sostenibles.

A pesar de lo atractivo de la idea, la posición francesa ha sido siempre contraria a este devenir, apoyándose en la singularidad de sus bosques en mano privada, que son, de media, mucho más pequeños que en el resto de Europa (7 hectáreas), con lo que un sistema tal no les acarrearía más que perjuicios<sup>1457</sup>. Más favorable se ha mostrado, en cambio, el Ministerio de Cooperación, que desde 1.990 ha desarrollado Proyectos-piloto de Gestión integrada en los bosques tropicales de África, firmando contratos de desarrollo sostenible con particulares y encaminadas a la creación de una etiqueta para la madera tropical<sup>1458</sup>.

Por otro, ha sido elaborada la “Estrategia Forestal Española”<sup>1459</sup>, algunas de cuyas funciones esenciales nos interesan, en la medida en que, entre otras cosas, pretende

tenible y adecuada. Por dicha certificación se pagaría una cantidad económica, tendría una vigencia limitada y estaría sometida a controles periódicos, al estilo de la ecoetiqueta comunitaria. Aunque el sistema no está desarrollado, la Estrategia Española de Uso sostenible de la Diversidad Biológica la propone como medida válida (medida voluntaria, una vez más), y varias ONGs dedicadas a la protección forestal la ven con buenos ojos. El F.S.C. (*Forest Stewardship Council*), fundado en 1.993 en Oaxaca (Méjico), es una entidad asociativa que ha desarrollado procedimientos que vigilan y acredita a agencias certificadoras a nivel mundial, que a su vez, a través de personal técnico especializado, certifican todo tipo de bosques y plantaciones. Actualmente cuenta con 180 miembros de 36 países, posee 5 entidades reconocidas internacionalmente y un total de 17 millones de hectáreas de bosques certificados. Aunque existen 4 bosques certificados en Alemania, tres en Bélgica y uno en Italia, ninguno ha sido aún objeto de certificación en España. Básicamente, la certificación se desarrolla en dos ámbitos: la certificación del sistema de manejo o producción forestal y la certificación de la cadena de custodia, es decir, el camino que sigue el producto entre su lugar de extracción y elaboración.

<sup>1457</sup> El propio art. 101 del Código forestal francés atribuye al propio Estado las competencias sobre calidad y buena gestión de los bosques. Al mismo tiempo, existen otras formas de control, como el Inventario forestal nacional, que analiza todos los bosques franceses, rotando en cada Departamento cada 10 años. En Inglaterra, Suecia, Noruega y Finlandia o Alemania existen ya sistemas más o menos consolidados de ecocertificación forestal, como la etiqueta *Woodmark* inglesa, el *Living Forest* noruego o el *Tropfenwald* alemán. Cfr. ASSOGBAVI, F., *L'écocertification des forêts. Enjeu environnemental et commercial*, en *Environnement & Technique*, noviembre, n.º. 161, 1.996, pág. 54-56.

<sup>1458</sup> Vid. OECD, *Reconciling Trade, Environment and Development Policies. The Role of Development Co-Operation*, OECD Documents, París, 1.996, pág. 57.

<sup>1459</sup> La Estrategia Forestal Española supone la traslación en nuestro país del marco jurídico internacional y comunitario sobre la gestión ambiental y sostenible de los bosques. En la Sesión Especial de la Asamblea de Naciones Unidas que tuvo lugar en Nueva York en junio de 1.997, y en la que se revisó la aplicación de los acuerdos de Río, se introdujeron algunas reflexiones al respecto. Igualmente, el Parlamento Europeo aprobó en enero de 1.997 una Resolución sobre la Política Forestal de la Unión Europea (A4-0414/96 (DOCE de 24/2/97), instando a la Comisión a elaborar una Estrategia Forestal Europea en un plazo de dos años. En respuesta a este compromiso la Comisión ha

establecer marco adecuado a la actividad forestal privada para revitalizar un sector económico de gran importancia para la generación de empleo en el medio rural, Equilibrar la gestión de los usos del monte de acuerdo con su multifuncionalidad ecológica, social y económica, garantizando su sostenibilidad y la planificación conjunta y coordinada del sector forestal tanto público como privado.

La Estrategia Forestal Española aboga también por la progresiva adhesión de nuestros bosques a los sistemas de certificación forestal de la F.S.C. (*Forest Stewardship Council*), patrocinado en España por las ONGs ADENA-WWF, o al incipiente y sistema de certificación forestal paneuropeo (P.E.F.C.: *Pan European Forest Certification*).

Están todavía por estudiar, empero, que estos sistemas no supongan barreras al comercio de tipo no arancelario, como prohíben los Tratados de la UE. La razón de ser de un sistema de certificación es la misma que la que puede existir en la ecoetiqueta: esto es, crear en los consumidores de los productos silvícolas (madera, materias primas) la confianza de estar usando insumos de bosques ambientalmente sostenibles. Aunque la certificación sea llevada a cabo por una ONG, el contrato o convenio de adhesión del bosque concreto al sistema supondría un acuerdo ambiental voluntario de carácter institucional, en el que la parte privada se obliga a pagar los costes de la certificación y a manejar ambientalmente su bosque, y la Administración concedería la certificación, incluso alguna ayuda de fomento en la fase inicial de despegue del sistema, para atraerse al mayor número de interesados. Aunque el modelo administrativo del sistema aún no está creado, la Estrategia Forestal Española pretende coordinar uno a medio plazo con las CC.AA.

Dada la preeminencia numérica de bosques en mano privada y las nuevas exigencias ambientales derivadas de la nueva sensibilidad comunitaria e internacional, sería realmente muy deseable una reforma de la Ley de Montes de 1.957 que recogiera, institucionalizándolos, la posibilidad de celebrar convenios de colaboración entre las Administraciones forestales y los propietarios de bosques, con la intención de incentivar y ayudar económicamente la labor social que éstos llevan a cabo en defensa de usos más sostenibles y de protección ambiental, en general, de las masas selvícolas. Así lo ha recogido de manera prístina la propia Estrategia Forestal Española cuando, en su segundo libro, dice que:

\*\*\*\*\*  
elaborado un informe que ha sido objeto de una Resolución del Consejo aprobada el 14 de diciembre de 1.998 (COM (1.998) 640, de 18 de noviembre). Además, durante el año 1.998 se han iniciado las negociaciones en el seno de la Unión Europea sobre el Reglamento de Desarrollo Rural que incluye el apoyo al sector forestal que forma parte del paquete de reformas de las políticas comunes denominado Agenda 2.000 y que va a regular las ayudas que podrán ser financiadas por los fondos estructurales para el periodo 2.000-2.006. El ahora denostado y traicionado Protocolo de Kyoto de diciembre de 1.997 sobre el cambio climático ha señalado otra futura función o competencia estatal de coordinación de la información y de determinación del papel de las masas forestales como sumideros de carbono.

*“La futura Ley debería proporcionar cobertura jurídica a convenios o formas contractuales entre las Administraciones y los particulares de modo que incentiven usos más acordes con políticas estatales ambientales o sociales como la salvaguarda de la biodiversidad, de paisajes, del patrimonio natural o del fomento de la producción forestal y el desarrollo rural. Esta cobertura jurídica no sólo debería tener por función la seguridad jurídica acerca de su validez para las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, sino que debería ser utilizada como posible criterio de destino de cualquier fondo público para el cumplimiento de sus fines”.*

Estos instrumentos paccionados de carácter voluntario están llamados a sustituir los consorcios y convenios forzosos de gestión todavía vigentes (por ejemplo, los de repoblación del art. 50.2 de la Ley de Montes), de muy gravosa llevanza para los propietarios privados de montes catalogados o protectores de cuencas hidrográficas, hijos de otra época en la que la imposición y el ejercicio *ad sidera* de las potestades administrativas eran usuales. Alguna propuesta legislativa ha existido ya de este tenor, aunque no hayan llegado siquiera a ver la luz<sup>1460</sup>.

## 2. Los instrumentos paccionados forestales en algunas normativas autonómicas

- En Navarra la normativa vigente en materia forestal es la Ley Foral 13/1.990, de 31 de diciembre, de protección y desarrollo del patrimonio forestal de Navarra<sup>1461</sup>. En ella se contemplan convenios entre la Administración y los titulares de terrenos forestales para la ejecución de trabajos de prevención y extinción de plagas o enfermedades forestales (art. 33.2), convenios con centros de investigación

<sup>1460</sup> Tal fue la proposición de ley presentada por el grupo socialista en el Congreso, clasificada con el nº. 122/000012 y titulada “Uso y aprovechamiento sostenible de los espacios forestales” (BOCG de 24 de abril de 2.000, 16-1), que, en su art. 55 incluía una amplísima cláusula de recurso a los instrumentos paccionados, que dejaba a la Administración forestal un formidable marco de maniobra para la celebración de cuantos convenios fueran necesarios para cumplir los objetivos conservacionistas y ambientales de la proposición de ley. La toma en consideración de los beneficios ambientales que se requiere no supone más que la legitimidad del otorgamiento de contraprestaciones económicas administrativas a los propietarios y particulares con quien se celebraren dichos convenios. La proposición de ley iba más allá de esa apuesta principal por la pactación, concretando ejemplos de la misma en su articulado. Así, por ejemplo, en su art. 48.5 incluía los convenios de colaboración de repoblación forestal a suscribir entre los propietarios y la Comunidad Autónoma, en los que se acordaran las aportaciones de ambas partes. Desgraciadamente, la proposición de ley fue rechazada.

<sup>1461</sup> BON núm. 6, de 14 de enero de 1.991. Esta ley ha sido modificada por la Ley Foral 9/1.996, de 17 de junio, de Espacios naturales de Navarra (BON núm. 78, de 28 de junio de 1.996). Su desarrollo reglamentario lo ha realizado el Decreto Foral 59/1.992, de 17 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Montes en desarrollo de la Ley Foral 13/1.990, de 31 de diciembre, de protección y desarrollo del patrimonio forestal de Navarra (BON núm. 48, de 20 de abril de 1.992), modificado por Decreto Foral 112/1.994, de 6 de junio (BON núm. 76, de 27 de junio de 1.994) y por Decreto Foral 141/1.996, de 11 de marzo (BON núm. 42, de 5 de abril de 1.996).

especializados en la transformación de productos forestales, públicos o privados, y con empresas del sector, que permitan la transferencia adecuada de tecnología y la modernización y mejora de los procesos de transformación (art. 63), y, por último, convenios para el uso por los titulares de terrenos forestales de las infraestructuras cuya construcción y financiación corran por entero a cargo de la Comunidad Foral (entre ellas, los trabajos de corrección hidrológico-forestal que sean necesarios para el mantenimiento y recuperación de la estabilidad y fertilidad del suelo frente a la erosión, la reconstrucción de los bosques destruidos por los incendios o por otras causas, la ampliación de la superficie arbolada de Navarra, mediante la creación de bosques con capacidad de regenerarse y de evolucionar hacia formaciones vegetales maduras, la construcción y conservación de infraestructuras de prevención de incendios forestales, así como los trabajos de selvicultura preventiva y la lucha contra plagas cuyo tratamiento hubiera sido declarado de utilidad pública por la Comunidad) (art. 69)<sup>1462</sup>. También cabrá convenir formas de indemnización entre la C.A. y los titulares de derechos afectados por la tutela ambiental que impone la ley.

- En la Comunidad Autónoma de Madrid, la Ley 16/1.995, de 4 de mayo, Forestal y de Protección de la Naturaleza de la Comunidad de Madrid, establece un régimen general de gestión de los montes por sus respectivos propietarios (salvo los de utilidad pública, cuyo mantenimiento correrá a cargo de la Administración si existiera convenio al efecto, ex art. 22, d)), si bien, en aras del principio de responsabilidad compartida y de solidaridad colectiva en la protección ambiental se proclama la posibilidad de que dichos propietarios privados puedan voluntariamente celebrar convenios de colaboración con la Comunidad para proceder a una gestión compartida y conjunta de los mismos (art. 8). En su art. 10 se explica que en esos convenios la Administración puede contribuir con ayudas económicas.

Se establece un doble régimen para los montes privados: uno general, y otro especial, para aquéllos declarados administrativamente de utilidad pública, protectores, protegidos y preservados. El resto de los montes, cualquiera que fuese su titularidad, se considerarán sometidos al régimen general. Los convenios se podrán celebrar con cualquier tipo de montes privados, si bien en los de régimen especial la Comunidad de Madrid ejercerá siempre su tutela y el control de la gestión que en los mismos realicen sus titulares. La cláusula general de gestión paccionada de las cualidades ambientales de los bosques privados se encuentra en el art. 23 en relación con el art. 95, con los objetivos de gestión pública de los terrenos forestales, reforestación, rege-

1462 Convenios de este mismo tipo se prevén también en el art. 82.2 de la Ley 2/1.995, de 10 de febrero, de Protección y Desarrollo del Patrimonio forestal de La Rioja.

neración y mejora de terrenos forestales y la forestación de aquellos otros que sean susceptibles de una transformación en forestal, realización de trabajos de restauración hidrológico-forestal (aquí se rompe la norma de la legislación forestal española del carácter exclusivamente interadministrativo de este tipo de actuaciones de recuperación de cauces fluviales), prevención de incendios y la protección fitosanitaria, adecuación recreativa de los montes y protección de fauna y flora.

Las ayudas a recibir son subvenciones, anticipos reintegrables, créditos, exenciones fiscales, asesoramiento, ayuda técnica o ejecución de los trabajos a cargo, parcial o total, de la Comunidad de Madrid y cualesquiera otros establecidos por las disposiciones que desarrollen esta Ley. En particular, cabe la celebración de convenios para la financiación de los trabajos e inversiones que tengan que realizar los propietarios de terrenos forestales en la ejecución de las tareas que les incumban para la aplicación de los planes de protección de los ecosistemas forestales contra incendios (art. 51.2), así como para la financiación de las tareas de recuperación de las tierras afectadas por un hipotético incendio (art. 54.1); también, para la realización de tareas fitosanitarias de lucha contra plagas (arts. 58.2 y 59.2); convenios de reforestación (arts. 66.3 y 68.2); convenios de conservación para defender los valores medioambientales de los montes (art. 69.2); convenios con centros de investigación y empresas del sector para fomentar su desarrollo tecnológico, así como ayudas para la mejora de las industrias transformadoras y de comercialización (art. 92.2,c)).

### 3. Convenios para la protección de los bosques contra el fuego

#### 1. En general

La importancia de la colaboración de los propietarios de bosques y fincas rurales en la protección contra incendios ha evolucionado paralelamente a la comentada moderna gestión de la gestión forestal, que pasó de basarse en la obsoleta Ley de Montes de 1.957 a aplicar los planes y leyes autonómicas potenciadores de la participación de los propietarios privados. La Ley 81/1.968, de 5 de diciembre, sobre incendios forestales y el Decreto 3.769/1.972, de 23 de diciembre, por el que se aprueba su reglamento, aún vigentes como normas básicas, no recogen mecanismos convencionales a pactar entre particulares y la Administración para prevenir los incendios ni restaurar la superficie dañada. En una época centralista de fuerte intervención estatal, las medidas coercitivas de los Alcaldes y la existencia de un fondo de compensación de los daños causados a los particulares en las tareas de extinción eran normales.

Entre otras normas más o menos recientes podemos citar la Orden de 3 de abril de 1.996, del Ministerio de Industria, Pesca y Alimentación, por la que se aprueba el III Plan de Acciones Prioritarias (1.996-2.000) contra Incendios Forestales, y en ella se dedican ayudas estatales, mejorables presupuestariamente mediante convenios con CC.AA., para cubrir las inversiones que los propietarios públicos o privados de montes comprendidos en los perímetros de protección prioritaria o las agrupaciones de voluntarios para la prevención constituidas legalmente en ellos realicen para la protección y prevención de incendios, siempre que dichas inversiones se aplicaran a proyectos integrados de protección (PIP) que son elaborados por las Comunidades Autónomas para el cuatrienio de vigencia de este plan.

## 2. El caso andaluz como un buen ejemplo de política paccionada de prevención de incendios

Posiblemente la norma autonómica más avanzada en la inclusión de la colaboración privada en las tareas de prevención y defensa contra los incendios forestales y restauración de las tierras afectadas es la Ley 2/1.992, de 15 de junio, Forestal de Andalucía<sup>1463</sup>. El problema del fuego en el campo adquirió tintes de auténtica tragedia en los años ochenta, e incluso a principios de los noventa todos los esfuerzos públicos parecían incapaces de contener la plaga de incendios que azotaba sistemáticamente nuestro país entre la primavera y el otoño de cada año. Consciente del problema, varias normas autonómicas empezaron a recurrir al concurso de los particulares para intentar poner coto al desastre, de ahí el espíritu incentivador de la colaboración ciudadana que insufla la ley andaluza, como otras más que citaremos en este epígrafe.

En efecto, la Ley andaluza permite a la Administración forestal autonómica la celebración de convenios con propietarios de fincas y bosques para prevenir los incendios y los instrumenta, además, como el cauce jurídico a través del que conceder ayudas e incentivos económicos a aquéllos por los beneficios generales (ecológicos y económicos) que su labor privada genera en la colectividad. Para ello recoge una cláusula general de pactación Administración-particulares, que recoge con claridad meridiana sus arts. 70 y 71<sup>1464</sup>.

<sup>1463</sup> En BOJA 57/1.992, de 23 de junio. BOE 163/1.992, de 8 de julio.

<sup>1464</sup> El Decreto 208/1.997, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento Forestal de Andalucía (BOJA 117/1.997, de 7 de octubre), completa este régimen en su art. 109, titulado "Convenios". En él se permite que todas las medidas de fomento que se enumeran en el Título VII del reglamento (que son las que recoge el art. 105, a saber: subvenciones, anticipos reintegrables, créditos, subvenciones de intereses, apoyo técnico y de material, construcción de equipamientos e infraestructuras, y cualesquiera otras aprobadas en desarrollo de la Ley Forestal) sean realizadas a tra-

Además de esa portada principal, el hilo del articulado arroja ejemplos concretos de actuaciones convencionales: entre ellos, podemos nombrar los convenios económicos con los titulares de las explotaciones y bosques privados para la ejecución de trabajos de prevención y extinción de enfermedades y plagas (art. 46.3); para la gestión de fincas o terrenos forestales encaminados a la investigación experimentación, divulgación y demostración de actuaciones forestales (art. 72).

La Ley 5/1.999, de 29 de junio, de la C.A. andaluza, de Prevención y Lucha contra los Incendios forestales (BOJA 82/1.999, de 17 de julio; BOE 190/1.999, de 10 de agosto, ha seguido la misma filosofía pacticia que su homóloga de protección forestal, completando su régimen jurídico. Para canalizar la colaboración de los propietarios forestales, incluidas las Entidades Locales y asociaciones o entidades previstas por la Ley, se acude a la figura de la Agrupación de Defensa Forestal, de carácter voluntario<sup>1465</sup>, al tiempo que se permite que la Consejería de Medio Ambiente suscriba convenios con particulares o entidades interesados en colaborar en la prevención y lucha contra los incendios forestales con la finalidad de concretar y organizar su participación o aportación (art. 15.2). Por ejemplo, son típicos los convenios de realización de tareas de cortafuegos.

Se trata de instrumentos paccionados en los que la Administración autonómica otorga los incentivos previstos en esta Ley (subvenciones, incluidas las de intereses y primas de seguros, que podrán alcanzar hasta el 75% de la inversión, anticipos reintegrables, créditos y cualesquiera otros que en desarrollo de la ley pudieran establecerse) a cambio de que el propietario del terreno forestal realice trabajos y adopte las medidas de prevención y lucha contra incendios forestales que la ley le exige (en ese caso serían convenios forzosos) o a los que voluntariamente se obligue. Asimismo, podrán otorgarse para contribuir a la recuperación y restauración de

.....  
 vés de Convenios entre la Consejería de Medio Ambiente y los particulares y propietarios de montes. La Consejería de Medio Ambiente podrá, asimismo, suscribir convenios con titulares de montes públicos o particulares o aprovechamientos que se desarrollen sobre los mismos para la realización de actuaciones de interés forestal, y en particular: restauración hidrológico-forestal, prevención y defensa contra incendios forestales, defensa contra plagas, enfermedades y agentes nocivos forestales, repoblación forestal y lucha contra la erosión y la degradación de los suelos. La firma de los convenios corresponde al Consejero de Medio Ambiente, pudiendo delegar dicha función en los Delegados Provinciales de la Consejería de Medio Ambiente.

<sup>1465</sup> De acuerdo con los arts. 56 y 57 de la Ley 2/1.992, en las Agrupaciones de Defensa Forestal se podrán integrar, con carácter voluntario, los titulares de terrenos forestales, las agrupaciones de los mismos, las entidades locales, las asociaciones que tengan por finalidad la conservación de la naturaleza y las organizaciones profesionales agrarias. La ley les confiere la consideración de entidades de utilidad pública con personalidad jurídica propia y sin ánimo de lucro, y su objetivo es realizar de forma coordinada las tareas precisas para la prevención y extinción de incendios forestales y la defensa contra las plagas, de acuerdo con las previsiones de la presente Ley y las instrucciones dictadas por la Administración Forestal. Ese carácter voluntario y coordinador de los esfuerzos privados de prevención de incendios ha motivado que el art. 63 de la Ley 5/1.999, gozarán de prioridad para la obtención de los beneficios previstos en la presente Ley.

zonas incendiadas (arts. 61 y 62). En cuanto a los beneficiarios, el art. 63 dispone que lo podrán ser todas las personas físicas o jurídicas, de carácter público o privado, ya sean propietarias o titulares de terrenos o explotaciones forestales o tengan concedido su uso y disfrute.

El Decreto 45/1.995, de 26 de mayo, de la Consejería de Medio Ambiente de Murcia, por el que se aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de Calblanque, Monte de las Cenizas y Peña del Águila, ya citado, recoge también entre sus directrices para la regulación forestal la posibilidad de que la Consejería de Medio Ambiente establezca acuerdos con los propietarios de los terrenos y montes dentro del ámbito del PORN, para ordenar y encauzar todas las actividades que tengan por objeto la prevención de los incendios forestales. Dichos acuerdos irán orientados a la realización de estas medidas preventivas bien por la propia Consejería de Medio Ambiente o bien por los propietarios de los terrenos y montes pero subvencionados por la propia Administración, para lo cual se establecerán líneas de apoyo adecuadas.

### **3. Los convenios y consorcios de repoblación forestal**

Por lo que llevamos visto de los convenios ambientales entre Administraciones y empresas, podemos concluir, entre otras cosas, que la Administración suele incentivar a la parte privada del convenio para que esta realice actuaciones de interés general.

Pues bien, en los convenios y consorcios recogidos en la legislación forestal estatal la estructura del negocio es diferente, ya que la Administración no se sitúa como receptora del servicio o actividad llevada a cabo por la parte privada sino que, al revés, es ella la que desempeña la prestación de interés general a recibir por el particular. En concreto, cuando el titular de un monte desea proceder a la repoblación forestal de su terreno, puede suscribir un consorcio con la Administración forestal para que esta le asesore o directamente la lleve a cabo, dada la alta exigencia que conlleva este tipo de labores, desde un punto de vista científico y técnico. Este tipo de consorcios tiene vigencia para todas aquellas comunidades que no hayan aprobado su propia normativa forestal (las menos) y viene recogido en la derogada Ley de Montes de 1.957 y su Reglamento (Decreto 485/1.962, de 22 de febrero), que, a su vez, remite a la Ley de Patrimonio Forestal del Estado de 10 de marzo de 1.941 (y a su Reglamento de 30 de mayo del mismo año).

Los consorcios de repoblación se recogen en los arts. 287 y 288 del reglamento de la Ley de Montes, y parecen configurarse como contratos administrativos atípicos: el titular cede la posesión de sus terrenos y entrega a la Administración un derecho de vuelo sobre los mismos, a cambio de que ésta proceda a repoblarlos. El propietario se benefi-

ciará de los resultados económicos que la explotación de la madera le genere, y la Administración se cobrará los gastos de repoblación de esos beneficios. El interés general estriba en la generación e incremento de una nueva masa arbustiva, con finalidades económicas y de favorecimiento del empleo. Posteriormente, la Ley 5/1.977, de 4 de enero, de Fomento de la Producción Forestal, añadió a esos consorcios los denominados convenios para el fomento de la producción de madera, que siguen el mismo esquema pero con la finalidad de aumentar la producción maderera de nuestros bosques (art. 22 y arts 50 y 54 del Decreto 1.279/1.978, de 2 de mayo, de desarrollo de la Ley 5/1.977). Es después de este momento, a partir de 1.980, cuando se produce una cesura en la forma de enfocar las repoblaciones por parte de la Administración, estupendamente detectada por PIZARRO NEVADO: si hasta ahora ésta recuperaba los costes de las labores repobladoras de los beneficios económicos de la explotación de los árboles plantados, desde entonces hasta ahora, la finalidad ambiental ha predominado, de forma que, al no existir un interés general en la producción maderera propiamente dicha sino en la conservación del bosque, la Administración renuncia a compensar los gastos realizados en la repoblación, con lo que aumentan los beneficios también para el titular de los terrenos repoblados, fomentando, de alguna manera, más si cabe, un nuevo tipo de actuación repobladora basada en la acción concertada, a través de convenios o consorcios no contractuales sino de colaboración<sup>1466</sup>.

## VIII. BREVE RESEÑA SOBRE LA ADAPTACIÓN DEL REGLAMENTO DE ETIQUETADO ECOLÓGICO COMUNITARIO AL DERECHO ESPAÑOL

El régimen jurídico que hemos explicado de la ecoetiqueta y la ecoauditoría son los que rigen también en España, con las necesarias reglamentaciones acerca de las

1466 Cfr. PIZARRO NEVADO, R., *Conservación y Mejora de Terrenos Forestales. Régimen Jurídico de las Repoblaciones*, editorial Lex-Nova, Valladolid, 2.000, págs. 335-343. El origen de este nuevo tipo de convenios se sitúa en la Ley de 16 de junio de 1.982 y en la normativa autonómica posterior, actualmente vigente, como las leyes valenciana o madrileña en materia forestal (ya citadas) o los decretos de la Junta de Castilla-León 15/1.988, de 28 de enero (que regula los conciertos para la mejora del entorno y la regeneración ecológico-forestal) o 22/1.992, de 13 de febrero (que recoge los contratos para la repoblación forestal con especies de crecimiento rápido). Aunque diverjamos de la calificación que este autor hace de los convenios y consorcios de repoblación como contratos administrativos, si fija con mucha corrección la clave de esta nueva etapa: desaparece la *causa solvendi* propia de los contratos anteriores, ya que existe un desequilibrio patrimonial real a favor de la parte privada, que recibe el estímulo administrativo pare ceder sus terrenos, sin tener que pagar por la repoblación llevada a cabo por ella. Valga la remisión a toda la sección segunda de su obra para profundizar más sobre las repoblaciones voluntarias en España. También pueden consultarse las obras de MORENO MOLINA, J. A., *La Protección de los Bosques*, en la obra colectiva ORTEGA ÁLVAREZ, L. (director), *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, editorial Lex Nova, Valladolid, 1.998, págs. 277-281 y *La protección ambiental de los Bosques*, Marcial Pons, Madrid, 1.998, págs. 212-226. En su opinión, la política ecológica de repoblación no nació en 1.982 sino con la normativa de impacto ambiental (Real Decreto Legislativo 1.302/1.986, de 28 de junio) y la Ley 4/1.989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios y de la Flora y Fauna silvestres.

entidades encargadas de llevarlas a cabo, obviamente. Es por ello por lo que nos remitimos, en todo lo concerniente a las complejas funciones de certificación, acreditación y normalización a la excelente obra de CARRILLO DONAIRE<sup>1467</sup>. Baste por ahora con dar noticia del avance que el nuevo EMAS ha realizado a favor de la conjugación de un esquema público de gestión ambiental de la empresa con las normas técnicas de origen privado y consensual<sup>1468</sup>.

Ha sido el Real Decreto 598/1.994, de 8 de abril, del Ministerio de la Presidencia, el que ha transpuesto para España el sistema comunitario de concesión de etiqueta ecológica. Se trata de una norma polémica, que atribuyó la facultad de designar un organismo competente para la tramitación y concesión de la etiqueta comunitaria en España a cada Comunidad Autónoma en particular, limitándose a adjudicar al Estado (en concreto, a la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Vivienda) la competencia para nombrar un ente competente subsidiario (art. 1.1.), a la sazón A.E.NOR.<sup>1469</sup>. MARTÍN MATEO, por ejemplo, se muestra absolutamente contrario a esta solución, que podría llegar al extremo de constituir 17 de esos entes, uno por Comunidad<sup>1470</sup>. A lo que eso supondría en reduplicación de esfuerzos y en desconcierto para los solicitantes, se contrapondría una lógica legitimidad de tal atribución a las CC.AA., según resulta de sus competencias en materia de medio ambiente, tal y como se desprenden del art. 149.1.23ª CE. A favor de la designación de organismos por cada Comunidad Autónoma, puede citarse el ejemplo de SERRANO GÓMEZ<sup>1471</sup>.

Con la entrada en vigor del Reglamento comunitario 1.980/2.000, la polémica pare-

\*\*\*\*\*

<sup>1467</sup> Vid. CARRILLO DONAIRE, J. A., *El Derecho de la Seguridad y de la Calidad industrial*, Marcial Pons- Instituto García Oviedo, Madrid-Barcelona, 2.000.

<sup>1468</sup> En palabras de NOGUEIRA, A., *Las normas técnicas como fórmula de regulación de la fase interna del EMAS*, III Congreso Nacional de Derecho Ambiental, Fundación Biodiversidad-Ministerio de Medio Ambiente, Barcelona, 2.000, pág. 224, "Los organismos privados de normalización son exponentes de un régimen de autorregulación, pero, al mismo tiempo, la normalización adquiere relevancia pública por la repercusión que tienen en terrenos como la contratación pública y debido a que contribuye a fijar niveles de seguridad de los productos, calidad ambiental o salubridad.". Para la autora, estas prácticas no son más que la consecuencia de las nuevas formas de actividad administrativa que estamos viviendo hoy en día en toda Europa, que, por un lado, delega parcelas a los poderes privados para que se autoregulen, por otra, respalda públicamente esa labor normativa privada con remisiones en las leyes y reglamentos (lo que les otorga seguridad jurídica y credibilidad (pág. 226).

<sup>1469</sup> La Asociación Española de Normalización y Certificación ha sido designada en la Disp. Adic. 1ª y Disp. Transit. 2ª del Real Decreto 2.200/1.995, de 28 de diciembre, que aprobaba el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial, del Ministerio de Industria y Energía, como organismo de normalización y certificación de los previstos, respectivamente, en el capítulo II y en la sección 1ª del capítulo III del mismo.

<sup>1470</sup> A favor de la centralización del organismo competente, MARTÍN MATEO, R., *Nuevos Instrumentos... opus cit.*, págs. 92 y 93, si bien ha moderado un tanto su postura, resignándose al nuevo modelo en MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho Ambiental*, editorial Trivium, 2ª edición, Madrid, 1.999, pág. 155. A nosotros, más por los motivos prácticos apuntados que por puras razones jurídicas (no olvidemos que la letra de los dos reglamentos comunitarios y del Real decreto 598/1.994 avalan la competencia autonómica para la designación de su propio organismo) nos parece que debería existir un único organismo competente, designado por el Estado, A.E.NOR., pero en el que participaran, mediante convenios, informes o por la propia integración en él, las CC.AA., algo que ya ocurre en Alemania con los *Länders*. No nos parece tampoco mal la situación actual (en que ya se han designado, aparte A.E.NOR., cinco organismos autonómicos más) siempre que el Estado los coordine para evitar disfuncionalidades.

ce cerrarse a favor de esta teoría, ya que el actual art. 14 (como antes lo hacía el art. 9) sigue recogiendo la posibilidad de que existan varios organismos competentes por Estado, si bien con la salvedad de que ahora será el propio Estado (aquí España) el que tenga que establecer la distribución de competencias entre el organismo estatal y los autonómicos, así como la coordinación entre ellos. A ese control estatal *a priori* se suma otro que le cabe una vez constituidos y actuantes esos posibles organismos autonómicos: habrá de velar por la aplicación correcta del Reglamento comunitario, esto es, por la aplicación correcta de los criterios exigidos en él para la concesión de la etiqueta.

Dado el alto grado de incidencia o intervención estatal permitido por el nuevo reglamento de ecoetiqueta comunitaria en los organismos competentes que se creen, no sería descabellado apuntar que lo que este nuevo régimen permite es que el Estado “descentralice” o divida las competencias de concesión de la etiqueta en varios organismos, por pura racionalidad del trabajo o en aras del principio de eficacia. Así, por ejemplo, se podrían crear diferentes organismos competentes para conferir la etiqueta a productos de sectores concretos.

De todas formas, hasta la fecha, han sido varios los organismos creados a tal efecto. Aparte de A.E.NOR., la Comunidad Autónoma de Madrid designó a la Dirección General de Educación y Prevención Ambiental al respecto<sup>1472</sup>. También Murcia<sup>1473</sup>, la Comunidad Valenciana<sup>1474</sup>, Cantabria y Cataluña<sup>1475</sup> han hecho lo propio. Hay que apuntar, no obstante, que de esos cinco organismos autonómicos, hasta ahora sólo el designado en Cataluña está actuando a pleno ritmo, habiendo ya concedido etiquetas comunitarias a productos de empresas catalanas<sup>1476</sup>.

<sup>1471</sup> Vid. SERRANO GÓMEZ, C., *El Etiquetado ecológico*, Ministerio de Obras Públicas, Transportes y medio ambiente, serie monografías, Madrid, 1.995, pág. 70. Esta autora recuerda que el sistema finalmente aprobado por el Real Decreto 598/1.994 fue pactado entre el Estado y las Comunidades Autónomas (según se mostraran favorables o no a designar organismo competente propio) (pág. 71).

<sup>1472</sup> Véase Decreto 185/1.998, de 29 de octubre, de la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Regional, art. 2. En este caso, al tratarse de un órgano administrativo, la denegación de la concesión de la etiqueta, su anulación o suspensión podrá recurrirse por el procedimiento administrativo y posterior contencioso, lo que nos parece más apropiado que la vía civil a que se ven abocados los recurrentes frente a A.E.NOR.

<sup>1473</sup> Vid. Decreto 89/1.996, de 22 de noviembre, de la Consejería de Medio Ambiente, Agricultura y Agua, cuyo art. 1 indica que “la Dirección General de Protección Civil y Ambiental de la Consejería de Medio Ambiente, Agricultura y Agua, será el organismo competente para otorgar la etiqueta ecológica comunitaria y para el ejercicio de las demás funciones a que se refiere el Reglamento (CEE) 880/1.992 del Consejo, de 23 de marzo, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Murcia”.

<sup>1474</sup> Por medio del Decreto 254/1.994, de 7 de diciembre, de la Conselleria de Medio Ambiente, en cuyo art. 1 se atribuye a la es la Dirección General de Calidad Ambiental de la Conselleria de Medio Ambiente, la competencia para otorgar la etiqueta comunitaria en el ámbito de su Comunidad.

<sup>1475</sup> Ex Decreto 255/1.992, de 13 octubre, del Departamento de Medio Ambiente, de Órganos competentes en Materia de Etiquetado ecológico, cuyo artículo 1 señala que para el ámbito de la Generalidad de Cataluña, el organismo competente es la Dirección General de Calidad Ambiental del Departamento de Medio Ambiente, excepto para los alimentos, bebidas y productos farmacéuticos, y desarrollado por Orden de 27 de abril de 1.995, del Departamento de Medio Ambiente.

<sup>1476</sup> Para más información, así como para conocer algunos de los productos agraciados con la etiqueta, puede consultarse la página web de la UE sobre etiqueta ecológica: [www.europa.eu.int/ecolabel](http://www.europa.eu.int/ecolabel).

Con el nuevo reglamento comunitario en la mano, está por ver que baste con la solicitud de etiquetado en uno de los organismos para que ésta sea válida en toda España, con la posible especificidad de que las empresas con sede social en una Comunidad que disponga de su propio organismo competente tendrán que solicitarlo ante ése y no ante otro. Posiblemente, cuando la empresa tenga sedes en varias Comunidades con distintos organismos, valdrá la solicitud cursada ante cualquiera de ellos. Y si radica en una Comunidad sin organismo, siempre podrá dirigirse a A.E.NOR. Recuérdese que el nuevo reglamento atribuye al Estado la facultad de determinar las competencias de todos esos organismos competentes, facultad que éste podrá usar para poner un poco de orden y coordinar el panorama administrativo en la materia. Sólo A.E.NOR., empero, se conforma como asociación privada<sup>1477</sup>. Los demás organismos son órganos administrativos, insertos en las estructuras de las respectivas Consejerías de Medio Ambiente, con lo que ello implica en tanto a su sujeción al Derecho Administrativo del contrato tipo y a la jurisdicción contenciosa.

Las razones que han podido provocar la inhibición de las restantes Comunidades Autónomas pueden cifrarse en el desinterés por crear un organismo que aplica Derecho Comunitario, y el hecho de que éste tenga pocas posibilidades de desmarcarse de la rigidez que aquél impone o de dar su propio “tinte” autonómico a su labor. Para ello, les resulta más gratificante la creación de organismos que concedan su propia etiqueta ecológica, como ha hecho Cataluña.

Por su parte, el sistema de ecogestión y ecoauditoría es operativo en España desde la publicación del Real Decreto 85/1.996, de 26 de enero, del Ministerio de la Presidencia, Establece normas para la aplicación del Reglamento (CEE) 1.836/1.993, del Consejo, 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. Cada Comunidad Autónoma está facultada para designar sus propios organismos competentes, la mayoría de las cuales han sido ya nombrados<sup>1478</sup>.

<sup>1477</sup> Los organismos competentes nombrados por las CC.AA. (Valencia, Murcia, Cataluña, Madrid y Cantabria) son órganos administrativos insertos en las Consejerías de Medio Ambiente respectivas, cuando no ellas mismas.

<sup>1478</sup> El organismo competente con carácter subsidiario es la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental; la Comunidad Autónoma de Madrid ha designado en la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo regional a la Dirección General de Educación y Prevención ambiental; la Comunidad Autónoma de Navarra, al Departamento de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Vivienda; la Comunidad Autónoma de Cataluña a la Dirección General de Calidad Ambiental (Departamento de Medio Ambiente); la Comunidad Autónoma de Murcia, a la Consejería de Medio Ambiente, Agricultura y Agua (la Dirección General de Protección civil y ambiental; la Comunidad Autónoma de Baleares, a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio y Litoral; la Comunidad Autónoma de Aragón, al Departamento de Agricultura y medio ambiente (la Dirección General de Calidad Ambiental); la Comunidad Autónoma de Valencia, a la Dirección General de Calidad Ambiental; la Comunidad Autónoma de Andalucía a la Dirección General de Protección Ambiental; la Comunidad Autónoma de Castilla y León a la Secretaría General de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio.

## Capítulo 8º:

# LOS INSTRUMENTOS PACCIONADOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN ESPAÑA (III): FENOMENOLOGÍA Y PROPUESTAS DE AVANCE

---

### Sección 1ª:

## FENOMENOLOGÍA

### I. CARACTERES COMUNES

Al margen de las escasas referencias realizadas a los acuerdos voluntarios en nuestro Ordenamiento jurídico ambiental, se han celebrado también algunos convenios entre Administraciones y particulares (generalmente empresas o industrias), celebrados *vis à vis* y negociados bilateralmente, cuyo objeto estaba directa o indirectamente relacionado con la tutela de nuestro medio ambiente. Se trata de un tipo de acuerdos que la doctrina anglosajona denomina “negotiated agreements”<sup>1479</sup>, y que en la clasificación que hemos realizado de los instrumentos paccionados para la protección del medio ambiente en España hemos denominado simplemente como acuerdos voluntarios en sentido estricto. Lo esencial de estos acuerdos es su carácter puramente negociado, bilateral, no importando que la parte privada del mismo esté compuesta por una, dos o más empresas individualmente consideradas o por una asociación, o más de una de ellas. En España, a pesar de su escasez ya se han suscri-

\*\*\*\*\*

<sup>1479</sup> Cfr. DELMAS, M. y TERLAACK, A., *Regulatory Commitment to Negotiated Agreements. Evidence from the United States, Germany, The Netherlands and France*, Kluwer Academic Publishers, 2.002. En una clasificación que ya se ha hecho clásica y que desarrollaran en Francia Börkey y Glachant (como comentamos), los acuerdos negociados pertenecen al género de los acuerdos voluntarios, junto con los acuerdos unilaterales (*unilateral commitments*), que son adoptados por las empresas sin intervención administrativa alguna, autoimponiéndose conductas o medidas para reducir su impacto ambiental, y los esquemas públicos voluntarios (*public voluntary schemes*), son aquellos en los que la Administración crea unilateralmente, o negociándolos con asociaciones de industrias, un programa normativo de adhesión voluntaria con la intención de que las empresas adopten sistemas de certificación, etiquetado o prácticas ambientales. La principal conclusión a la que llegan estas autoras es la vinculación existente entre la adecuada y creíble perfección de estos convenios y la existencia de discrecionalidad administrativa en el concreto sector normativo objeto del convenio.

to varios. Como características comunes específicamente españolas de estos acuerdos, debemos señalar las siguientes:

1. En cuanto a su forma externa, adoptan una redacción típica de contratos (sin que ello, obviamente, prejuzgue ni determine su verdadera naturaleza jurídica). Las partes establecen una serie de cláusulas, dentro de un ámbito geográfico y de un espacio temporal. A veces, cuando existe auténtica conciencia ambiental, se suele añadir un apartado en relación con los objetivos ambientales que se pretenden conseguir. Otras veces este epígrafe huelga, o se desprende indirectamente del juego de las cláusulas negociadas entre las partes. El clausulado se divide en tantas secciones como partes se encuentren en el convenio. Muchos de ellos incorporan también mecanismos de control del acuerdo, estableciendo algún tipo de organismo imparcial o alguna manera de reportar al público los resultados y la información que se vaya desprendiendo de su cumplimiento. La mayoría desplaza los datos técnicos (ambientales, económicos, etc.) a unos Anexos finales, que cierran el documento, tras ser firmados por personas altamente representativas de las partes (mientras mayor jerarquía detentan en sus respectivas organizaciones, más respetado suele ser el pacto).

2. Se trata de acuerdos extraprocedimentales, no enmarcables, en principio, en el ámbito del art. 88 LRJAPyPAC. Eso sí, se celebran en el ámbito competencial propio de la Administración que concierne, actividad consensual para la que será imprescindible que previamente a esa Administración las leyes o reglamentos le hayan atribuido una clara y precisa potestad de intervención o de fomento<sup>1480</sup>. Ahora bien, teniendo esa cobertura legal, no será necesario que los acuerdos hayan sido expresamente permitidos en esas normas, siendo lo normal que se encuentren huérfanos de una regulación sectorial propia a la que remitirse, o que los prevean como mecanismo de aplicación. No existe, por tanto, un procedimiento específico para que se desarrollen las negociaciones de las partes, que suelen ser informales y dilatarse bastante en el tiempo, hasta que se produce la definitiva formalización de los compromisos asumidos en un documento. A lo más que llegan es a ser aplicativos de objetivos establecidos en normas jurídicas, pero sin que éstas remitan expresamente a ellos.

<sup>1480</sup> Como reiteradamente ha recogido la jurisprudencia, también las medidas de fomento están sometidas al principio de legalidad, que tendrá que haberlas previsto con antelación a su aplicación. Así, verbigracia, la STC 83/1.984, de 24 de julio, que exige norma previa, incluso reglamento. También exige ley previa para las medidas de fomento el voto particular del magistrado Rubio Llorente en la STC 20/1.985, de 14 de febrero. En el mismo sentido se pronuncia GIMENO FELIÚ, *Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento del desarrollo económico (ayudas y subvenciones)*, en R.A.P., nº. 137, 1.995, págs. 167-172.

3. Suelen carecer de carácter vinculante para la Administración, o, al menos, nada de ello suele explicitarse en el acuerdo o convenio. Sobre este tema no cabe hacer apreciaciones muy generales, pues cada pacto tiene una gradación propia respecto a esta cualidad, yendo desde los puramente vinculantes (contratos, los menos) hasta meros pactos morales, extremos entre los que se mueven muchas escalas de convenios. Al respecto, hemos hecho algunas consideraciones *ex post* que vertimos en el capítulo tercero. Por la misma razón, la mayoría de ellos carece de mecanismos coercitivos administrativos respecto de posibles incumplimientos de la parte privada, siendo excepcionales los que, además, prevén algún tipo de ejercicio sancionador.

4. No obstante lo anterior, ello no les resta efectividad jurídica. De la mayoría de este tipo de convenios derivan efectos jurídicos para ambas partes, que redundan en sus respectivos intereses, generales y particulares. Esta característica les convierte en instrumentos de la política ambiental propiamente dicha.

5. Es frecuente observar una vigencia temporal media de los acuerdos, más o menos prolongada en el tiempo. Los objetivos, además, suelen estar en relación con las diferentes etapas progresivas que se indican en el (apenas hemos encontrado acuerdos de cumplimiento instantáneo). Si existe alguno que exige el cumplimiento de los objetivos prefijados con una fecha límite determinada. Esta cualidad hace de los acuerdos una herramienta muy adecuada para solucionar problemas de contaminación crónicas o para devolver entornos degradados a su estado original.

6. La mayoría de ellos prevén contraprestaciones administrativas a favor de la parte privada que pacta, mecanismo de fomento que atrae a los empresarios al convenio, constituyendo una nueva manera de administrar que complementa (no sustituye) la actuación unilateral administrativa clásica. En los casos en que la Administración nada otorgue a la parte privada, siempre aparecen, sin embargo, ciertas medidas de presión hacia el empresario para hacerle llegar a un acuerdo. No existen pactos o convenios en los que la Administración sea neutral, en el sentido de que, de una u otra manera, explícita o subrepticamente, es la que desencadena la adhesión de la empresa o colaborador, con medidas de fomento (contraprestaciones de todo tipo) o de presión. Hasta ahora se ha usado poco en España como medida de fomento el excepcionamiento temporal de la normativa aplicable a la parte privada que suscribe el acuerdo (lo que en la doctrina sajona se denominan *waiwers*), algo que, a todas luces, no sería legal en nuestro ordenamiento a no ser que la pro-

pia ley o reglamento que atribuya la potestad administrativa lo prevea expresamente. Así lo entendió también ENRIQUE ALONSO GARCÍA al glosar uno de estos casos<sup>1481</sup>.

7. Los más evolucionados prevén también mecanismos de revisión de los objetivos a perseguir en atención a los avances tecnológicos que se vayan produciendo. En este sentido, los acuerdos son una fuente muy apreciable de aplicación de las directrices de la Directiva IPPC (cuya tardía transposición motivó que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas condenara a España<sup>1482</sup>), cuyas metas prioritarias son la unificación de las licencias relacionadas con la protección ambiental en una sola autorización integrada y el control de la contaminación a través de los medios (la exigencia general de la B.A.T. en cada momento) en lugar de por objetivos finales cuantificables. De esta manera, los acuerdos voluntarios se convierten en un medio privilegiado de fomentar la adquisición de la mejor tecnología disponible en cada momento para controlar la contaminación (B.A.T.). Si a ello se suma la posibilidad de que el acuerdo quede abierto a la unión de más partes en el futuro, podemos hablar de compromisos jurídicos “vivos”, que fluyen y se adaptan a las circunstancias de mercado, y que hacen gala de una amplia flexibilidad, que se compadece mejor con los problemas ambientales (tan cambiantes, tan urgentes) que las otras herramientas de la política ambiental.

1481 Se trata del art. 25.3 de la Ley de Costas, donde se permite excepcionalmente y por razones de utilidad pública debidamente acreditadas al Consejo de Ministros la autorización de las actividades e instalaciones previstas en las letras b) y d) del art. 25.1; y de las edificaciones de la letra a) e instalaciones industriales en las que no concurren los requisitos del apdo. 2, siempre que sean de excepcional importancia y que, por razones económicas justificadas, exijan su ubicación en el litoral. Como puede verse, la excepcionalidad aquí cumple escrupulosamente el principio de legalidad, por estar permitida en la norma misma. Así lo reconoció la STC 149/1.991 (Fdto. Jco 3º), que confirmaba que las potestades excepcionales atribuidas en ese artículo de la Ley de Costas al Consejo de Ministros son consecuencia de un acto legislativo y no de un acto de ejecución, formando, por tanto, parte integrante del contenido de la norma total. Por el contrario, estas excepciones no estarían permitidas, claro está, sin cobertura legal o reglamentaria *ad hoc*. Cfr. ALONSO GARCÍA, E., *Legislación sectorial de medio ambiente*, en R.A.P., n.º. 137, 1.995, págs. 83-84.

1482 En su Sentencia de 7 de marzo de 2.002, en el asunto C-29/01, Comisión c/ Reino de España, en la que declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 96/61, al no haber adoptado dentro del plazo señalado – que expiraba el 30 de octubre de 1.999– las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para atenerse a lo dispuesto en dicha Directiva. Idénticos pronunciamientos han recaído condenando al Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y a Grecia, en sendas sentencias de misma fecha.

## II. ALGUNOS EJEMPLOS

### A. Los Programas Industriales y Tecnológicos Medioambientales (PITMA)

Aun no tratándose de auténticos acuerdos voluntarios, los PITMA han servido de ayuda económica para la adaptación ambiental de nuestras empresas, importante incentivo sin el cual no cabría hablar ahora de un nivel aceptable de calidad ambiental de nuestra industria. El esfuerzo económico fue enorme.

La Orden de 29 de julio de 1.991, del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, convocaba ayudas para proyectos acogidos al Programa Industrial y Tecnológico Medioambiental (PITMA I), el mayor programa de inversiones ambientales en empresas, para ayudarlas a cumplir con los niveles tecnológicos y estándares ambientales comunitarios. Con un horizonte hasta 1.994, invirtió 38 billones de pesetas en la protección del aire, disminución de la polución de las aguas continentales e investigación y desarrollo. El programa patrocinaba, además, que las empresas fueran más allá de las exigencias legalmente establecidas (art. 1.1,a) y asó hicieron muchas de ellas. La resolución de otorgamiento podía establecer condiciones técnicas y/o económicas de observancia obligatoria para la realización del proyecto o actuación subvencionable, así como la exigencia de la presentación de una Memoria sobre los logros obtenidos de carácter medioambiental o cualquier otra información (art. 8). Como curiosidad, el art. 2 establecía ayudas para inversiones de corrección industrial con las que adaptarse a la normativa medioambiental vigente, que, en caso de ser superiores a 200 millones de pesetas, requerían que la empresa solicitante de la ayuda presentara un diagnóstico ambiental en el que, entre otras cosas, debía determinar el estado de la técnica que empleaba y la legislación ambiental que cumplía y le era de aplicación. Esto recuerda a los acuerdos XL de los EE.UU.

La segunda fase del PITMA nace por Orden de 23 de diciembre del entonces Ministerio de Industria y Energía, por la que se aprobaba la segunda fase del Programa Industrial y Tecnológico Medioambiental (PITMA II) y convocaba para el año 1.995 y siguientes, hasta 1.999, ayudas para proyectos acogidos a este programa previendo ya la posibilidad de acogerse a los programas voluntarios de eco-diagnóstico y ecoauditoría. Como ya se dijo antes, uno de los criterios favorecedores para el otorgamiento de la ayuda era que la empresa hubiera participado o lo estuviera haciendo en acuerdos voluntarios celebrados con la Administración (art. 9.2, b)). Otra novedad del PITMA II es la inclusión de ayudas a través de préstamos bonificados.

## B. Acuerdo entre la Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas y la Asociación Nacional de Fabricantes de Pasta, Papel y Cartón (ASPAPEL)

En enero de 2.000, el Director General de aquella y el presidente de ésta suscribieron un “acuerdo sectorial voluntario” para regularizar los vertidos de aguas residuales en aguas continentales de cualquier industria productora de pasta de papel, papel y cartón situada en cuencas intercomunitarias (o intracomunitarias sin competencias transferidas en materia de control de vertidos), con el objetivo mediato de adaptar sus emisiones a los límites de vertidos recogidos en la directiva comunitaria sobre prevención y control integrados de la contaminación (I.P.P.C.). El acuerdo se deja abierto a la unión de cualquier empresa que desee adherirse en un futuro, teniendo una duración de cuatro años<sup>1483</sup>.

Con un ámbito territorial nacional, se plantea como objetivo esencial la regularización de todos los vertidos, en aguas continentales, de industrias que incumplan sus autorizaciones de vertidos. Aparte de tener que intentar respetar sus propias autorizaciones, el acuerdo exige el sometimiento al resto de normas ambientales sobre vertidos en aguas continentales y establece en su Anexo I unos límites máximos que no se podrán superar. A aquéllas que los superen, se les demanda la presentación de un plan de regularización de vertidos propio, cuyas evoluciones serán controladas por la Dirección General. Se trata de un acuerdo especialmente bien diseñado, ya que incluso se señalan los métodos de medición para la determinación de los parámetros habituales en el control de vertidos, en un Anexo II. Los resultados que se vayan obteniendo se verificarán mediante auditorías realizadas por empresas colaboradoras de la Administración firmante, al tiempo que se establece una Comisión de Seguimiento de composición paritaria, presidida por el Director General de la Administración firmante. Además, cada industria deberá informar de sus avances trimestralmente y emitir un informe anual sobre sus actuaciones.

El acuerdo prevé contraprestaciones administrativas. En este caso, de índole jurídica, ya que la adhesión y cumplimiento de los objetivos del convenio da derecho a las empresas a recibir un certificado acreditativo con el que pueden solicitar las deducciones por inversiones destinadas a la protección del medio ambiente regula-

1483 El plan pretende servir de puente a las empresas del sector para su adaptación gradual de cara a la futura aplicación de la directiva IPPC y en él se fijan límites en cargas, referidas a la unidad de producción en lugar de en concentración con el objeto de incentivar la utilización de las mejores técnicas disponibles y evitar la competencia desigual que supone el uso de tecnologías obsoletas que emiten cargas proporcionalmente muy superiores.

das en el Real Decreto 1.594/1.997, de 17 de octubre, del Ministerio de Economía y Hacienda.

La Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas ha firmado otro convenio de colaboración con la Confederación Nacional de Empresarios de la Madera y Corcho, elaborando un Plan Sectorial estratégico del sector de la madera y del mueble. Por otro lado, la Subdirección General de Evaluación Ambiental y Actuaciones Sectoriales tiene la misión de elaborar programas que permitan compatibilizar la actividad industrial con la protección del medio ambiente. En el marco de la Directiva IPPC han firmado un convenio de colaboración con el sector industrial químico, concretamente con los fabricantes de cloro-sosa, y en este momento están elaborando otro convenio de colaboración con el sector cementero.

### C. El Compromiso ACLIMA para el Desarrollo sostenible

Se trata de un compromiso unilateral de carácter privado pero fomentado por la Administración es el que han llevado a cabo la Asociación empresarial ACLIMA y el Gobierno Vasco. Es otro tipo de acuerdos voluntarios, de carácter no bilateral ni sinalagmático, ya que la Administración no es parte del mismo y no se celebran convenios. Al contrario, supone un clausulado de medidas ambientales a adoptar por las empresas, que se adhieren al sistema –de carácter privado– por puro convencimiento, sin que existan medidas administrativas de fomento que inciten a las partes a adherirse. Recuerda a los *unilateral agreements* anglosajones o a los programas de ramo (*programmes de branche*) franceses. La Comunicación de la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a los acuerdos sobre medio ambiente (COM (96)561, Bruselas, 1.996) los denomina «acuerdos entre caballeros», y les atribuye carácter no vinculante, adoptando la forma de un compromiso unilateral reconocido por las autoridades públicas, como es éste el caso<sup>1484</sup>.

<sup>1484</sup> En el ámbito comunitario también existe este tipo de acuerdos unilaterales. La industria química comunitaria europea ha estado aplicando desde 1.992 un programa voluntario de ahorro de energía (V.E.E.P.), de conformidad con las iniciativas de la Comisión Europea. El llamado «VEEP 2.005» es un compromiso unilateral para reducir el consumo específico de energía en un 20 por ciento menos entre 1.990 y el año 2.005, a condición de que no se introduzcan nuevos impuestos sobre la energía. El Consejo Europeo de la Industria Química (CEFIC) pone de relieve que su enfoque está en plena conformidad con el programa Conducta Responsable y con el principio de una continua mejora de la eficacia. Cfr. CEFIC, *Voluntary energy efficiency programme VEEP 2.005*, Bruselas, 1.997. Recordemos también el Código Internacional de Conducta sobre la distribución y utilización de plaguicidas y el Código Deontológico para el Comercio Internacional de productos químicos del PNUMA.

El ejemplo que ahora exponemos figura aquí a título de inventario, para dar noticia de su existencia también en España, aunque en esta obra nos ocupemos con exclusividad a los acuerdos de carácter convencional.

En breves palabras, A.CL.I.M.A. (Asociación Clúster – o sea, grupal– de Industrias de Medio Ambiente de Euskadi) nace de la puesta en común de un grupo de empresas, impulsadas por la acción estratégica del Gobierno Vasco. ACLIMA se inscribe en un marco de actuación del Gobierno Vasco, el Plan de Competitividad, que busca situar a la industria vasca a la cabeza de lo que puede ser un mercado de nuevas oportunidades de cara a la implantación del Mercado Único Europeo. Aunque la principal ventaja de la adhesión de una empresa al sistema de gestión ambiental propuesto por el “Compromiso ACLIMA para el desarrollo sostenible” sea la mejora intrínseca de las características ambientales de la compañía, también la imagen pública que se da a la sociedad resulta muy atractiva a las candidatas, imagen que la propia Administración autonómica se encarga de difundir. Además, la pertenencia a la Asociación facilita las relaciones con la Administración de manera que se pueda acceder de forma más sencilla a convocatorias y programas. Con su participación, estas empresas, además de recibir servicios de información y asesoramiento, pertenecen a un grupo que trabaja por la mejora medioambiental, demostrando así públicamente su respeto al medio ambiente. La industria se obliga, al firmar el compromiso, al desarrollo e implantación de un Sistema de Gestión Medioambiental en al menos una de las actividades/instalaciones de la empresa asociada, en un plazo de cinco años y con un plan de implantación progresiva del Sistema en todas las instalaciones. Opcionalmente, y con carácter voluntario, la empresa podrá, si es su voluntad, aumentar su compromiso ambiental ya sea a través de la aplicación de una contabilidad ambiental explicitada en el conjunto de cuentas de la empresa; de la utilización del Análisis del Ciclo de la Vida aplicado al Proceso y/o producto; iniciando actividades de formación medioambiental de los trabajadores de la empresa; o desarrollando acuerdos voluntarios con la Administración.

#### **D. Acuerdo voluntario para la “protección ambiental y el control de emisiones del sector cloro-álcali español”**

Fue suscrito el 15 de octubre de 1.999 por la Ministra de Medio Ambiente, el Consejero de Ordenación del Territorio, Vivienda y medio ambiente del Gobierno Vasco, la Asociación Nacional de Electroquímica (A.N.E.) y las empresas

Electroquímica Hernani, S. A., Aragonesas Industrias y Energías, S. A., Erkimia, S. A. y Solvay Química, S. L., con un período de vigencia de cuatro años, y con la finalidad de reducir en lo posible los niveles residuales de mercurio generados por plantas que emplean el sistema de amalgama (cátodo de mercurio) en la producción electroquímica de cloro-álcali. El acuerdo se inscribe dentro del ya comentado programa voluntario internacional “Responsible Care”, conocido en España como “Compromiso de Progreso”, destinado a impulsar mejoras continuas de seguridad, salud laboral y protección ambiental de las industrias químicas, presentado el 15 de abril de 1.993 en el Ministerio de Industria y Energía<sup>1485</sup>.

La principal cualidad de este acuerdo es que carece de contraprestaciones por parte de la Administración. Las industrias productoras de cloro se comprometen a reducir sus niveles de emisiones atmosféricas, acuosas y en sus productos de mercurio, en la medida de lo posible, con unos límites máximos y mínimos, y lo hacen, en principio, por su mala conciencia, ya que todas ellas incumplen la normativa española de límites de emisión de mercurio. También se responsabilizan de mantener al día su Plan de Emergencia Interior (P.E.I.) que exige el art. 23.2 de la ley de residuos. La búsqueda de mejoras ambientales parece ser suficiente motivación para celebrar el acuerdo. Al carecer de prestaciones administrativas, más que de un acuerdo sinalagmático al uso, tendríamos que hablar de acuerdo institucional de adhesión voluntaria, si bien ello no determina la nulidad del negocio por falta de *causa contrahendi* en la Administración. En efecto, la Administración contrae porque le interesa forzar y fomentar en lo posible la reducción de estos molestos insumos mercuriosos generados en la producción de cloro y **lo hace rebajando los objetivos de reducción por debajo de lo que establece la normativa española**. Aquí se encuentra el *quid* de la cuestión. Las empresas son conscientes de que incumplen la normativa, y que seguir en esa situación de ilegalidad sólo puede reportarles sanciones y malas relaciones con la Administración. Por tanto, se avienen a un mal menor, consistente en adherirse a un compromiso brindado por la Administración, que no les exige una reducción brusca y exigente de sus emisiones, sino moderada y progresiva, hasta lograr ponerse en armonía con los niveles recogidos en la normativa española. Con esta velada ganancia (no medible crematísticamente pero muy real) las empresas acaban pactando, con lo que se deben relativizar las afirmaciones realizadas por la ANE en el acuerdo, cifrando en su sensibilidad ambiental su única motivación para pactar.

1485 Muchas empresas han celebrado acuerdos voluntarios con Administraciones en las que se obligaban a adoptar el Compromiso de Progreso, a cambio de subvenciones para adquirir tecnología. Es el caso, por ejemplo, del grupo Aragonesas (dedicado a la hidroelectricidad y a la industria química) o de la empresa Industrial Química del Nalón, S.A.

El acuerdo incorpora, como el anterior, métodos de control consistentes en erección de una Comisión paritaria de control y seguimiento e informes a emanar por cada empresa adherida y por la A.N.E. cada dos años.

Otra característica propia de este acuerdo es la absoluta libertad de objetivos que impone, lo que en otros países de nuestro entorno ha sido criticado –como hemos visto– por conformarse como un medio de dilatar el real cumplimiento de la normativa ambiental. Ese pequeño decremento de cumplimiento del interés general se compensa, desde nuestro punto de vista, con la reducción progresiva a la que se aspira en la reducción absoluta de emisiones de mercurio, por lo que no cabría hablar de un acuerdo atentatorio de los intereses generales o colusivo. Para mayor seguridad, contra ese peligro se inserta en el pacto una cláusula de extinción del acuerdo cuando no se cumplan suficientemente los compromisos esperables, esto es, cuando “a lo largo del período de realización se produjesen circunstancias que hicieran imposible o innecesaria la realización de las actuaciones previstas”, cláusula que se deja a la interpretación de la Comisión de Seguimiento. En el marco de la directiva de prevención y control integrados de la contaminación, se fomenta también la adquisición de la mejor tecnología disponible (B.A.T.) y de las Mejores Prácticas Medioambientales (B.E.T.).

## **E. La estrategia catalana de acuerdos voluntarios**

En una curiosa coincidencia cronológica con la normativa vasca, fue aprobada hace tres años la Ley 3/1.998, de 27 de febrero, de Intervención Integral de la Administración Ambiental, de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Una de las principales virtudes de esta ley es que, por primera vez en la normativa ambiental española, se hace un esfuerzo definidor de lo que sean acuerdos ambientales voluntarios (art. 4).

Se induce de esta definición un espíritu amplificador del pactismo, al tratarse de un concepto lato y breve. No obstante, quedan claras algunas cosas que nos interesan a la hora de averiguar su naturaleza jurídica:

1. Sólo serán acuerdos voluntarios aquellos pactos celebrados entre una parte pública y otra privada, con lo que parece querer disponerse que no se considerarán aquellos que, como algunos de los arriba vistos, sólo se firmen entre particulares, o sea, contratos privados. Es decir, serán pactos o acuerdos públicos.

2. El empleo de la palabra “vinculan” puede hacer parecer que esos pactos tendrán siempre carácter vinculante. Sin embargo, estimamos que la realidad y

el principio de legalidad y el dogma de la indisponibilidad de las potestades administrativas impone una interpretación más flexible de la misma, que bien podría entenderse como “comprometen”, hermenéutica que no impone una naturaleza contractual del pacto, eso es, que no supone necesariamente en todos los casos un acuerdo de *ius cogens* para la Administración<sup>1486</sup>.

3. Habrán de tener un concreto contenido finalístico: no serán acuerdos ambientales para la legislación ambiental catalana los meros pactos de caballeros o códigos de conductas.

4. Esos objetivos habrán de estar previamente cuantificados, ya sea a través de la normativa ambiental (lo usual), ya sea a través de un acto administrativo (se nos ocurren licencias o terminación convencional de un procedimiento administrativo)<sup>1487</sup>.

Este tipo de acuerdos voluntarios son también convenios de colaboración, pero tienen la particularidad de poder ser sustitutivos de la normativa, a la que pueden alterar o incluso, sobreponerse. Evidentemente, no pueden contradecir a la legislación, cosa que impide el principio de legalidad en España, pero sí podrían –estimamos– imponerse a las prescripciones técnicas incorporadas en reglamentos administrativos, en aras de un cumplimiento más realista de objetivos<sup>1488</sup>.

A escala nacional es la Comunidad catalana la que, sin ninguna duda, más ha avanzado en el estudio y empleo de acuerdos voluntarios como herramienta de su política pública e protección del medio ambiente. *El Departament de Medi Ambient (Direcció General de Qualitat Ambiental)* ha desarrollado una estrategia de acuerdos con empresas que tiene cuatro frentes:

<sup>1486</sup> En parecidos términos se expresa PONCE SOLÉ, J., *Prevención, precaución y actividad autorizatoria en el ámbito del medio ambiente. A propósito de los regímenes de autorización ambiental, licencia ambiental y comunicación previa de la Ley catalana 3/1.998, de 27 de febrero, de la Intervención integral de la Administración Ambiental*, en Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, nº. 183, 2.001, págs. 180-182, para quien la Administración autonómica podría siempre modificar o separarse de lo convenido en el acuerdo voluntario si cambiara su percepción (discrecional, no lo olvidemos) sobre los estándares en él establecidos o las circunstancias ambientales que los determinaron. Sólo cabrá indemnización cuando no se hubiera previsto esta potestad de modificación unilateral en la letra del convenio.

<sup>1487</sup> Esta Ley, intenta dar un tratamiento integrado y preventivo a la tutela del medio ambiente, pero lo hace de manera horizontal, olvidando el tratamiento exclusivamente ambientalista para pasar a imponer directrices comunes a todas las posibles actividades que puedan incidir en el entorno. Consecuencia de esa filosofía es la manera de enfocar los acuerdos voluntarios del párrafo 4º del artículo 8, que posibilita la adopción de cualquier tipo de medidas técnicas de carácter general para evitar el impacto de las actividades en el medio ambiente. Es evidente que uno de esos acuerdos puede establecerse en lo tocante a residuos, pactándose entre la Administración y las empresas o grupo de ellas la tecnología a usar, la cantidad de residuos a producir o a tratar, etc.

<sup>1488</sup> En concreto, los acuerdos ambientales españoles en materia de residuos son del tipo *product agreements*, clasificación establecida, como reconoce DE CLERCQ, por SUURLAND. Cfr. SUURLAND, J., *Voluntary Agreements with industry: the case of Dutch covenants*, European Environment, 1.994, 3-7, citado en *The Nature of Voluntary Approaches: empirical evidence and patterns. Literature survey*, DE CLERCQ, M. (director), CAVA, April, 1.999, pág. 14.

- los convenios de colaboración: acuerdos voluntarios celebrados entre un colectivo de empresas y la Comunidad Autónoma, con el objeto de solucionar una situación ambientalmente problemática que les afecta a la mayoría de ellas. La parte privada firmante suele ser la asociación patronal del ramo. Son acuerdos del tipo *contrats de branche* franceses<sup>1489</sup>.

- los programas de descontaminación gradual (P.D.Gs): acuerdos administrativos que conciernen específica e individualmente a un establecimiento industrial concreto. Mediante el P.D.G, la empresa se compromete a realizar una serie de actuaciones de mejora de sus vertidos, en unos plazos definidos, hasta adecuar la calidad de las aguas residuales a la Ley de aguas o a la de costas<sup>1490</sup>.

- los planes graduales de reducción de emisiones (P.G.R.Es): programas de actuaciones cuya finalidad es la reducción de las emisiones de las instalaciones potencialmente contaminantes a la atmósfera. La empresa, mediante un proyecto, se obliga con la Administración, en un tiempo acordado, a realizar las modificaciones oportunas con el fin de reducir las emisiones de contaminantes atmosféricos a unos objetivos de calidad prefijados (al estilo de los *settlement agreements* americanos)<sup>1491</sup>.

1489 Ejemplos de este tipo de acuerdos son los celebrados con la Asociación de Industriales Torrefactores (en 1.998), por el que se facilita la implantación del Decreto 22/1.998, de 4 de febrero, sobre Límites de Emisión a la Atmósfera para las Instalaciones de Tueste y Torrefacción de café; el finalizado con el Ramo de las Industrias gráficas de Barcelona (1.999), en el que la industria accede a ir comprometiéndose progresivamente a implantar mejoras medioambientales, fijando objetivos de reducción y adecuación concretos. Verbigracia, el subsector de los impresores, por ejemplo, recibe subvenciones con las que implantar tecnología que evite la expulsión de aire caliente en sus hornos y para el mejor secado del papel; o el suscrito con la Asociación Española de fabricantes de Productos de Química Fina (1.996), en el que las empresas farmacéuticas se comprometen a invertir en mejoras ambientales (en relación con la reducción de emisiones de compuestos orgánicos químicos, en aplicación de la Directiva 1.999/13/CE del Consejo, de 11 de marzo, relativa a la limitación de las emisiones de compuestos orgánicos volátiles debidas al uso de disolventes orgánicos en determinadas actividades e instalaciones; o el convenio perfeccionado con el Instituto Catalán de Energía y la Asociación Química de Tarragona (también en 1.999), con la meta de llevar a cabo un plan de trabajo para la minimización de las emisiones de CO<sub>2</sub> en las empresas químicas de Cataluña.

1490 La normativa vigente es el Decreto 322/1.987, de septiembre, de Desarrollo de la Ley 22/1.989, de 21 de noviembre, de Protección Ambiental del Ambiente atmosférico. Dicho decreto prevé una actuación administrativa específica destinada a devolver la calidad del aire, reduciendo las emisiones a sus niveles legales. Una vez declarada la zona como de especial protección se elabora el correspondiente plan de actuación de manera negociada con los agentes afectados de los cuales, hasta ahora, sólo se ha acabado uno (el de Descontaminación de la zona del Bajo Llobregat).

1491 Contemplados en la Ley 6/1.996, de 18 de junio, de Modificación de la Ley 22/1.983, de 21 de noviembre, de protección del ambiente atmosférico y en el Decreto 398/1.996, de 12 de diciembre, regulador del Sistema de Planes graduales de Reducción de Emisiones a la Atmósfera. Para atraerse hacia el pacto a las empresas, estos PGRÉs establecen determinados mecanismos de fomento: por ejemplo, **se pasan por alto los incumplimientos de la normativa, obviando las sanciones que ello originaria**, siempre que se consiga acabar cumpliéndola; o reducción en un 10% del IS (como ya se comentó, una medida bastante habitual en los acuerdos voluntarios españoles). Los términos del plan se solicitan por la empresa y se confirman por la Administración, dándose, pues, el consentimiento de las partes en momentos temporales sucesivos. El art. 3.4 de la Ley 6/1.996 establece para las empresas el sistema voluntario de autodeclaración del grado de cumplimiento de la normativa sobre la protección del ambiente atmosférico, basada en una diagnosis ambiental acreditada según la normativa vigente y la presentación de un programa gradual de reducción de las emisiones que tenga en cuenta los objetivos de calidad que se propone conseguir, los medios a emplear y el calendario de ejecución. **El correcto cumplimiento del programa aprobado**

- en la Junta de Residuos del Departamento de Medio Ambiente se creó en julio de 1.994 el centro de Iniciativas para la Producción Limpia, cuyo objetivo principal es impulsar la adopción, por parte de los diferentes sectores industriales catalanes, de prácticas y tecnologías que lleven aparejada una reducción efectiva de las emisiones, vertidos y residuos contaminantes que se generan en sus procesos. Para ello el CIPL forma grupos de trabajo mixtos Administración-sectores empresariales en los que consensuar estas prácticas. Patrocina también un programa de aplicación voluntaria llamado Diagnóstico Ambiental Orientado a la Minimización (DAOM), al que se pueden adherir todas las empresas que lo deseen, inspirado sin duda en el diagnóstico ambiental del plan PITMA I, aprobado por Orden del Ministerio de Industria de 29 de julio de 1.991; hecho lo cual, un experto evaluará los procesos industriales de la misma y se pasa a una fase de negociación de las mejoras realizables. Es, en suma, un tipo de programa público de carácter unilateral y con vocación de asesoría técnica-ambiental a empresas.

Al margen de estos acuerdos voluntarios de carácter bilateral, la Dirección General de Programación y Educación Ambiental del Departamento de Medio Ambiente de la *Generalitat* está desarrollando, desde 1.998, en el marco del Programa de Buenas Prácticas Ambientales, varias campañas de difusión de las mismas, que, por ahora, ya ha asumido, por ejemplo, AIBECA (Asociación de Industrias Alimentarias y de Bebidas de Cataluña), o el gremio de las artes gráficas y el sector químico. Estas campañas implican a los trabajadores y directivos y consisten en actuaciones ambientalmente más respetuosas con el medio ambiente, voluntariamente aceptadas por los ramos industriales catalanes por pura conciencia ambiental.

Pero la cláusula pactista de las funciones públicas de tutela del medio ambiente se ha querido también hacer extensiva a los Ayuntamientos. De esta forma, el art. 9.4 del Reglamento de Desarrollo de la Ley 3/1.998, permite que los ayuntamien-

\*\*\*\*\*  
**por el Departamento de Medio Ambiente puede suponer que no se aplique el régimen sancionador establecido por la presente Ley.** Se trata de una indicación muy interesante en la medida en que permite que la Administración no ejerza su potestad sancionadora en aras del interés general, quedando a la discrecionalidad de la Comunidad, en atención al plan compensatorio que presente la empresa infractora. Nos surgen dudas acerca de la legalidad de esta conformación o afectación paccionada de una potestad administrativa, aunque parece salvarse la indemnidad de la potestad en la medida en que la sanción llegará igualmente (y aumentada de grado, considerándose muy grave) en el caso en que la empresa incumpla el plan de descontaminación gradual aprobado (art. 16.4, f) de la Ley). El art. 17.7 de la ley, en cambio, sí obliga a pagar la sanción a la empresa cuya infracción consista en sobrepasar los niveles de emisión establecidos legalmente, tras lo cual se podrá pactar, si los niveles de imisión de la zona lo permiten (no sean excesivamente altos). El art. 8 del Decreto 398/1.996 permite las negociaciones empresa-Administración a la hora de adoptar la propuesta definitiva del PGRs. Otro sistema de autoevaluación ambiental ha sido desarrollado en Cataluña por el Centro de Iniciativas para la Producción limpia.

tos pueden suscribir acuerdos voluntarios con empresas emplazadas en su término municipal en los aspectos medioambientales de su competencia, mediando información pública/o audiencia a los interesados, y publicándose bien en el periódico oficial de la Comunidad o en el boletín oficial de la provincia correspondiente. Ésta es sin duda el mayor título habilitante para la celebración de acuerdos ambientales, intra o extraprocedimentales, existente en todo el Ordenamiento jurídico español<sup>1492</sup>.

El Decreto 136/1.999, de 18 de mayo, del Departamento de Medio Ambiente de la Generalidad de Cataluña, aprobaba el Reglamento General de desarrollo de Ley 3/1.998, de 27 de febrero, al tiempo que adaptaba sus anexos. Al igual que hace el art. 8 de la ley, permite que los valores límite de emisión y las prescripciones técnicas se puedan establecer también por medio de acuerdos voluntarios suscritos entre el Departamento de Medio Ambiente y una empresa o un sector industrial determinado. Para garantizar el respeto de los interesados, se obliga a que el acuerdo sea sometido a los trámites de información pública y audiencia y a que se haga público mediante su publicación en el «Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya» (art. 9).

El objeto de la ley es someter a las actividades e instalaciones susceptibles de provocar contaminación a un control integrado unificado que prevenga, limite o restaure sus repercusiones en el ambiente catalán. Para ello se clasifican en tres tipos las actividades e instalaciones, dependiendo de su mayor o menor impacto y potencial contaminador. En este sentido, las actividades más contaminantes se sujetan a autorización ambiental a conceder por el órgano ambiental competente de la Comunidad, las menos al simple deber de comunicación al Ayuntamiento de la localidad en que radique (si bien éste podrá sustituir este régimen, previa Ordenanza, por el tradicional control por medio de las licencias de apertura<sup>1493</sup>) y las moderadas a la llamada licencia ambiental (también a conceder por los Ayuntamientos). En las autorizaciones y licencias ambientales el órgano autonómico o local deberá, entre otras ponde-

<sup>1492</sup> Tanto más cuanto se prima la adopción de acuerdos sobre la intervención administrativa de la Consejería. Así se deduce de la lectura de la Disposición Adicional 3ª del Reglamento de Desarrollo, en el que se recoge que "Mientras la Unión Europea no establezca niveles de emisión basados en las mejores técnicas disponibles, la aplicación de estas técnicas, en el ámbito de este Reglamento, se lleva a cabo preferentemente mediante acuerdos voluntarios y, cuando éstos no se puedan alcanzar, su aplicación debe ser propuesta por la Ponencia Ambiental atendiendo a su viabilidad técnica y económica, y resuelta por el Consejero de medio ambiente.". A pesar de lo ambicioso de esta prescripción, VALENCIA MARTÍN, G., *La legislación catalana sobre intervención integral de la administración ambiental*, III Congreso Nacional de Derecho Ambiental, Fundación Biodiversidad-Ministerio de Medio Ambiente, Barcelona, 2.000, pág. 266, estima que con ello se ha subvertido la subsidiariedad de la intervención comunitaria en la fijación de valores límite de emisión. Lo que no dice el autor es que la Recomendación de la Comisión de 1.996, sobre acuerdos voluntarios, limita a la expresa iniciativa comunitaria la adaptación de prescripciones de directivas en los Estados a través de acuerdos voluntarios.

<sup>1493</sup> Razón que se justifica en el respeto de la autonomía local y cuya valoración es positiva para la mayoría de la doctrina. Así, SANZ PÉREZ, D. C., *La Administración Local y la protección de la atmósfera. La intervención a través de instrumentos de control preventivo*, editorial Cedecs, Barcelona, 1.999, págs. 162-165.

raciones, establecer los valores límites de emisión de la industria controlada y las tecnologías que les son exigibles para alcanzarlos, cuestiones que podrán ser negociadas a través de acuerdos voluntarios. Es por ese carácter personal por lo que tanto la autorización como la licencia ambiental son transferibles, previa comunicación dirigida al órgano ambiental competente en que se acredite la subrogación del nuevo titular en los derechos y los deberes derivados de la autorización.

En el capítulo II del Título XIX de la Ley 8/1.987, de 15 de abril, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, municipal y de régimen local de Cataluña recoge la posibilidad de que los ayuntamientos catalanes concierten con empresas y asociaciones privadas la realización de determinadas acciones sociales y económicas de interés público (entre ellas ambientales). En particular, el art. 226 recoge con buena intención el procedimiento al que se tendrá que sujetar dicha acción concertada, de modo que habrá de contar con la elaboración y aprobación por el Pleno de las bases del concierto, las cuales determinarán las obligaciones que asumirán las empresas o particulares, las ayudas y otros estímulos que se otorguen, y también las demás condiciones que el ente local considere conveniente establecer. Habrá de determinar el Pleno también el contenido y requisitos de las solicitudes, así como los criterios de selección. El incumplimiento por los particulares de los compromisos asumidos determinará la suspensión de la aplicación de los beneficios establecidos y el reintegro, en su caso, de las ayudas económicas recibidas.

Se ve a primera vista que se trata de convenios donde queda poco margen a la negociación de las cláusulas por parte de las empresas, al menos así se desprende del contenido de las bases que ha de elaborar autónomamente el Pleno del Ayuntamiento de turno. Sin embargo entendemos que la discrecionalidad propia de los asuntos ambientales debe dejar resquicio suficiente para la pactación del clausulado. Más en esta línea parece ir el Reglamento de obras, actividades y servicios de las Entidades Locales de la CA de Cataluña de 1.995 (acción concertada, arts. 130 a 135), cuya naturaleza jurídica ha hecho equivaler FERNÁNDEZ FARRERES a la de convenios de colaboración excluidos de la contratación del art. 3.1, d) del TRLCAP<sup>1494</sup>.

1494 Cfr. FERNÁNDEZ FARRERES, ha comentado (vid. FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La actividad de fomento en el Reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales de Cataluña de 13 de junio de 1.995 (régimen jurídico de las subvenciones y de la acción concertada)*, en R.A.P., nº. 139, 1.996, págs. 310-312 y 322-324. La acción concretada, de inspiración francesa, como ya vimos en el capítulo segundo, ha sido detalladamente regulada en la esfera local en el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de las Actividades Locales de Cataluña (Decreto 179/1.995, de 13 de junio), Tit. III, cap. 2º (arts. 130-135), en que se determinan tres ámbitos susceptibles de concertación: política del suelo, localización industrial y saneamiento ambiental e hidráulico (art. 130.2). En esta última esfera administrativa cabrá celebrar convenios de colaboración con un amplio margen de discrecionalidad administrativa, si bien con sujeción al procedimiento prefijado en el Reglamento: aprobación de las bases de la concertación, selección de los candidatos basada en el principio de publicidad y concurrencia previa solicitud documen-

## F. El Programa Medioambiental “sobre verde” o “línea verde”

El entonces organismo público “Correos y Telégrafos”, hoy Sociedad Anónima Estatal<sup>1495</sup>, celebró en junio de 2.000 un convenio de colaboración con la Fundación “Bosques de la Tierra”, una ONG dedicada a la investigación medioambiental y a la reforestación. En este acuerdo, la entonces Entidad Pública Empresarial, dependiente del Ministerio de Fomento, se obligaba a reconvertir sus dos tamaños de sobres acolchados y semirígidos y otros embalajes en “sobres verdes”, de papel reciclado, una peseta de cuyo importe, además, irá dedicada a la ONG para la reforestación de zonas nacionales castigadas por los incendios forestales. Otro objetivo del programa es sensibilizar a la opinión pública para que colabore en programas ecológicos mediante sencillas acciones de la vida cotidiana, como es el caso de comprar un sobre para un envío postal<sup>1496</sup>.

A estos efectos, destaca la importante publicidad que se realiza del programa, mediante la impresión del logotipo de la fundación en el sobre, junto con otros motivos alusivos al medio ambiente. El acuerdo tenía duración anual (una excepción a la media y larga extensión temporal de los acuerdos voluntarios) y ha sido renovado el ocho de junio de 2.001, aumentando la línea verde de los sobres a las cajas, en cuatro tamaños diferentes.

Se trata de un típico acuerdo de pura conciencia ambiental, en el que ninguna parte se lucra, celebrado de una manera libérrima y sin otra motivación que la ambiental. Ello no impide que el convenio de colaboración sea el instrumento de formalización del programa, lo que demuestra su elasticidad para acoger cualquier tipo de acuerdo ambiental.

tada, determinación de las ayudas u otros mecanismos de fomento que se ofrezcan, plazo de resolución (tres meses) desestimatorio y justificación de los particulares elegidos. A diferencia de la acción subvencional (cap. 1º del Tit. III, arts. 118-129), la acción concertada implica el surgimiento de una relación negociada cuasicontractual entre las partes (y no unilateral meramente afectada), pero circunscritas ambas a la actividad administrativa de fomento, cuyas características esenciales concreta el autor en la discrecionalidad, gratuidad y voluntariedad.

<sup>1495</sup> La transformación se operó por la Ley 14/2.000 de 29 de diciembre, de Acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado, en cuyo cumplimiento la reunión del Consejo de Ministros del 22 de junio de 2.001 aprobó la conversión de la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos en Sociedad Estatal con capital público, entrando en funcionamiento el 3 de julio de 2.001, en que se hizo la solicitud de inscripción de inscripción en el Registro Mercantil, quedando extinguida la Entidad Pública Empresarial.

<sup>1496</sup> La donación de este corto periodo del año 2.000 ha sido de cerca de 1.500.000 de pesetas, estando prevista la de 2.001 en torno a los 7.000.000 de pesetas. La primera donación de Correos ha permitido sembrar 2.800 plantones en la Ladera Sur del Cerro del Viento, de Benalmádena. El segundo bosque de Correos está siendo plantado en estos momentos en Castilla y León.

## G. Acuerdo I.M.P.I.VA.-sector textil valenciano

El Instituto de la Mediana y Pequeña Industria Valenciana (I.M.P.I.VA.), es un ente público de la Generalitat Valenciana encargado de desarrollar la política de promoción industrial en el ámbito de las pequeñas y medianas empresas. Fue creado en 1.984 a iniciativa de la *Consellería* de Industria y Comercio. El objetivo del I.M.P.I.VA. es impulsar el proceso de innovación en la industria de la Comunidad Valenciana, como estrategia básica para elevar su competitividad.

Esta Administración llegó en 1.998 a un “acuerdo medioambiental” con la Asociación de Empresarios textiles de la Comunidad Valenciana, con el objetivo de promover un plan medioambiental en el sector textil. Los objetivos eran la creación de sistemas propios de depuración o recuperación de aguas residuales. Los municipios textiles más beneficiados serán los de Onteniente, Alcoy, Muro de Alcoy y Cocentaina.

Estos acuerdos voluntarios se suscriben dentro del marco de su Programa de adaptación industrial medioambiental y de minimización de residuos, inscrito a su vez en su Plan industrial de mejora del medio ambiente<sup>1497</sup>, cuyo objetivo es facilitar a las empresas la adopción de medidas que permitan un desarrollo sostenible de la actividad industrial acorde con la preservación del medio ambiente. Una de las líneas de ayuda la concede el I.M.P.I.VA. cuando suscribe acuerdos voluntarios, en los que puede llegar a financiar hasta el 50% del coste de los proyectos ambientales a realizar por la empresa.

## H. Partenariado público-privado para la adquisición y empleo energéticamente más eficiente de equipos ofimáticos

Para la expansión en España del programa voluntario de ahorro energético en equipos informáticos *Energy Star* (que ya vimos) se ha editado en nuestro país un Manual de Recomendaciones para la Adquisición de Equipos ofimáticos energéticamente eficientes, encuadrado dentro de proyecto comunitario *Efforts (Energy*

<sup>1497</sup> El fomento de la firma de estos acuerdos voluntarios y las ayudas a las que el I.M.P.I.VA. se compromete cuando suscribe alguno de ellos han sido aprobados por Resolución de 12 de noviembre de 1.998, del I.M.P.I.VA, por la que se convocan ayudas en materia de infraestructuras tecnológicas, calidad, medio ambiente, creación de empresas y apoyo a la microempresa, cooperación y energía.

*Efficient Improvement in the Use of Computer Equipment in the European Public Administrations*), y que ha sido financiado por la Unión Europea y su Dirección General XVII a través del programa de Ahorro Energético SAVE (*Specific Actions for Vigorous Energy Efficiency*). Ha sido elaborado por un partenariado público-privado compuesto, por la parte administrativa, por el Ministerio de Administraciones Públicas, el Instituto para la Diversificación de la Energía, y, por la parte privada, por la consultora *Environment, Transport and Planning* (Grupo Radian) y El Corte Inglés (sección informática).

El manual establece unas guías y consejos para ser seguidas por las empresas que lo deseen en la adquisición de sus equipos ofimáticos (ordenadores, teléfonos, faxes, impresoras, fotocopiadoras y otros periféricos) y en el trato y manejo que hagan del mismo, con vistas a reducir el consumo energético y favorecer así los beneficios ambientales que se siguen de la reducción de emisiones y del desgaste que provoca dicha producción energética.

Respecto de la versión comunitaria del programa norteamericano *Energy Star*, en España, por el momento, los contratos administrativos de suministro de equipos y sistemas informáticos, especialmente los destinados a su utilización por parte de una amplia población de usuarios, deberán insertar una cláusula para el establecimiento de pautas ergonómicas, medioambientales, de ahorro energético, de compatibilidad electromagnética y de reducción de radiaciones emitidas, al objeto de promover la oferta de equipos con características positivas en los aspectos medioambientales, energéticos y ergonómicos, de acuerdo con la Resolución de 10 de octubre de 1.994, de la Presidencia del Consejo Superior de Informática, relativa a la adopción por parte de la Administración General del Estado de Pautas Medioambientales y Ergonómicas en la adquisición y empleo de bienes y servicios de tecnologías de la información (B.O.E. de 21 de octubre 1.994)<sup>1498</sup>.

1498 El contratista se obligará a respetar la Ley 11/1.997, de 24 de abril, de envases y residuos de envases, valorándose especialmente la propuesta de sistemas gratuitos de depósito, devolución y retorno de envases y embalajes gestionados por el oferente. También se valorará positivamente en este campo que la empresa satisfaga normas sobre sistemas de gestión medioambiental tales como UNE-77801:1.994, el Reglamento CEE 1.836/93 del Consejo de 29 de julio de 1.993 en el que se regula el Sistema Europeo de Ecogestión y Ecoauditoría (EMAS), normas ISO 14.000 de sistemas de gestión medioambiental de la empresa o cualquier otra norma reconocida por organismos nacionales o internacionales de certificación. En lo tocante a ahorro energético se valorará, en el ámbito de la ofimática, el cumplimiento de la normativa *Energy Star* promovida por la EPA (*Environment Protection Agency*), así como la existencia de dispositivos o elementos que permitan una eficaz gestión y reducción de la energía consumida por el equipo.

**Sección 2ª:**  
**PROPUESTAS DE AVANCE**

**I.**

---

**ENSAYO DE UNA TEORÍA SOBRE LA POSIBLE  
VIABILIDAD DE LOS CONVENIOS COMO FUENTE DEL  
DERECHO AMBIENTAL**

Intentaremos en este epígrafe, aun a fuerza de parecer un tanto atrevidos, abundar en algunas ideas desperdigadas que, sobre los convenios de colaboración celebrados por las Administraciones Públicas con personas físicas o jurídicas sometidas al Derecho Privado, hemos ido derramando en esta obra, con la intención de casar las bases administrativas de esa institución jurídica con las especialidades dogmáticas del Derecho del Medio Ambiente.

En el estado actual de desarrollo de nuestro Ordenamiento jurídico bien podemos abrigar la existencia real de un auténtico y propio Derecho Ambiental, que, si bien enraizado en el Derecho Administrativo, ha ido adquiriendo un volumen de normas y un rango de especificidades tal que lo han demudado en rama diferenciada del Derecho Público. Es por ello por lo que, sin ningún ánimo aventurero (a pesar de lo que pueda desprenderse del ampuloso título de este apartado), no es nuestra intención ahora sino pergeñar una pequeña doctrina sobre la viabilidad de los convenios ambientales como fuente de ese derecho naciente y joven, algo impensable –por ahora– en el seno del Derecho Administrativo clásico, que responda a un buen puñado de inquietudes jurídicas que han nacido en el autor mientras repensaba sus hallazgos.

De todos es conocida la naturaleza normativa que la Constitución otorga a los convenios colectivos celebrados entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, en los que se negocian y pactan las condiciones de trabajo de los empleados.

Los convenios colectivos son, pues, fruto de la negociación colectiva laboral y fuente del Derecho del Trabajo que, como tal, se han visto arrogados de la subsiguiente "fuerza vinculante" (art. 37.1 CE). Partiremos, pues, del análisis de los convenios colectivos del Derecho Laboral, de cuya comparación con los convenios ambientales extraeremos las conclusiones que nos permitan levantar o desbaratar una teoría parecida en el Derecho Ambiental.

Obviamente, en ausencia de un precepto constitucional parecido para los convenios ambientales, el reconocimiento de su hipotético carácter como fuente del Derecho Ambiental pasaría porque así se afirmase en una Ley de Acuerdos Voluntarios para la Protección del Medio Ambiente que debería aprobarse en España y que respondiera a los postulados que mantenemos<sup>1499</sup>. Otra forma igualmente válida de investir lo pactado de rango normativo sería, como ya dijimos en la primera parte de esta obra, la de insertar los convenios ambientales en disposiciones administrativas, como permite el art. 88 LRJAPyPAC, como pactos, con carácter previo, vinculante o no, a la resolución de un procedimiento administrativo (que aquí sería el de elaboración de reglamentos)<sup>1500</sup>. Esta segunda opción es, sin duda, menos iconoclasta que la que aquí manejamos, y plantea menos problemas técnicos, aunque ambas lleguen a parecidas conclusiones prácticas.

Los convenios colectivos son "contratos normativos" o "normas de origen contractual", un "contrato negociado y celebrado por representantes de trabajadores y empresarios para la regulación de las condiciones de trabajo" (ALONSO OLEA/CASAS BAHAMONDE), un "híbrido con alma de ley y cuerpo de contrato" (CARNELUTTI)<sup>1501</sup>. ¿Cabría concebir algo similar, predicable de los convenios ambientales celebrados entre Administraciones y sectores industriales o empresas?

Para empezar, no deja de ser extraño conferir naturaleza normativa a cualesquiera convenio o pactos, cuya eficacia no tendría por qué ir más allá de la puramente *inter partes*. Si convenimos en que los motivos que ha llevado a la Constitución a conceder carácter normativo a los convenios laborales son la existencia histórica de un poder social externo (empresarios más empleados) al administrativo con potestad de

1499 Como ha sentenciado el TC en relación con los convenios laborales, el papel de la ley es "activo" en la configuración y desarrollo del derecho a la negociación colectiva y, de entre sus cometidos, resulta especialmente relevante garantizar su efectividad (STC. 208/1.993, Fdto. Jco. 3º).

1500 Estos acuerdos paccionados previos a la elaboración de un reglamento podrían ser de dos tipos: ya parecidos a los llamados acuerdos interprofesionales estructurales del Derecho Laboral, que tienen la finalidad abstracta o formal de regular el marco jurídico que después habrá de concretarse posteriormente; ya semejantes a los acuerdos interprofesionales de fondo, sobre materias concretas (arts. 83.2 y 3 ET).

1501 Cfr. ALONSO OLEA, M. y CASA BAHAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, Civitas, decimonovena edición, Madrid, 2.001, pág. 810 y CARNELUTTI, F., *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, editorial CEDAM, Padova, 1.936, págs. 117 y ss.

determinar las condiciones de trabajo (tan esenciales en toda sociedad y de cuyo correcto funcionamiento depende en buena medida la paz social), y la protección de la igualdad negociadora de los trabajadores (hasta hace bien poco sometidos a los dictados de la patronal), cabría afirmar igualmente la viabilidad de los convenios ambientales como fuente del Derecho Ambiental, ya que no es sino la entrada de un poder social (las industrias y empresas) en la determinación de su relación ambiental con la Administración y la solución de los acuciantes problemas ecológicos que su actividad entraña lo que conferiría un carácter distintivo y válido a los convenios ambientales como normas especiales, diferentes al resto de las normas del Ordenamiento jurídico (la ley y los reglamentos en Derecho Administrativo)<sup>1502</sup>. A ello se suma el papel de los convenios como auténticos instrumentos de sostenibilidad, encargados, por un lado, de proteger el derecho al desarrollo industrial, y, por otro, de condicionarlo a la correcta gestión medioambiental de la empresa.

La acotación objetiva que el Derecho Laboral hace del ámbito susceptible de pactación en los convenios laborales es similar a la que debería plantearse para los convenios ambientales: si allí se limitan las materias objeto de normación por convenio a las “condiciones de trabajo y productividad” (art. 82.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET), aprobado por Ley 8/1.980, de 10 de marzo), aquí serían las “condiciones ambientales y de productividad sostenible”, sin que cupiese una extralimitación al respecto, que, en caso de producirse incurriría en vicio *ultra vires*, quedando rebajada del grado normativo al puramente convencional *inter partes*. A lo que se ha de tender es a establecer un ámbito objetivo “no artificioso y sí acorde con la naturaleza de las cosas”<sup>1503</sup>.

También sería válido, en nuestra opinión, incluir mecanismos de resolución arbitral de conflictos, como ocurre en los convenios laborales. El convenio ambiental, por tanto, merecería también carácter normativo, entre otras cosas, por su tipicidad *ratione materiae*. El contenido mínimo de uno de estos convenios exigiría, además, como dispone el art. 88 LRJAPyPAC, la concreción de las partes intervinientes, de su ámbito personal, funcional y territorial (que podrá ser estatal, autonómico, provincial o municipal, pero también intermunicipal o interautonómico), y su plazo de vigencia. A ello habría que añadir la determinación del ámbito de eficacia subjetiva del acuerdo (que puede no coincidir con el propio de las partes representadas sino

<sup>1502</sup> Si el recurso a la negociación colectiva forma parte del contenido esencial del derecho fundamental de libertad sindical de las organizaciones sindicales (art. 2.2.d) de la Ley 11/1.985, de 2 de agosto, orgánica de Libertad Sindical, LOIS), la pactación ambiental es consecuencia lógica del sostenimiento colectivo de las cargas que lleva consigo el respeto al medio ambiente que proclama el art. 45 CE.

<sup>1503</sup> Doctrina vertida sobre los convenios laborales, aplicable aquí, en SSTC 17 de diciembre de 1.982 y 29 de noviembre de 1.995).

ir más allá<sup>1504</sup>). Naturalmente, sólo podrán ser objeto de negociación por una Administración aquellas materias que sean de su competencia; ir más allá sólo adjudicaría a tal extremo un puro carácter instrumental o mediático que obligaría a la Administración firmante, a lo sumo, a realizar las gestiones pertinentes posteriores ante la Administración competente.

Al concebir los pactos ambientales como fuente del Derecho Ambiental nos estaríamos refiriendo a aquellos convenios (como institución jurídica diferente a la contractual, como ya ha quedado aclarado en esta investigación) a que llegan sectores industriales o empresas singularmente determinadas, que, si como tales negocios jurídicos sinalagmáticos concretan las obligaciones legales, o las condicionan, o las sustituyen en caso de laguna de ley, o endurecen las exigencias y/o requisitos impuestos por las normas (conformándose entonces como una auténtica *lex inter partes*), se verían, además, revestidos de algunos de los atributos de las normas jurídicas, lo que significaría, entre otras cosas:

1. La inserción de estos convenios en el sistema de fuentes del Derecho Ambiental, sometidos a las leyes y a los reglamentos, cuyas prescripciones nunca podrían vulnerar.
2. La obligación de la Administración de respetar estos convenios y de dictar actos administrativos (para con la empresa o sector que convino) que los apliquen, allí donde estos convenios sean vinculantes. Las Administraciones, así, vendrían obligadas a someterse no sólo a la ley y a las disposiciones reglamentarias sino también, en lo tocante a los sujetos privados que pactaron, a los convenios que con ellos firmaron. Ocurriría así, por ejemplo, en relación con la cuantía de las sanciones o el objeto y medida temporal de las licencias que les concerniesen.
3. Todo lo pactado en un convenio ambiental será de cumplimiento obligatorio para la parte privada (empresas o sectores industriales) que los hayan

1504 Mientras que en los convenios ambientales con empresas el ámbito negociador es coextenso al ámbito de vinculación subjetiva del mismo, en los convenios ambientales sectoriales puede darse el caso de legitimación ampliada. También pueden darse otras dos excepciones a esa equivalencia normal entre ámbito de negociación y ámbito subjetivo de sujeción al convenio: podría ocurrir que a un convenio con una empresa o con un sector se adhiriese posteriormente otra empresa o sector, lo que no sólo es posible sino deseable en Derecho Ambiental, donde el empleo de convenios tiene una importante y benéfica componente expansiva. Y, en segundo lugar, que la Administración que celebró el convenio adopte la decisión de extender el ámbito de sujeción a otra empresa o sector, debiendo entonces cumplirse con el requisito que, analógicamente, exige el art. 92.2, párr. 1º ET, esto es, dada la imposibilidad de que en esa otra empresa o sector sea imposible suscribir un convenio autónomo, debido, por ejemplo, a la ausencia de partes con quien negociar. La decisión de extensión es discrecional de la Administración. Igualmente podríamos aplicar por analogía a los convenios ambientales la prescripción de la Disp. Adic. 7ª ET, que recomienda que se use antes el procedimiento de extensión que el de dictar normas reglamentarias sectoriales.

perfeccionado, ya que la naturaleza convencional de los pactos así les obliga, al haberse obligado dentro de la libérrima capacidad negocial de que gozan las personas sujetas al Derecho Civil (art. 1.255 C. C.), siempre que lo pactado no atente contra la ley, la moral o el orden público<sup>1505</sup>.

4. Por el contrario, trayendo aquí a colación las conclusiones de los capítulos segundo y tercero, el convenio sólo obligará a las Administraciones Públicas en aquéllos de sus puntos cuyo cumplimiento no supusiera la afectación de sus potestades públicas. Por el contrario, cuando un convenio condicione o limite el ejercicio de la potestad sancionadora, reglamentaria, expropiatoria, etc. sólo impondrá una obligación moral a la Administración firmante, que ha de llevarla a cabo e intentar respetar lo pactado hasta donde buenamente pueda (en respeto del principio de confianza legítima en la actuación administrativa), pero pudiendo desdecirse de ello cuando motivos de interés general o el cambio de las circunstancias externas al pacto así lo justifiquen en aras del bien público.
5. Presupuesta esa anfibólica fuerza cogente del clausulado de los pactos ambientales para con la Administración, no puede negarse que, sin embargo, los convenios ambientales constituyen todo un cuerpo de obligaciones que conforman la “norma ambiental”, el “traje propio” que habrá de regir las relaciones ambientales (con la extensión que confiera el objeto del pacto) entre la Administración y la parte privada con quien convino. Estos convenios tienen un carácter intrínsecamente público en una doble medida:
  - de forma directa, porque el cumplimiento correcto de un convenio supone siempre mejoras de algún tipo (más o menos ambiciosas) de las prestaciones ambientales de las empresas firmantes, cuya situación de contaminación inicial, no lo olvidemos, suele ser dramática. Con estos convenios no se trata de rebelarse contra el imperio de la ley, subvirtiendo su general mandato, sino de solucionar un problema de fondo mucho más complicado y que la propia ley no puede solventar por sí misma: poner coto al masivo incumplimiento de las normas ambientales y conciliar de una vez por todas el respeto a la naturaleza con el desa-

1505 La vinculatoriedad que se predica de los convenios laborales parte del hecho de que existe un previo contrato celebrado entre sujetos de Derecho Privado (empresarios y representantes de trabajadores), contrato que es vinculante ya de por sí. La vinculatoriedad, por tanto, se complica cuando en el convenio o pacto media una Administración (como ocurre en los convenios ambientales), pero debe seguir siendo efectiva para con los sujetos de Derecho Privado que con ella pacten, y que, en el caso de los convenios ambientales, son las empresas, grupos de empresas o sectores industriales.

rollo económico. La exigencia a ultranza de las normas lleva a muchas empresas a desaparecer, con la pérdida en empleo y desarrollo económico que ello implica. Con el uso de convenios allí donde sea estrictamente imprescindible no se trataría de ser condescendientes con las empresas contaminantes sino de darles la oportunidad de armonizar esos dos vectores, estudiando cada caso en concreto y llegando a soluciones de compromiso que, si bien inicialmente pudiera entrañar una relajación de las exigencias legales (si así lo permitieran las propias normas), supondría la intención expresa de ir las aumentando progresivamente en el tiempo hasta devolver a la empresa a una situación de cumplimiento standard del Ordenamiento jurídico ambiental. La ganancia ambiental particular que se derivara del cumplimiento por la empresa o sector de un convenio ambiental, produciría por tanto, de una manera directa, ganancias abstractas para el medio ambiente en general y, por tanto, para el interés colectivo que existe en su tutela y mantenimiento;

- de forma indirecta, porque pacto a pacto se va creando un estado general de cumplimiento de la normativa ambiental, los convenios que se firman van ganando parcelas críticas de contaminación para la causa común del medio ambiente, de modo que, sumadas, añaden un beneficio superior que el que puede derivarse del cumplimiento individual que cada pacto proporciona.
6. En relación con la eficacia subjetiva que supondría el entendimiento de los convenios ambientales como fuente del Derecho Ambiental cabe hacer dos distinciones: obviamente, cuando el convenio se celebra con una o varias empresas concretas, sería una mera norma jurídica para las partes (al igual que los convenios laborales extraestatutarios obligan sólo a los sujetos representados por quienes los negociaron<sup>1506</sup>). Pero, además, cuando la

\*\*\*\*\*

<sup>1506</sup> En el Derecho Laboral, si un sindicato o asociación empresarial no cuenta con la legitimación plena del art. 88.1 ET, pueden negociar convenios colectivos llamados "extraestatutarios", de eficacia limitada a los sujetos representados por los negociadores. En el Derecho Ambiental no cabría hablar de convenios ambientales estatutarios o extraestatutarios en sentido estricto, ya que no existe aún un Estatuto normativo conforme al que deban realizarse. Eso sí, los acuerdos ambientales celebrados con una empresa tendrán los mismos efectos que los extraestatutarios, es decir, *inter partes*, mientras que los realizados por sectores en los que la Administración reconozca legitimación plena o ampliada a su interlocutor obligarán *erga omnes* a todas las empresas del mismo, aunque no hubieran estado representadas en las negociaciones. De esta división un tanto formalista se saca, sin embargo, una consecuencia útil: los convenios ambientales firmados con empresas singularmente determinadas deberán sujetarse y respetar las prescripciones de los convenios que pudieran haberse firmado entre la Administración y el sector industrial en que se integren, del mismo modo como los convenios extraestatutarios deben someterse a los postulados de los

Administración se propone llegar a un acuerdo ambiental con un concreto sector industrial (v. gr., el azucarero o el siderúrgico) y, siempre que otorgue representatividad total o ampliada a la parte privada que con ella se sienta a negociar, ese convenio tendría efectos no exclusivamente *inter partes* (obligando a las empresas que se encuentren legítimamente representadas en las negociaciones) sino también *erga omnes* (vinculando igualmente a aquellas otras empresas que, tras ser avisadas, no hayan querido mandar representantes o no quisieran negociar el convenio). Es lo mismo que ocurre con los convenios laborales de eficacia ampliada, o con los convenios laborales estatutarios de concertación social general<sup>1507</sup>.

7. A ambos tipos de convenios ambientales les serían aplicables los efectos normativos de una fuente del derecho. A saber:

- el convenio posterior derogaría al anterior, salvo los aspectos que expresamente se mantengan (como dice el art. 86.4 ET), respetando siempre la jerarquía superior del convenio sectorial sobre el suscrito con una empresa o grupo de empresas del mismo sector<sup>1508</sup>;
- debería publicarse en el periódico oficial del ámbito geográfico propio de la Administración firmante<sup>1509</sup>;

\*\*\*\*\*

estatutarios en el Derecho Laboral. Si en un convenio ambiental sectorial la Administración no ha reconocido la legitimación ampliada, la aplicación del mismo a otras empresas no representadas sería ilegítima y cabría anular esa actuación administrativa o privada por lesiva de intereses de terceros, por colusoria (STS de 12 de marzo y 28 de octubre de 1.996, para los convenios laborales, ex art. 90.5 ET). La jurisprudencia laboral ha vacilado tradicionalmente entre negar carácter de fuente del derecho (carácter normativo, a fin de cuentas) a los convenios extraestatutarios (así, Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 15 de noviembre de 1.985 y de 29 de abril de 1.987), o concediéndoselo (así, SSTCT de 12 de noviembre de 1.984, 8 de mayo y 30 de junio de 1.982, o 27 de noviembre de 1.984). En esa misma indefinición se mueve la doctrina laboral. Entre ella, vale citar el caso de QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., *Convenios Colectivos Extraestatutarios*, editorial Tecnos, colección Jurisprudencia práctica, Madrid, 1.992, donde parece alinearse a la primera postura, pero que, siete años más tarde, en su obra *Los convenios colectivos irregulares*, editorial Consejo Económico y Social, Madrid, Madrid, 1.999, pág. 52, cambia de opinión, adhiriéndose a la segunda línea jurisprudencial citada. Más realista se muestran MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A. V., y RÍOS SALMERÓN, B., *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, editorial Aranzadi, tercera edición, Elcano (Navarra), 2.000, pág. 481, para quienes los convenios extraestatutarios no tienen naturaleza normativa, pero, al permitir que las empresas se vayan adhiriendo a ellos *uti singuli*, pueden llegar a ostentar, de ipso, un rango cuasinormativo.

<sup>1507</sup> A diferencia de la legitimación directa, que permite llegar a acuerdos que obligarían exclusivamente al ámbito personal de las partes representadas (como ocurriría en los convenios ambientales con empresas singularmente determinadas), la llamada "legitimación ampliada" en Derecho Laboral supone la atribución por el Ordenamiento a un sindicato o asociación de empresarios de una capacidad de negociar en nombre y vinculación, no sólo de sus miembros o afiliados sino también de los no afiliados, algo que sucedería, homológamente, en los convenios ambientales por sectores si la Administración así lo reconociera. Cfr. ALONSO OLEA, M., *opus cit...*, págs. 817-818 y 832-834, en aplicación del art. 82.3, párr. 1º ET.

<sup>1508</sup> No jugaría aquí, pues, lo que ALONSO OLEA, M., *opus cit...*, págs. 925 a 927, llama "condición preexistente individual", y que, en Derecho Laboral, significa que los contratos individualmente firmados entre un empresario y un empleado no habrán de verse afectados por el convenio colectivo posterior. En los convenios ambientales, al ser una de las partes la Administración, un convenio sectorial derogará a otro particular celebrado con una empresa del mismo.

<sup>1509</sup> Al igual que ocurre con los convenios colectivos (art. 90.3 ET).

- sólo serán aplicables retroactivamente cuando contengan disposiciones más favorables o menos restrictivas de los derechos individuales, en aplicación del art. 9.3 CE<sup>1510</sup>;
- la Administración firmante del convenio vendría obligada a respetarlo (en la medida definida en el punto cuarto) dentro del ámbito subjetivo concretado. Eso sí, un reglamento posterior derogaría cualquier tipo de convenio ambiental normativo, por tratarse de una fuente de mayor jerarquía y porque la potestad reglamentaria nunca puede quedar vinculada ni condicionada convencionalmente<sup>1511</sup>;
- como cualquier norma, el incumplimiento del convenio por cualquiera de las dos partes puede llevar aparejadas sanciones, siempre que quedaran plasmadas en el convenio. Si la que incumpliera fuera la Administración, habrá que distinguir dependiendo del objeto de su incumplimiento: si no respetó una parte del convenio que para ella era vinculante, incurriría en las sanciones que en el convenio se hubieren determinado y, si nada se hubiere determinado, tendrá que responder por responsabilidad contractual, indemnizando a la contraparte en la medida que permite el TRLCAP. Si incumpliere un extremo sobre el que recaía una mera obligación moral de cumplimiento, respondería igualmente con las sanciones a que se hubiera obligado en el convenio y, subsidiariamente, por responsabilidad precontractual (como hemos dejado sentado en la primera parte de esta obra), lo que se motiva en la ruptura del principio de confianza legítima;
- las normas de interpretación del convenio serían las que recoge el Código Civil, sin que exista una potestad administrativa de interpretación unilateral de sus cláusulas;
- por la misma razón, el ejercicio del *ius variandi* por la Administración estaría vetado, derivándose de ello las mismas conclusiones que hemos vertido en el punto anterior. Ese derecho a modificar las obligaciones administrativas o particulares del convenio sí es válido cuando se hubiere pactado por las partes o si se remite al régimen del TRLCAP<sup>1512</sup>;

1510 Ahora bien, el nuevo procedimiento negociado que se abra para perfeccionar un convenio ambiental hace tabla rasa con el régimen que pudiera haberse establecido anteriormente en un convenio individual o sectorial. Cfr. ALONSO OLEA, M., y BARREIRO GONZÁLEZ, G., *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, Comentarios, Jurisprudencia*, editorial Civitas, cuarta edición, Madrid, 1.995, pág. 379.

1511 Las normas promulgadas por el estado con carácter de derecho necesario "penetran, por imperio de la ley, en la norma paccionada ya creada" (STS de 9 de marzo de 1.992).

1512 La jurisprudencia constitucional ha permitido el juego del principio *rebus sic stantibus* en los convenios colectivos, cuando acaecen circunstancias nuevas, extraordinarias y del todo imprevisibles (SSTC 11/1.981, Fdto. Jco. 14º y 332/1.994, Fdto. Jco. 3º).

- las prescripciones de un convenio ambiental serían aplicables por los Tribunales (en este caso de lo contencioso-administrativo), en virtud del principio *iura novit curia*, a los sujetos a quienes se extienda su eficacia normativa (con los condicionantes expresados en el punto sexto), por lo que cabría la interposición de recursos contenciosos y la casación por infracción de ley<sup>1513</sup> cuando la parte Administrativa incumple ese convenio y se niega a restituir a la contraparte en el equilibrio negocial roto (por no avenirse a pagar las sanciones que se establecieron en el pacto o, subsidiariamente, la indemnización derivada de la responsabilidad en que hubiera incurrido). Lo que es más, estos recursos podrían ser interpuestos no sólo por la contraparte firmante del acuerdo sino por cualquier otro sujeto o empresa incluida en su ámbito de eficacia normativa, si se tratara de un convenio sectorial, como decíamos en el citado punto sexto.

Aparte la mayor o menor audacia de lo expuesto, debe quedar clara una cosa: la vinculatoriedad normativa que el art. 37.1 CE predica para los convenios laborales es posible jurídicamente por el dato de ser un pacto *inter privados*. Se les reviste de eficacia normativa, sí, pero en la medida en que ese pacto ya era un contrato jurídicamente vinculante para las partes. En los acuerdos ambientales, por tanto, la vinculatoriedad del mismo debe ser idéntica para la parte de Derecho Privado que convino, esto es, para la empresa, grupo de empresas o sector industrial que lo celebró. La interrogante pesa sobre su vinculatoriedad para la Administración, que hemos condicionado en el sentido arriba expuesto. Nótese la importancia de este extremo, del que derivan, como consecuencia lógica, el resto de las conclusiones extraídas.

Es idénticamente trasladable a nuestra teoría sobre los convenios como fuente del Derecho Ambiental el deber de paz que dimana de los convenios laborales y que se encarna en la obligación de las partes de no plantear cuestiones litigiosas durante las negociaciones ni posteriormente a las mismas, y, como corolario del mismo, el deber de negociar con buena fe, sin hacer ofertas desorbitadas ni extravagantes (STC 107/2.000)<sup>1514</sup>. Esta pacificación también se produce como efecto sobrevenido en los convenios ambientales, donde el consenso alcanzado entre la Administración y

<sup>1513</sup> La casación de un convenio colectivo por la vía de infracción de ley ha sido reconocida por la jurisprudencia constitucional (SSTC 26 de enero de 1.983 y de 11 de mayo de 2.000).

<sup>1514</sup> Este último deber, que en lo laboral es trasladable a ambas partes de un convenio (art. 89.1 ET), en lo ambiental jugaría más intensamente para la Administración, pues, como es lógico, cualquier intento obstructor de las negociaciones por parte de la empresa o sector con quien se negocia puede acarrear que la Administración acabe regulando el sector unilateralmente por medio de un reglamento.

las empresas firmantes ha de abocar, necesariamente, a una lealtad moral de la Administración a no regular administrativamente la materia objeto del convenio<sup>1515</sup> y a una recíproca obligación jurídica de la empresa o sector industrial a cumplir lo pactado. Ese deber de paz engendraría también el deber mutuo de reducir la conflictividad posterior que, además, podría reconducirse a fórmulas arbitrales de resolución de conflictos como las que suelen incluirse en los convenios laborales.

Tal como los hemos concebido, por tanto, los convenios ambientales actuarían como una “verdadera reglamentación legal” delegada o descentralizada del Estado, si bien, aquí, la descentralización no sería funcional –como en lo laboral– sino puramente “democrática”, en el sentido que a este término hemos otorgado en el capítulo primero de repliegue administrativo voluntario ante el empuje colaborador de los agentes sociales corolario natural del momento histórico que vivimos, en que se está empezando a conceder a la protección del medio ambiente una importancia extraordinaria, preocupación que, para el bien de la vida futura de todos, entraña su conservación y mejora.

Algunos aspectos accesorios de la negociación ambiental pueden, igualmente, ser tomados de la experiencia de los convenios laborales. Por ejemplo, no sería muy aconsejable para la Administración tener un interlocutor excesivamente numeroso. En aras de la eficacia, el art. 88.3 ET limita el número de representantes de cada parte a 12, si bien este número en el campo ambiental sería totalmente indicativo y maleable según el principio de proporcionalidad: mientras mayor sea el ámbito subjetivo y territorial del convenio mayor debería ser el número de delegados en las mesas de negociaciones.

Igualmente, sobre el régimen de perfeccionamiento del convenio ambiental, lo deseable sería la unanimidad de los miembros negociadores en los acuerdos con empresas, aunque podría establecerse una mayoría cualificada para los convenios sectoriales, de forma parecida a la que requiere el art. 89.3 ET.

Para finalizar, queremos dejar claro que nuestra profunda vocación iuspublicista nos lleva a considerar que la situación ideal sería aquella en que cada ley o reglamento ambiental concreto cediese una parcela de libre determinación a los convenios ambientales, a los que llamaría para complementar o ejecutar los preceptos necesarios con mayor rigor y adecuación al caso concreto, algo que también ocurre

\*\*\*\*\*  
<sup>1515</sup> Sería lícito un convenio ambiental en que la Administración se comprometiera a no regular reglamentariamente el sector con el que se han pactado las condiciones ambientales mientras que ese sector no incumpla el pacto. Esa condición resolutoria sólo está condicionando el ejercicio de la potestad reglamentaria, pero no su sustancia misma, aunque es, de por sí, imposible de vincular a la Administración a respetar tal cláusula, que sería puramente moral.

en el Derecho Laboral (arts. 11.2,b) párr. 3º y h), 12.4,e) y 15.5 ET). No obstante, los pocos casos existentes actualmente en nuestro Ordenamiento jurídico han motivado este paso doctrinal, que no ha querido ser un alarde ni un atrevimiento, sino un intento leal de avanzar jurídicamente en la protección del medio ambiente por medio de instrumentos paccionados.

## II. EL PAPEL DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA COMO COMPLEMENTO DE LA REGULACIÓN AMBIENTAL DE LA EMPRESA

La doctrina suele indicar, como norma general, que en la autorregulación concurren varias cortapisas que impiden que se haya convertido en un instrumento determinante de la política ambiental. A saber: la debilidad o poca ambición de sus objetivos, la imposibilidad de su ejecutividad por parte de la Administración y la incapacidad de sancionar su incumplimiento de alguna manera<sup>1516</sup>. Sin embargo, a pesar de esas carencias fundamentales, su principal característica (la ausencia de contenido pactado alguno, su redacción y conformación de modo absolutamente unilateral por la empresa que la adopta) hacen que la autorregulación sea una herramienta idónea que ha de servir de complemento necesario de cualquier sistema de tutela ambiental tradicional que se precie.

En efecto, recordemos que ya vimos en la sección de Derecho comparado dedicada a los EE.UU., que los códigos de conducta se han constituido como la herramienta preferida de los agentes económicos de aquella sociedad. En ella se concitan varias cualidades que las hacen muy atractivas para cualquier empresa o industria contaminante:

1. Al ser una “regulación” que la empresa se da a sí misma, su contenido es absolutamente libre; partiendo de su buena fe, debería contener aquellas prescripciones más necesarias para atajar sus problemas ambientales, que sólo ella conoce, y ello, con la medida y en los plazos en que ella misma estima que las puede o quiere cumplir.

<sup>1516</sup> Cfr. GUNNINGHAM, N., (director), *Environment, Self-Regulation and the Chemical Industry: Assessing Responsible Care*, Working Paper, Australian Centre for Environmental Law, Australian National University, Canberra (Australia), 1.995, pág. 7.

2. Su ausencia de carácter vinculante puede llevar al sujeto, según su criterio, a elegir entre dos opciones, igualmente válidas: una, establecer un código de conductas realista, que puedan cumplir o, dos, imponerse una regulación más ambiciosa, que pueda ser cumplida progresivamente.
3. Este instrumento sólo tiene sentido desde un doble punto de vista: que la empresa que lo asume no tenga demasiada conciencia ambiental, y se dé un conjunto de reglas por puro afán propagandístico ante la sociedad; o que realmente tenga una acendrada vocación conservacionista, y, aparte la publicidad que le da ante los consumidores, se tome en serio su código de conductas para acabar con sus problemas ambientales.
4. Dependiendo de la ausencia o existencia de normas ambientales (leyes y reglamentos, sobre todo) en el sector en que se inserte la empresa que adopta uno de estos códigos de conducta, la autonormación tendrá los siguientes fines:
  - si el sector está regulado, esta herramienta de tutela ambiental puede obedecer, a su vez, a dos intenciones: primera, si la empresa cumple dicha normativa, al imponerse un código ambiental puede pretender ir más allá de dichas exigencias, porque otorgue una importancia esencial a lo ambiental o porque quiera así situarse a la cabeza de las empresas con preocupaciones ambientales de su sector, lo que les concedería una ventaja en el mercado ante sus competidoras; segunda, porque la empresa la incumple sistemáticamente y quiera ir haciéndolo progresivamente, lo que la lleva a adoptar un código de conducta ambiental propio, adaptado a sus necesidades específicas.
  - Si el sector no estuviera regulado, con la adopción de códigos de conducta puede pretenderse que la empresa evite el vacío legal o se prepare y gane tiempo de cara a la aprobación, por el Gobierno o el Legislativo, de una futura normativa ambiental en la materia<sup>1517</sup>.
5. Para la Administración, la comprobación de que una empresa o un sector industrial se haya autonormado debe tener consecuencias en su política normativa: ello la debería llevar a pactar, en lo posible, el reglamento que qui-

\*\*\*\*\*

<sup>1517</sup> El carácter anticipativo de la legislación es una de las ventajas que más valoran las empresas y que las hacen optar por códigos de conductas o acuerdos voluntarios en ausencia de normativa ambiental sectorial. En este caso, se ha destacado en Holanda –país que se encuentra a la cabeza en el empleo de estos acuerdos– que de esa forma se consigue una suerte de “regulación social”, de foro de consulta, permitiendo que los deseos y objetivos sean conectados con el deseo de actuar, dando espacio para que las buenas intenciones sean formalmente establecidas, aunque sea como un primer estadio hacia una normativa tradicional, como criterio de y para el control social de los problemas de contaminación de las empresas. Vid. NETHERLANDS SCIENTIFIC COUNCIL FOR GOVERNMENT POLICY, *Environmental policy: strategy, instruments and enforcement*, reports to the government, n.º. 41, La Haya, 1.992, págs. 30 y 31.

siera aprobar en la materia, aunque ello sólo suponga una obligación moral, de evitación de litigios o de búsqueda de su mayor aceptación y cumplimiento posible. Por el contrario, ante un sector que carezca de código de conducta ambiental alguno, la Administración debería tender a aprobar un reglamento lo más exigente posible, como forma de penalizar su conducta pasiva, y, al tiempo, fomentar en otros sectores no regulados la adopción de instrumentos voluntarios semejantes. Condicionando su actividad unilateral en este sentido, se lograría crear un estado de cumplimiento de la normativa –o de expectativas de cumplimiento– más generalizado. Se conseguiría así cubrir con el manto del derecho (aunque en algunos casos dicho manto sea tan fino como un código de conducta) todas las actividades empresariales o productivas con consecuencias para el medio ambiente.

6. Abogamos por la exigencia de un control administrativo por las CC.AA. de los códigos de conducta de manera que se aprueben sólo aquéllos realmente ambiciosos o necesarios.

En esas mismas características expuestas, beneficiosas las más veces tanto para las empresas como para las Administraciones (ya lo hemos dicho) se encuentran también algunas de sus debilidades. A saber:

1. La voluntariedad a ultranza que llevan ínsitos estos códigos de conducta permite que algunas empresas se escuden en ellos ante la Administración para no cumplir los requisitos ambientales legales o reglamentarios, en lo que se conoce, en la teoría económica, como el síndrome del pasajero clandestino. Afortunadamente, la Administración puede y debe detectar estas conductas y exigir a rajatabla la conformidad con la normativa tradicional.
2. Pueden ser utilizados también como arma arrojada contra la Administración, de forma que, al adoptar un código de conducta ambiental poco ambicioso, sugestione a la Administración a pactar con el sector un reglamento menos exigente que el cabría esperar.
3. Si el que adopta de buena fe el código es un sector muy amplio y heterogéneo, puede suceder que unas empresas no tengan el menor rubor en incumplirlo porque sepa que sus malos resultados de cumplimiento ambiental quedan maquillados por los esfuerzos realizados por otra de sus compañeras más diligentes.
4. El mayor hándicap con que cuentan estos instrumentos es la imposibilidad de hacerlos cumplir coercitivamente. Queda siempre en las manos

de la empresa (y dentro de ella, sobre todo, en las de su jefe o *manager*) la ratio última de cumplir el código de conducta. No obstante ese ámbito de voluntad libérrimo que parece existir, los condicionantes derivados del mercado y la competitividad parecen que pueden constreñir bastante las conductas colusivas o pasivas denunciadas.

En España no existe todavía la conciencia ambiental ni empresarial suficiente como para extender el empleo de los códigos de conducta, al contrario de lo que suele suceder en países como Alemania, Austria, Suecia, Noruega, Holanda o Finlandia, donde casi la práctica totalidad de fábricas e industrias cuentan con su propio catálogo de problemas y soluciones ambientales, al margen de la normativa tradicional que pueda existir. Abogamos, pues, por un empleo más extensivo de esta herramienta en nuestro país, no sólo de una manera espontánea allí donde no exista regulación administrativa propia *ad hoc*, sino incluso siendo recogida por leyes y reglamentos, que podrían reconocerla en ámbitos determinados donde lo verdaderamente importante sea los resultados, dejándose a la empresa o sector la elección de los medios o de la estrategia procedentes para cumplirlos. Cabría fomentar su empleo, por tanto, en sectores tan regulados como el energético, permitiendo un mayor recurso a la bioenergía o a las energías renovables; en materia de residuos o en la propia agricultura.

### III. EL FUTURO DE LOS INSTRUMENTOS PACCIONADOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN ESPAÑA: LA POTENCIALIDAD DE LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS COMO INSTRUMENTO DE APLICACIÓN DE LOS AMBICIOSOS OBJETIVOS PREVISTOS EN LA DIRECTIVA IPPC

La Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre de 1.996, relativa a la Prevención y al Control integrados de la contaminación, ha sido recientemente transpuesta ya como derecho básico por el Estado español. Antes sólo Cataluña, de una manera ejemplar, (y parcialmente la Ley Vasca 3/1.998, de 27 de febrero, General de Protección del Medio Ambiente, que la prevé en su art. 39) ha conseguido plasmar en artículos los principales objetivos de la misma, en atención a su competencia para desarrollar las bases y dictar normas adicionales de protección del medio ambiente, al aprobar la Ley 3/1.998, de 27 de febrero, de Intervención Integral de la Administración Ambiental de Cataluña<sup>1518</sup>.

<sup>1518</sup> Recuerda bien FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., *El régimen jurídico del control integrado de la contaminación*, en Revista de Derecho Ambiental, nº. 22, 1.999, cómo otras CC.AA. han elaborado, al menos, normas que incluyen aspectos integradores en el control de la contaminación: entre ellas, la Ley 7/1.994, de 18 de mayo, de

Los aspectos clave que introduce la Directiva IPPC han sido trasladados de manera básica en la Ley 16/2.002, de 1 de julio, de Prevención y Control integrados de la Contaminación y son, entre otros: el establecimiento de criterios para determinar los valores límite de emisión, los parámetros y las medidas técnicas equivalentes tomando como referencia las Mejores Técnicas Disponibles (MTD's) y el sometimiento de las industrias y ramos empresariales especificados en su Anejo 1º a una única autorización administrativa, denominada autorización ambiental integrada.

Se trata ésta de una autorización a conceder por parte del órgano ambiental competente de cada Comunidad Autónoma, a quien cabe el honor de coordinar las competencias ambientales de sus homólogas Administraciones territoriales. En ella se habrán de establecer todas aquellas condiciones que garanticen el cumplimiento del objeto de la presente Ley por parte de las instalaciones sometidas a la misma, a través de un procedimiento que asegure la coordinación de las distintas Administraciones Públicas que deben intervenir en la concesión de dicha autorización para agilizar trámites y reducir las cargas administrativas de los particulares y en la que se recogerán los valores límites de emisión a todos los medios de recepción (aire, agua y suelo) y los demás requisitos y condicionantes ambientales impuestos a la empresa.

En la autorización, el órgano ambiental autonómico podrá integrar su EIA cuando sea el órgano competente para emitirla y la actividad de la empresa la requiera, en lo que es un buen paso hacia la integración funcional administrativa. Estará también conectada al procedimiento de autorización en materia de vertidos a las aguas continentales de cuencas intercomunitarias y a la licencia de actividades clasificadas. La autorización ambiental integrada quedará condicionada, en su caso, a la obtención por parte del titular de las autorizaciones exigibles en materia de vertidos a las aguas continentales de cuencas intercomunitarias, reguladas en la Ley de Aguas, de conformidad con los mecanismos de coordinación establecidos al efecto en el Capítulo III.

En la reunión sobre asuntos ambientales del Consejo nº. 2.355, hecha en Luxemburgo el 7 de junio de 2.001, bajo la presidencia del Ministro de Medio Ambiente sueco, el Sr. Kjell Larsson, los Ministros de Medio Ambiente de la UE planteaban a la Comisión que estudiara la posibilidad del empleo de acuerdos voluntarios como medida de aplicación de una política integral de producción (IPP)<sup>1519</sup>. Así por ejemplo, nosotros entendíamos muy necesaria la inclusión de la

Protección Ambiental de Andalucía, y la Ley 1/1.995, de 8 de marzo, de Protección del medio ambiente de la Región de Murcia, que pretende la simplificación administrativa y la coordinación de procedimientos, planes y programas entre sí. Ninguna de las dos, empero, plasma precepto alguno de la Directiva 96/61.

<sup>1519</sup> Documento 9.116/01 (Presse 201), accesible en [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

terminación convencional del procedimiento de autorización en la Ley 16/2.002, dada su complejidad y carácter unitario de la autorización (que sustituye a las varias actualmente necesarias a escala nacional, autonómica y local), lo que redundaría en un avance hacia una mayor simplificación administrativa. De todas formas, aunque ello no ha sido exactamente así, la interpretación favorable a la directa aplicabilidad del art. 88 LRJAPyPAC que hicimos en el capítulo tercero sería suficiente. Con ello se lograría crear una especie de “traje a medida” para las empresas que así lo soliciten, en el que sean más fácilmente cumplibles los requisitos de información continuada, chequeo, comunicación en caso de modificaciones sustanciales, cambios de titularidad o de ubicación, etc., que exige la Ley. Así parece referirlo su art. 14, que remite los aspectos procedimentales no regulados por la ley a la Ley 30/1.992 (entre cuyos preceptos, está, obviamente, su art. 88, dedicado a la terminación convencional de los procedimientos administrativos).

La complejidad y pluralidad de materias, condiciones ambientales y técnicas con que habrá de encontrarse el órgano autonómico que tramite la solicitud de las autorizaciones ambientales integradas, la hacen sumamente propicias al empleo de una terminación negociada o paccionada de las mismas, de modo que con ella se gane no sólo en celeridad del procedimiento de concesión sino que el consentimiento de la empresa solicitante hace prever también una sustancial ganancia en la eficacia del cumplimiento del clausulado administrativo de la autorización en sí. Por el contrario, la diversidad de competencias en juego (estatales, autonómicas y locales) no se compadece muy bien con una resolución paccionada total interadministrativa de la autorización, sino que cabría pensar en un uso “monoadministrativo” de la técnica, esto es, procediéndose a negociaciones preferentemente con la Administración autonómica (por ser la titular de las mayores competencias en juego, y sin que ésta pueda negociar las potestades ambientales de las otras Administraciones implicadas, ya que estaría satisfaciendo intereses públicos que no tendría encomendados y alterando por vía convencional las competencias atribuidas por las normas, en clara contravención de los apartados 1º y 4º del citado art. 88)<sup>1520</sup>.

\*\*\*\*\*  
<sup>1520</sup> Teniendo en cuenta el contenido preceptivo que el art. 22 de la Ley requiere a la autorización ambiental integrada, la apuesta por el otorgamiento paccionado de las mismas se confirma, ya que se incluyen extremos tan propicios a la negociación como la determinación de los valores límite de emisión o las mejores técnicas disponibles para alcanzarlos (en la determinación de los cuales deberán tenerse en cuenta, no lo olvidemos, cuestiones económicas y personales de la misma solicitante, ex arts. 3 y 7 de la Ley); prescripciones de protección del suelo, procedimientos y métodos a emplear para la gestión de residuos; reducción de la contaminación transfronteriza; control de emisiones; y, sobre todo, la posibilidad de incluir excepciones temporales (lo que en el derecho norteamericano se califican de *waivers*) de los valores límites de emisión cuando el solicitante así lo justifique (art. 23.2) y de delimitar la exigencia administrativa de condiciones ambientales más rigurosas que las alcanzables mediante el empleo de las mejores técnicas disponibles (art. 23.3). En conclusión, habitualmente hay más de una solución aceptable que equilibra cos-

El art. 3 de la Ley define las MTDs como la fase más eficaz y avanzada de desarrollo de las actividades y de sus modalidades de explotación, que demuestren la capacidad práctica de determinadas técnicas para constituir, en principio, la base de los valores límite de emisión destinados a evitar o, cuando ello no sea practicable, reducir en general las emisiones y el impacto en el conjunto del medio ambiente y de la salud de las personas.

Otro vector en el que la Ley parece querer amparar el empleo de acuerdos o convenios entre la Administración concedente y las empresas solicitantes se encuentra en los llamados “parámetros o medidas técnicas equivalentes”, que la Ley define como parámetros o medidas de referencia que, con carácter supletorio o complementario, se considerarán cuando las características de la instalación no permitan una determinación adecuada de valores límite de emisión o, cuando no exista normativa aplicable. Se pretende, en pocas palabras, que cuando no exista legislación previa, o cuando no quepa determinar objetivamente o reglamentariamente los valores límites de emisión o las MTDs, pueda el Gobierno, con carácter básico, determinarlos para concretas sustancias o tipos de industrias, lo que encaja muy bien, entendemos, con el carácter supletorio de los acuerdos paccionados sectoriales, firmados por las Administraciones ambientales con concretos sectores industriales, como se hace en Francia o EE.UU. (vid. art. 7.4).

En efecto, lo que resulta más evidente, la determinación de las mejores técnicas disponibles es ya objeto de pactación oficiosa. Se viene llevando a cabo desde hace cuatro años en España, mediante una estrecha colaboración entre la industria y la administración, las cuales integran los Grupos de Trabajo Técnicos que para cada actividad industrial propondrán al Foro de Intercambio de Información (FII) los documentos de referencia sobre las MTD's (BREF's). Para coordinar estos trabajos la Comisión Europea designó al Bureau Europeo IPPC (*European IPPC Bureau*, EIPPCB) situado en el Instituto de Estudios de Prospectiva Tecnológica (IPTS, *Institute for Prospective Technological Studies*, con sede en el edificio *World Trade Center* de Sevilla). Aprobados los BREF's por el FII, pasan a la Comisión Europea para su aceptación definitiva.

Los documentos BREF's entrañan el acuerdo entre los diferentes Estados miembro en torno a cada una de las técnicas y, a pesar de no tener carácter vinculante,

tes, seguridad, consideraciones tecnológicas y aspectos prácticos, y puede encontrarse más razonablemente de modo consensuado. Comparte la misma opinión ESTEVE PARDO, J., *La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible*, en R.A.P., nº. 149, 1.999, págs. 57-61, para quien una de las formas de engarce jurídico de la técnica y el derecho son los convenios de colaboración con las empresas de un determinado sector, para acordar un programa de incorporación sucesiva de medios técnicos y reconvertir, en su caso, sus instalaciones.

podrán ser utilizados como referencia por las autoridades competentes para establecer los valores límite de emisión en la Autorización Ambiental Integrada. Por ello es de suma importancia mantener permanentemente informado al sector industrial de nuestro país de forma que puedan incluir desde el primer momento en su estrategia, metodologías de mejora ambiental que les permitan permanecer dentro de los límites siendo competitivos. Para ello se ha habilitado una página web<sup>1521</sup>, desde la cual se podrán consultar los BREF's europeos que vayan siendo aprobados, además de otros informes nacionales relacionados. En nuestro país se ha procedido ya a la elaboración de guías tecnológicas nacionales de varios sectores, mediante grupos de trabajo integrados por miembros de la Administración y representaciones de empresas e industrias. De esta manera deductiva-inductiva se acaban determinando las mejores técnicas disponibles, que aúnan eficiencia energética, eficacia económica y carácter ambiental. Ya se han elaborado varias, como las de laminado en caliente, galvanización, fundición de metales ferrosos, aleaciones, fibras minerales, azulejos y baldosas, materiales refractarios, cerámica sanitaria, metalurgia del plomo, fabricación de carbono, etc. En el ámbito europeo se han elaborado ya también BREFs sobre cemento y cal, vidrio, siderurgia, metalurgia no férrea, pasta y papel, clorosa, etc.

Por último, no podemos dejar de lamentarnos sobre la escasa ambición de esta norma básica en determinados aspectos, que ha escamoteado algunos de los avances que ya experimentara su homóloga la Ley catalana 3/1.998, en relación, por ejemplo, con los plazos de resolución, ahora aumentados. Más garantista que la catalana se encuentra la Ley estatal por prever el silencio negativo para los casos en que se cumpla el plazo máximo para resolver sin que se hubiere concedido expresamente la autorización (art. 21). Recordemos que la norma catalana entendía ese silencio como positivo. En efecto, la aplicación del silencio positivo parece subvertir no sólo la directiva 96/61 sino también el sentido de la jurisprudencia comunitaria<sup>1522</sup>.

\*\*\*\*\*

<sup>1521</sup> Vid. [www.eper-es.com](http://www.eper-es.com). Página española del Registro Europeo de Emisiones de Sustancias Contaminantes.

<sup>1522</sup> La exigencia de permiso escrito que contiene el art. 8 de la directiva parece querer exigir un pronunciamiento expreso sobre la concesión de la autorización. Además, la jurisprudencia comunitaria impide que por silencio se pueda contradecir las exigencias de las directivas. Así, SSTJCE de 28 de febrero de 1.991, recursos 360/87 y 131/88, *Comisión c/ República italiana y Alemania*, respectivamente, en relación a la directiva 80/68, de Protección de las aguas subterráneas. Sobre el efecto directo de las directivas en caso de no transposición o transposición defectuosa véase el brillante artículo de JORDANO FRAGA, J., *La aplicación del Derecho Ambiental de la Unión Europea en España: perspectivas de evolución y desafíos del ius commune ambiental europeo*, en *Noticias de la UE*, n.º 297, abril de 2.002, año XVIII. Aparte el conocido efecto vertical ya conocido, analiza el autor la imposibilidad real de articular un efecto horizontal (a la manera de la *drittwirkung*) *inter privatos*, dado el carácter triangular de las relaciones ambientales (la intervención de la Administración es casi obligatoria, a través de permisos, licencias, sanciones...) (págs. 58 y 59).

## BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *Comentario a la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común. (Exégesis y valoración de su incidencia para la Administración de la Comunidad Autónoma)*, Eusko Jaurlaritza y Gobierno Vasco editores, Vitoria-Gasteiz, 1.993.

AA.VV., *Instruments économiques et Protection de L'environnement en France et dans l'Europe de 1.993*, Actes du colloque, Senat, 23 janvier 1.991, edición le Coline, intervención de J.-P. Barde.

AA.VV., *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª edición revisada y puesta al día, Cedecs editorial, S. L., Barcelona, 1.996.

ACKERMAN, S. R., *Umweltrecht und -politik in den Vereinigten Staaten und der Bundesrepublik Deutschland*, en *Frankfurter Schriften zum Umweltrecht*, nº. 10, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1.995.

AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE, *La Efectividad de los Acuerdos Ambientales*, (1.997), traducción al castellano realizada por el Instituto Catalán de Tecnología, Serie de Cuestiones ambientales, nº. 3, Vol. I, 1.998.

AGGERI, F., y HATCHUEL, A., *A Dynamic Model of Environmental Policies. The Case of Innovation Oriented Voluntary Agreements*, en la obra colectiva *Voluntary Approaches in Environmental Policy*, editada por CARRARO, C., y LÉVÊQUE, F., Fondazione Eni Enrico Mattei y Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1.999.

AGUILAR FERNÁNDEZ, S., *Conclusiones: la subsidiariedad no es la clave de una mejor política ambiental*, en la obra colectiva de AGUILAR, S., FONT, N y SUBIRATS, J. (editores), *Política ambiental en España. Subsidiariedad y desarrollo sostenible*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.999.

- *New Environmental Policy Instruments in Spain*, Robert Schuman Centre, paper nº. 98/17, European University Institute, Florencia, 1.998.

AGUILERA IZQUIERDO, R., *Instituciones de participación y, en especial, delegados de personal*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, nº. 100, Número especial sobre El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después, 2.000.

AICARDI, N., *La Disciplina generale ed i Principi degli Accordi amministrativi. Fondamento e Caratteri*, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, nº. 1, 1.997.

AJA, E., *El artículo 149.1.1 de la Constitución como cláusula de cierre del principio de igualdad social*, en la obra colectiva *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias: seminario celebrado en Barcelona el 7 de junio de 1.991*, Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 1.992.

ALBERTAZZI, B., *Le procedure semplificate in materia di rifiuti: una novità che stenta a decollare*, en *Rivista Giuridica dell' Ambiente*, Giuffrè Editore, 1.998, nº. 5.

ALBERTÍ ROVIRA, E., *Relaciones entre las Administraciones Públicas*, en la obra colectiva, *La nueva ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común* (dirigida por LEGUINA VILLA, J., Y SÁNCHEZ MORÓN, M.), Madrid, Tecnos, 1.993.

ALCANTARILLA HIDALGO, F. J., *Régimen jurídico de la cinematografía*, editorial Comares, Granada, 2.001.

ALFARO ALFARO, J., *La Organización administrativa de la programación económica*, en *Documentación Administrativa*, nº. 16, 1.959.

ALONSO GARCÍA, C. Y MORENO MOLINA, J. A., *Técnicas jurídicas de Protección Ambiental: instrumentos de intervención administrativa*, en la obra colectiva ORTEGA ÁLVAREZ, L. (director), *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, editorial Lex Nova, Valladolid, 1.998.

ALONSO GARCÍA, E., *La participación de individuos en la toma de decisiones relativas al medio ambiente en España. Aspectos constitucionales*, en *R.E.D.A.*, nº. 61, Madrid, 1.989.

- *Legislación sectorial de medio ambiente*, en *R.A.P.*, nº. 137, 1.995.

ALONSO IBÁÑEZ, M. R., *La insuficiente regulación de las actividades comerciales y servicios complementarios de los museos. Problemas jurídicos que presenta la utilización privada de los espacios*, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, nº. 2, 1.998.

ALONSO OLEA, M. y CASA BAHAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, editorial Civitas, decimonovena edición, Madrid, 2.001.

ALONSO OLEA, M., y BARREIRO GONZÁLEZ, G., *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, Comentarios, Jurisprudencia*, editorial Civitas, cuarta edición, Madrid, 1.995.

ÁLVAREZ GARCÍA, V., *La Protección del medio ambiente mediante las técnicas de la Normalización industrial y de la Certificación*, en *R.E.D.A.* nº. 105, enero-marzo de 2.000.

AMADEI, P., CROCI, E. y PESARO, G., *Nuovi Strumenti di Politica ambientale. Gli Accordi volontari*, Editoriale FrancoAngeli, serie Economia e Politica dell'Energia e dell'Ambiente, Milano, 1.998.

AMOROSINO, S., *I Consorzi tra produttori ed il consorzio imballaggi nel decreto legislativo n° 22/1.997*, en *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, Giuffrè Editore, 1.997, n° 3/4.

ANITE SYSTEMS, *Eurostat y DG Empresa*, Luxemburgo, Final Report, 13 de diciembre de 1.999.

ARIÑO ORTIZ, G. Y SASTRE BECEIRO, M., *Leyes de Aguas y Política Hidráulica en España. Los mercados regulados del agua*, editorial Comares, Granada, 1.999.

ARIÑO ORTIZ, G., *El Contenido de la Relación contractual: sus Principios informadores*, en *Documentación Administrativa*, n° 121, 1.968.

- *La reforma de la ley de contratos del Estado*, Unión editorial, Madrid, 1.984.

ARORA, S. y CASON, T. M., *An experiment in Voluntary Environmental Regulation: Participation in EPA's 33/50 Program*, en *Journal of Environmental Economics and Management*, n° 28, 1.995.

ARREDONDO GUTIÉRREZ, J. M., *Los convenios urbanísticos y su régimen jurídico*, editorial Comares, Granada, 1.999.

ASHFORD, N. A., y CALDART, C. C., *Negotiated Environmental and Occupational Health & Safety Agreements in the United States: Lessons for Policy*, CAVA Working Paper n° 99/10/14, octubre de 1.999.

ASHFORD, N. A., *The Influence of information-based initiatives and Negotiated Environmental Agreements on Technological Change*, en la obra colectiva *Voluntary Approaches in Environmental Policy*, editada por CARRARO, C., y LÉVÊQUE, F., Fondazione Eni Enrico Mattei y Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1.999.

ASOCIACION S.P.I.R.A.L. (*Secrétariat permanent pour la Prévention des Pollutions industrielles et des Risques dans l'Agglomération Lyonnaise*) *Environnement industriel. La Concertation pour l'Action*, DRIRE Rhône-Alpes, Lyon.

ASPAS ASPAS, J. M., *La conservación de la naturaleza en el derecho comunitario derivado. La directiva de Hábitats*, en la obra colectiva de LÓPEZ RAMON, F. (director), *Régimen jurídico de los espacios naturales protegidos*, editorial Kronos, Zaragoza, 1.995.

ASSOCIATION NATIONALE POUR LA PROTECTION DES EAUX ET RIVIERES, *Enquête-rapport sur l'efficacité des lois de l'environnement*, París, abril 1.996.

ASSOGBAVI, F., *L'écocertification des forêts. Enjeu environnemental et commercial*, en *Environnement & Technique*, noviembre, nº. 161, 1.996.

ÁVILA ORIVE, J. L., *El suelo como elemento ambiental. Perspectiva territorial y urbanística*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1.998.

AYMERICH CANO, C. I., *Acerca de la naturaleza normativa de los pliegos de cláusulas administrativas particulares*, en *El derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI (Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo)*, coordinado por SOSA WAGNER, F., Tirant lo Blanch, Tomo II, Valencia, 2.000.

BAEKE, S. MATTHIJS, F. Y SEYAD, A. (dirigido por DE CLERCQ, M.), *The Nature of Voluntary Approaches: Empirical Evidence and Patterns*, CAVA, abril 1.999.

BAENA DE ALCÁZAR, M., *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía*, editorial Tecnos, Madrid, 1.966.

- *Sobre el Concepto de Fomento*, en R.A.P., nº. 54, 1.967.

BAENA GONZÁLEZ, A., *Introducción crítica al anteproyecto de ley del Suelo de Andalucía*, en R.D.U. y M.A., nº. 175, enero-feb. 2.000.

BAILEY, P. M., *Environmental Agreements and Compliance with the Treaty: Issues of Free Trade, Competition and State Aid*, CAVA Working Paper nº. 2.000/2/12.

- *The Application of Competition Law and Policy to Environmental Agreements in an Oligopolistic Market*, CAVA, Milán, 2.000.

BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Á., en *EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS Y DE LOS JUZGADOS, Contratos de las Administraciones Públicas. Comentarios al Texto Refundido de la Ley*, Publicaciones Abella, 3ª edición, Madrid, 2.000.

BAREL, J., GUILLOUX, A., LESOUHAITIER, D., *Commissariat général du plan, Bilan de l'exécution de la deuxième génération des contrats de plan État-régions: rapport pour M. le Premier ministre*.

BARNÉS VÁZQUEZ, J., *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, editorial Civitas, Madrid, 1.988.

BARRAGÁN CARMONA, J., *Calidad en la Administración Pública*, Consejería de Gobernación y Justicia-I.A.A.P., Sevilla, 1.998.

BARRAQUÉ, B., *Problématique sociologique de la gestion intégrée des rivières*, en *Les contrats de rivière*, número 13 de *Environnement et Société*, monográfico sobre la materia, Arlon, 1.994.

BASILE, S., *Los “Valores superiores”, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas*, en la obra colectiva dirigida por PREDIERI, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución española de 1.978*, Civitas, Madrid, 1.980.

BASSE, E. M., *The Contract Model – The Merits of a Voluntary Approach*, en *Environmental Liability*, nº. 2, 1.994.

BASSOLS COMA, M., *Consideraciones sobre los Convenios de colaboración de la Administración con los Particulares para el Fomento de las Actividades económicas privadas de Interés público*, en R.A.P., nº. 82, 1.977.

- *El Medio Ambiente y la Ordenación del Territorio*, en *Documentación Administrativa*, nº. 190, 1.981.

- *Servicio público y Empresa pública: Reflexiones sobre las llamadas empresas estatales*, en R.A.P., nº. 84, 1.977.

BEAUVILLARD, S., *L’Entreprise face à la contrainte environnementale*, Memoria de Investigación DEA, Limoges, 1.997.

BELTRÁN DE FELIPE, M., *Las potestades administrativas. En especial, las potestades discrecionales*, en el portal jurídico Iustel (accesible en Internet, [www.iustel.com](http://www.iustel.com)).

BENEDETTI, A. y ROSSI, G., *La Actividad contractual de la Administración Pública en Italia*, en *Documentación Administrativa*, nº. 248-249, *El Derecho Administrativo en Italia: Tendencias actuales (I)*, Madrid, 1.997.

BENGHOZI, M., y ROBERT, F., *Négocier le droit de l’environnement? Le volet discret d’une politique publique. Contrats et Programmes de branche. Contrats de Entreprise*, GAPP-CNRS, París-1, París, 1.989.

BERRY, J. F. y DENNISON, M. S., *The Environmental Law and Compliance Book*, McGraw-Hill, 2.000.

BERTOLINI, G., *Vers un nouveau concept de gestion intégrée des déchets? Le marché des déchets; aspects méthodologiques et pratiques*, en *Environnement & Technique*, janvier-février, nº. 183, 1.999.

BESSIN, P., DEGOUTTE, G., PICARD, J. y THEPOT, R., *Amenagement et Gestion intégrés des rivières. Une Méthodologie d’étude de la Vallée du Cher*, en *Environnement & Technique*, abril 1.995, nº. 145.

BEURET, J. E., *Petits arrangements entre acteurs... Les voies d’une gestion concertée de l’espace rural*, en *Natures-Sciences-Sociétés*, vol. 7, nº. 1.

BIEKART, J. W., *New Instruments for Environmental Policy in the EU. Negotiated Agreements in EU Environmental Policy*, EUI Working Papers, RSC nº. 98/19, Robert Schuman Centre, European University Institute, Fiesole (Florenca), 1.998.

BIMA (Revista del Ministerio Francés de Agricultura y Pesca), *La Loi d'orientation agricole. L'esprit d'une loi* nº. 1.475, octubre-novembre 1.998.

BINET, L., y LIVIO, C., *Guide vert à l'usage des entreprises*, éditions DÉFIS-AFNOR, París, 1.993.

BLANCO JIMÉNEZ, F. J., *Integración económica y medio ambiente*, Dyckinson, Madrid, 1.999.

BLÜMEL, W., (editor), *Umweltgestezbuch-Klagebefugnis*, Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung, Speyer, 1.999.

B.M.U. (BUNDESMINISTERIUM FÜR UMWELT, NATURSCHUTZ UNS REAKTORSICHERHEIT), *Selbstverpflichtungen in Deutschland, Auswertung des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit*, 1.995.

- Staatssejretär Jauck fordert mehr Kooperation vom Staat und Wirtschaft im Umweltschutz, BMU-Pressemitteilung 117/95 Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz u. Reaktorsicherheit, Bonn, Germany, 1.995.

- Der Stellenwert von umweltbezogenen Selbstverpflichtungen der Wirtschaft im rahmen der Umweltpolitik der Bundesregierung, en Umwelt, nº. 3, 1.997.

BOCANEGRA SIERRA, R., *Derecho ambiental y orden público*, en R.E.D.A., nº. 13, 1.977.

BOZAR, B. A., *The Movement Away From Command-and-Control Regulation: Voluntary Pollution Reduction Programs*, en la obra colectiva *Strategies for Environmental Enforcement*, Stanford Environmental Law Society, 1.995.

BOEHM-AMTMANN, A., *The Environmental Pact of Bavarian -Experiences ans Perspectives*, CAVA Working Paper nº. 2.000/2/8.

BOIXAREU, A., *El principio de subsidiariedad y la acción comunitaria en materia de protección ambiental*, en la obra colectiva CAMPINS I ERITJA, M. y PONT I CASTEJÓN, I.(coordinador), *Perspectivas de Derecho Comunitario Ambiental*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1.997.

BORGINI, S. y RANGHIERI, F., *La credibilità delle informazioni ambientali*, en Rivista Giudica dell'ambiente, Giuffrè Editore, 1.991, nº. 1.

BÖRKEY, P., GLACHANT, M. y LÉVÊQUE, F., con BARDE, J. P. (coordinador), *Voluntary Approaches for environmental Policy in OECD Countries: an Assessment*, OECD Paris, 1.999.

BÖRKEY, P., y GLACHANT, M., *Les engagements volontaires de l'industrie dans le domaine de l'environnement: nature et diversité*. Avec la collaboration de PESARO, G., *Étude réalisée pour le Ministère de l'Amenagement du Territoire et de l'Environnement et l'Ademe (Agence de l'environnement et de la Maîtrise de l'Energie)*, CERNA, París, junio 1.997.

BÖRZEL, T. A., *Shifting or sharing the burden? The implementation of EU environmental policy in Spain and Germany*, en *European Planning Studies*, Vol. 6, nº. 5, Carfax publishing, Londres, octubre 1.998.

BOSSE, *Der Subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform öffentliche Verwaltung unter besonder Berücksichtigung der Subordinationsverhältnisse*, Dunker und Humblot, Berlín, 1.994.

BOULOUIS, *Contribution à l'étude de l'administration au moyen des subventions*, en *Revue International des Sciences Administratives*, 1.952, nº. 2.

BOUVIN, J. P., *De la police au contrat: pour une implication concertée de l'administration et des exploitants dans la réduction des nuisances*, en B.D.E.I., nº. 1/99.

BOY, L., *La Reference au Principe de Precaution et l'Emergence de nouveaux Modes de Regulation?*, en *Les Petites Affiches*, nº. 4, du 08 janvier 1.997, edición electrónica.

BOYD, J., *Searching for the Profit in Pollution Prevention: Case Studies in the Corporate Evaluation of Environmental Opportunities*, discussion paper 98-30, editorial Resources for the Future, mayo 1.998.

BOYD, J, KRUPNICK, A. J, y MAZUREK, J., *Intel' s Permit: A Framework for Evaluation*, Discussion paper 98-11, Resources for the Future, Washington, enero 1.998.

BRAMBILLA, P., y MAESTRONI, A., *Accordi e contratti di programma in campo ambientale nel decreto legislativo nº. 22/1.997*, en *Rivista Giuridica dell' Ambiente*, Giuffrè Editore, 1.997.

BRAU, R., *Negotiated Agreements and Competition*, Ghent, 30 November 2.000, Final NEAPOL Conference (en <http://fetew.rug.ac.be/neapol/conference/papers.htm>, visitada el 12 de junio de 2.001).

BRENNECKE, V. M., *Normsetzung durch private Verbände. Zur Verschränkung von staatlicher Steuerung und gesellschaftlicher Selbstregulierung im Umweltschutz*, en *Umweltrechtliche Studien*, nº. 20, Werner-Verlag editorial, Dusseldorf, 1.996.

BRETAL VÁZQUEZ, J. M., *Acuerdos con las confesiones no católicas*, en R.A.P., nº 130, 1.993.

BREUER, R., *Empfiehl es sich, ein Umweltgesetzbuch zu schaffen, gegebenenfalls mit welchen Regelungsbereichen?*, en Verhandlungen des Neunundfünfzigsten deutschen Juristentages, nº. 1, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1.992.

BÜLTMANN, A. y WÄTZOLD, F., *The implementation of national and European legislation on air pollution from municipal waste incinerators in Germany*, UFZ-Centre for Environmental Research Leipzig-Halle, Leipzig, 2.000.

- *The Implementation of the European EMAS Regulation in Germany*, UFZ-Centre for Environmental Research Leipzig-Halle, Leipzig, 2.000.

BUNDESREGIERUNG, *Unterrichtung durch die Bunderregierung. Entsorgung von Alautos*, Bonn, 1.999.

- *Vermeidung und Verwertung von Abfällen im Automobilbereich. Antwort des Bundesregierung auf eine Parlamentarische Anfrage der Abgeordneten Angelika Graf (SPD)*, en Umwelt, nº. 2, 1.996.

BURCHELL, B. y WILKINSON, F., *Trust, Business Relationships and the contractual Environment*, Working Paper nº. 35, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, agosto 1.996.

BUSTILLO BOLADO, R. O., *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, Aranzadi, Pamplona, 2.001.

- *Convenios, Pactos y Acuerdos entre la Administración y los Particulares en el Derecho Público español: los convenios de Naturaleza contractual (Concepto, Delimitación y Régimen jurídico)*, Tesis sostenida por el autor en la Universidad de Cantabria, acabada el 30 de marzo de 1.999 (por cortesía del autor).

BUSTILLO BOLADO, R. O. y CUERNO LLATA, J. R., *Los Convenios urbanísticos entre Administraciones locales y particulares*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1.997.

BUTSTRAEN, L., *Conseil Constitutionel du 16 juillet 1.971*, en Les Petits Affiches, nº. 35, 23 marzo 1.998, edición CD-Rom.

CABALLERO CORTINA, R., *Unidad de Fuero para la Administración en Materia contractual*, en R.E.D.A., nº. 33, 1.982.

CABALLERO, F., *Essai sur la notion juridique de nuisance*, LDGJ, 1.981.

CABALLERO, T. E., *Project XL: Making It Legal, Making It Work*, en Stanford Environmental Law Journal, nº. 17, mayo de 1.999.

CABUGUEIRA, M. F. M., *The Voluntary Agreements as an Environmental Policy Instrument in Portugal- Evaluation Proposal*, CAVA Working Paper nº. 99/11/13.

CALDART, C. C., y ASHFORD, N. A., *Negotiation as a Means of Developing and Implementing Environmental Policy*, artículo publicado por la Fundación ENI, Nota di Lavoro 37.98, mayo de 1.998.

CALSAMIGLIA, A., *Justicia, eficiencia y optimización de la legislación*, en Documentación Administrativa, nº. 218-219, Administración y Constitución: el principio de eficacia, 1.989.

CALVO CHARRO, M., *La regulación ecológica del agua en el siglo XXI*, en R.A.P., nº. 154 (enero/abril de 2.001).

CAMPBELL-MOHN, C., *Sustainable Environmental Law. Integrating Natural Resource and Pollution Abatement Law from Resources to Recovery*, West Publishing Co., 1.993.

CANNON, J., *Bargaining, Politics and Law in Environmental Regulation*, draft paper para la Conferencia sobre Contratos Ambientales e Innovación regulatoria celebrada en el Wharton School, septiembre de 1.999.

CANO MURCIA, A., *Teoría y práctica del convenio urbanístico. Doctrina, legislación, jurisprudencia y formularios*, Editorial Aranzadi, 2ª edición, Pamplona, 1.997.

CANSINO MUÑOZ-REPISO, J. M., *La eficiencia del sector público: métodos de evaluación y organismos responsables. El caso de España*, Instituto de Estudios Fiscales, 1.999.

CAPUTI JAMBRENGHI, V., *Tutela dell' Ambiente e Beni pubblici*, en Ambiente: vecchie frontiere e nuove "vie di diritto", número especial de la Revista Amministrazione e politica, nº. 5, 1.992.

CARAVITA, B., *Buon andamento ed efficienza dell' amministrazione o buon andamento ed efficienza dell' ordinamento?*, Sez. Giurisprudenza e Note, en Rivista Giuridica dell' Ambiente, Giuffrè Editore, nº. 2, 1.994.

- *Dieci mosse per il governo dell' ambiente*, en Rivista Giuridica dell' Ambiente, Giuffrè Editore, 1.996, nº. 3/4.

- *Le politiche ambientali: principi, contenuti e soggetti*, en el Quaderno nº. 2, Seminario de 1.991 de la Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Giuffrè editore, Milano, 1.992.

CARBONNIER, J., *Flexible Droit*, 6ª Édition, Librairie generale de Droit et Jurisprudence, París, 1.988.

CARNELUTTI, F., *Teoría del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, editorial CEDAM, Padova, 1.936.

CARRARO C., y LÉVÊQUE, F., *Introduction: The Rational and Potential of Voluntary Approaches*, en la obra colectiva *Voluntary Approaches in Environmental Policy*, editada por CARRARO, C., y LÉVÊQUE, F., Fondazione Eni Enrico Mattei y Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1.999.

CARRARO, C., y SINISCALCO, D., *Policy Coordination for Sustainability: Commitments, Transfers, and Linked Negotiations*, Paper presentado en la Conferencia "Sustainable Economic Development: Domestic and International Policy", OECD, París, mayo 24-25, 1.993.

CARRETERO PÉREZ, A., *El Contrato administrativo ante la Ley de Bases del Contratos del Estado de 28-XII-1.963*, en R.A.P., nº. 45, 1.964.

- *La Teoría de los Actos separables*, en R.A.P., nº. 61, 1.970.

CARRILLO DONAIRE, J. A., *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2.000.

- *Nulidad de los reglamentos por incumplimiento de las obligaciones de la directiva 98/34/CEE. (La doctrina del TJCE sobre la "inoponibilidad" frente a terceros de las reglamentaciones técnicas no notificadas. Consecuencias y evolución reciente de la jurisprudencia "CIA Security")*, en R.A.A.P., Sevilla, nº. 37, enero-febrero-marzo 2.000.

- CARRILLO DONAIRE, J. A. y GALÁN VIOQUE, R., *¿Hacia un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado?*, en REDA, nº. 86, abril-junio, 1.995.

CASSAGNE, J. C., *El Resurgimiento del Servicio Público y su Adaptación en los sistemas de Economía de Mercado (Hacia una nueva concepción)*, en R.A.P., nº. 140, 1.996.

CASSIN, I., *La concertation en matière d'aménagement: l'introuvable concept*, en Bulletin de Jurisprudence de Droit de l'Urbanisme, nº. 1, 1.997.

CASTILLO BLANCO, F. A., *Los Consorcios de entidades locales: Análisis y Valoración a la luz de la nueva legislación de régimen local*, en R.A.P., nº. 124, 1.991.

- *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1.998.

CAVALIERE, A., *Voluntary Agreements and Efficiency? The Impact of Environmental Reputation*, CAVA Working Paper, nº. 99/10/1, octubre 1.999.

CEFIC, *Voluntary energy efficiency programme VEEP 2.005*, Bruselas, 1.997.

CERULLI IRELLI, V., *The simplification of administrative action*, en la obra colectiva VANDELLI, L. (editor), *The administrative reforms in Italy: experience and perspectives*, Conferenze-Seminari n.º XVII, SPISA-CLUEB, Bologna, 2.000.

CIVITARESE MATTEUCI, S., *Notazioni in tema di coordinamento degli interessi nella conferenza di servizi e partecipazione al procedimento*, comentando la sentencia del T.A.R. de la Emilia-Romagna, Sez. I - 9 de noviembre de 1.993, n.º 244, en *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 1.994, n.º 3/4.

CLAVERO ARÉVALO, F. M., *Posibilidades de Transacción con la Administración local*, en *Revista de Estudios de la Vida local*, n.º 73, año 1.954.

CLUB DE BRUXELLES, *Entreprises et Politiques Européennes de l'Environnement*, Bruselas, febrero de 1.994

COENEN, R., KLEIN-VIELHAUER, S. y MEYER, R., *Integrierte Umwelttechnik – Chancen erkennen und nutzen*, editorial Sigma Rainer Bohn Verlag, Berlin, 1.996.

COGLIANESE, C., *Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking*, en *Duke Law Journal*, n.º 46, 1.997.

- *Rethinking Consensus: Is Agreement a Sound Basis for Regulatory Decisions?*, artículo presentado en la Conferencia *Environmental Contracts and Regulation: Comparative Approaches in Europe and the United States*, University of Pennsylvania Law School, septiembre 24-25, 1.999

COLAUD, N., *Les agriculteurs, gardiens et gestionnaires du paysage*, en *Le Moniteur*, n.º 4.853, 29 noviembre 1.996.

COMISIÓN PARA LA COOPERACIÓN AMBIENTAL (Commission for Environmental Cooperation, CEC), *Voluntary Measures to Ensure Environmental Compliance, A Review and Analysis of North American Initiatives*, 1.998 (accesible en: [http://www.cec.org/pubs\\_info-resources/publications/pdfs/english/volune.pdf](http://www.cec.org/pubs_info-resources/publications/pdfs/english/volune.pdf), página consultada el 16 de noviembre de 2.001)

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO SOBRE UNA ESTRATEGIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA EN MATERIA DE BIODIVERSIDAD, Bruselas, 04.02.1.998.

CONSEIL D'ETAT, 6 mai 1.991, *Syndicat intercomunal du Bocage*, recueil CE, pág. 170, AJDA 1.991, pág. 717, note P. Subra de Bieusse; 26 septembre 1.994, commune de Labenne, DA 1.994, n.º 588.

CONTRERAS MADRAZO, M., *La Contratación administrativa en Francia*, en Documentación Administrativa, nº. 42, 1.961.

CONVERY, F. J. y JOYCE, J., *Collective Action aspects of Voluntary Approaches*, CAVA, París, 1.999.

CORDINI, G., *Diritto ambientale comparato*, CEDAM, 1.997.

CORSI, G., *El Procedimiento administrativo en Italia. De cauce formal de la actuación administrativa a instrumento de tutela del ciudadano*, en la obra colectiva BARNÉS VÁZQUEZ, J., (coordinador), *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, editorial Civitas, 1.993.

COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*, 8ª edición, editorial Civitas, Madrid, 1.997.

- *Sector público y planificación*, en R.A.P., nº. 56, 1.968.

COULAUD, N., ELMAN, F. Y MIGUET, L., *Protection de l'environnement. Associations, obstacles ou partenaires?*, en Le Moniteur, nº. 4.987, 25 de junio de 1.999.

CREMER, W. y FISAHN, A. (editores), *Jenseits der markregulierten Selbststeuerung – Perspektiven des Umweltrechts*, en Schriftenreihe des Vereins für Umweltrecht, Rombos Verlag, Berlin, 1.997.

CROCI, E. y PESARO, G., *Voluntary Agreements and Negotiations: Evolution at Italian and European Level*, Fundación ENI Enrico Mattei, Venecia, 18-19 noviembre de 1.996.

- *Voluntary Agreements in the Environmental Sector –The Italian Experience*, CAVA Working Paper nº. 98/11/5, January 1.999.

CROS, C. y GODARD, O., *Trajectoires institutionnelles et politiques publiques. "L'esprit français" face aux permis d'émission négociables de SO2*, en la obra colectiva *Quel environnement pour le XXIe siècle? Environnement, maîtrise du long term et démocratie, Colloque international, Abbaye de Fontevraud, 8-11 septiembere, Resumé des communications en atelier (1 à 30)*.

CUESTA REVILLA, J., *La ejecución del Planeamiento en el Anteproyecto de la ley de ordenación urbanística de Andalucía*, en R.D.U. y M.A., nº. 179, 2.000.

CHARBONNEAU, S., *Principe de développement contre principe de précaution*, en Natures-Sciences-Sociétés, 1.998, vol. 6, nº. 3.

CHAPUS, *Droit administratif général*, editorial Montchrestien, edición 13ª, París, Tomo I, 1.999.

CHESNELONG, J. D. *Introduire dans les contrats une dimension environnementale*, en Les Petites Affiches, nº. 50, du 27 abril de 1.994, edición electrónica.

CHIDIAC, M., *Same Name, but different Policy Instruments. Voluntary Agreements for Energy Efficiency in five EU Countries*, École des Mines de Paris, Comunicación presentada en CAVA Workshop “The World-Wide Use of Voluntary Approaches: State of the Art and National Patterns”, Gent, Belgium, noviembre 26-27, 1.998.

- *Voluntary Agreements-Implementation and Efficiency. The French Country Study: Case studies in the sectors of Packaging Glass and Aluminium*, CERNA, VAIE Project, París, marzo de 2.000.

CHILLÓN-MEDINA, J. M., *Formas, Técnicas y Estructuras administrativas ante la Planificación económica*, en R.A.P., nº. 64, 1.971.

CHRISALIS ENVIRONMENTAL CONSULTING, *Voluntary Approaches and sustainable development*, Essex.

D´ANGELO, S., *L´Ambiente tra sanzioni e strumenti volontari. Le Responsabilità penali e amministrative dell´Impresa a confronto con Ecolabel ed Ecoaudit*, Edit. Pirola. Impresa ambiente, 1.995.

D´ARGENTINE, A. B., *Introducción a la obra de D´ANGELO, S., L´Ambiente tra sanzioni e strumenti volontari. Le Responsabilità penali e amministrative dell´Impresa a confronto con Ecolabel ed Ecoaudit*, Edit. Pirola. Impresa ambiente, 1.995.

D´IGNAZIO, G., *La Protezione della Natura nell´ Ordinamento italiano*, en MEZZETTI, L., (a cura di), *I Diritti della Natura*, CEDAM, 1.997.

DAB, W., *Principe de précaution: quelques réflexions sur son application en santé publique*, en Natures-Sciences-Sociétés, 1.995, 3(4).

DAVIES, T., y MAZUREK, J., *Industry Incentives for Environmental Improvement: Evaluation of U.S. Federal Initiatives. A Report to the Global Environmental Management Initiative*, editorial Resources for the Future, septiembre de 1.996.

DE BECHILLON, D., *Le Contrat comme Norme dans le Droit public positif*, RFD. adm. 8 (1) janv.-févr. 1.992.

DE CLERCQ, M. D., SEYAD, A., SUCK, A. y AMEELS, B., *A Comparative Study of Environmental Negotiated Agreements*, NEAPOL Closing Conference, 2.000.

DE CLERCQ, M. (director), *The Nature of Voluntary Approaches: empirical evidence and patterns. Literature survey*, CAVA, April, 1.999.

DE L'ESCAILLE, T., *La Propriété rurale face à l'environnement*, en Terme d'avenir, en la obra colectiva *Droits de Propriété et Environnement*, bajo la dirección de FALQUE, M., y MASSENET, M., Éditions Dalloz, París, 1.997.

DE LA VILLA GIL, L. E., GARCÍA BECEDAS, G. y GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., *Instituciones de Derecho del Trabajo: Ordenamiento y Defensa de los Derechos laborales*, Editorial Ceura, Madrid, 1.983.

DE LUCAS, J., *El principio de solidaridad como fundamento del derecho al medio ambiente*, en Revista de Derecho Ambiental, nº. 12, 1.994.

DE MEAUPEOU, G., *Natura 2.000 and people: a partnership, proceedings of a Conference held in Bath, on 20-30 june, 1.998*, organised for the UK Presidency of the European Council and the Unit of Natural Protection, coastal Zones and Tourism of the European Commission.

DE MIGUEL PERALES, C., *Derecho Español del Medio Ambiente*, Civitas, Madrid, 2.000.

DE MÍGUEZ GONZÁLEZ, J. C.; DÍEZ DE CASTRO J.; BARRADA BEIRAS, C.; *Organizaci3n p3blica versus privadas: unha distinc3n*, en RE.G.A.P. nº. 17, 1.997.

DE SOLA RAFECAS, J. M., *Contratos administrativos y Contratos privados de la Administraci3n*, Editorial Tecnos, Madrid, 1.990.

DE VICENTE DOMINGO, R., *Espacios forestales (Su ordenaci3n jur3dica como recurso natural)*, Civitas-Generalitat Valenciana, Madrid, 1.995.

DEBBASCH, CH., *Institutions et Droit administratifs, Tomo 2, L'action et le Controle de l'Administration*, Presse universitaires de France, París, 1.978.

DEBOUY, C., *Le Droit administratif français: tendances recentes*, en Les Petits Affiches, nº. 146, 5 diciembre de 1.997, edici3n electr3nica.

DEFFONTAINE, P., *De la necesit3 du partenariat*, en Environnement & Technique, juillet-août, nº. 158, 1.996, Tribune libre.

DEIMANN, S., y DYSSL, B., (editores), *Environmental Rights. Law, Litigation & Access to Justice*, Cameron May, Londres, 1.995.

DEL BRÍO GONZÁLEZ, J. A. y JUNQUERA CIMADEVILLA, B., *Medio Ambiente y Empresa: de la confrontaci3n a la oportunidad*, editorial Civitas, Madrid, 2.001.

DEL FURIA, L. y WALLACE-JONES, J., *The Effectiveness of Provisions and Quality of Practices concerning Public Participation in the EIA Procedures in Italy and the UK*, Paper presentado en la Fondazione Eni Enrico Mattei, junio 1.998.

DEL SAZ CORDERO, S., *La Huida del Derecho Administrativo: Últimas Manifestaciones. Aplausos y Críticas*, en R.A.P., nº. 133, 1.994.

DELACHE, X, y GASTALDO, S., *Les instruments des politiques d'environnement*, en Problèmes économiques, Hebdomadaire nº. 2.328, 2 juin 1.993, La documentation française.

DELGADO BARRIO, J., *Participación ciudadana y disposiciones generales*, en la obra colectiva por él dirigida, *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1.995.

DELGADO PIQUERAS, F. *La Terminación convencional del Procedimiento administrativo*, Editorial Aranzadi, 1.995,

- *La "Administrative Dispute Resolution Act" de los Estados Unidos: introducción, traducción y notas*, en R.A.P., nº. 131, 1.993.

DELMAS, M, A., y TERLAAK, A., *Voluntary Agreements for the Environment: Innovation and Transaction Costs*, Conference on Environmental Contracts and Regulation, Wharton School (September 24-25, 1.999).

- *Regulatory Commitment to Negotiated Agreements. Evidence from the United States, Germany, The Netherlands and France*, abril 2.001, en prensa.

DELL'ANNO, P., *Funzioni e competenze nella vicenda energetico-ambientale e loro coordinamento*, en *Impianti energetici ed ambiente: profili giuridici: atti del convegno di studio tenuto in Stressa dal 7 al 9 maggio 1.987*, Giuffrè Editore, Milano, 1.988.

- *Manuale di diritto ambientale*, CEDAM, Padova, 1.998

DÈQUEANT, J., *Aménagement. Une charte de la concertation en bonne voie*, en Le Moniteur, nº. 4.818, 29 mars.

- *Déchets. La longue marche des plans départementaux*, en Le Moniteur, nº. 4.809, 26 janvier 1.996.

- *Protection de la nature. Les petits pas de l'inventaire Natura 2.000*, en Le Moniteur, nº. 4.833, 12 juillet 1.996.

- *Une nécessaire contractualisation*, en Le Moniteur, 3 septembre 1.999.

DER GRÜNE PUNKT, DUALES SYSTEM DEUTSCHLAND (D.S.D.), *Packaging materials are raw Materials, Information brochure*.

DESPAX, M., *Droit de l'Environnement*, Librairies techniques, París, 1.980.

DETTE, B., *The Green Paper on Greenhouse Gas Emissions Trading within the European Union*, en E.L.N.I. nº. 2/1.999.

DI GASPARE, *L'accordo di programma: strutture, efficacia giuridica e problemi di gestione*, en Regioni, 1.988.

DI PLINIO, G., *Diritto pubblico dell'ambiente e aree naturali protette*, Utet librería, Torino, 1.994.

DÍAZ HOCHLEITNER, R., *La Programación administrativa*, en Documentación Administrativa, nº. 19, 1.959.

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., *El régimen jurídico-privado de los residuos*, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1.998.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial, Vol. I*, Civitas, 5ª edición, Madrid, 1.993.

DIRECCIÓN GENERAL DE OBRAS HIDRÁULICAS Y CALIDAD DE LAS AGUAS (M.M.A.) y CENTRO DE ESTUDIOS HIDROGRÁFICOS DEL CEDEX, *Libro Blanco del Agua en España. Documento de Síntesis*, Madrid, 1.998, en [www.mma.es](http://www.mma.es).

DOSE, N., *Negotiated Decision-making between State and Market*, Arbeitspaper nº. 1/2.000, Technische Universität München-Polwiss, 2.000.

DOSI, C. y MORETTO, M., *Is Ecolabelling a Reliable Environmental Policy Measure?*, artículo presentado en la Universidad de Padova y en la Fundación ENI Enrico Mattei, julio 1.998.

DOUSSAN, I., *Pour un Analyse critique des "contrats de maîtrise des pollutions d'origine agricole"*, en Droit de l'Environnement, nº. 45, 97/1.

DOWD, J., y BOYD, G., *A Typology of Voluntary Agreements Used in Energy and Environmental Policy*, Working paper del United States' Department of Energy (Office of Policy and International Affairs), enero de 1.998.

DRIESEN, D. M., *The Societal Cost of Environmental regulation: Beyond Administrative Cost-Benefit Analysis*, en Land Use & Environmental Law Review, 1.998.

DRÖLL, P., *Le Droit Communautaire et les Accords environnementaux*, en Revue Européenne de Droit de L'Environnement, nº. 2, 1.997.

DUCLOS, D., *Les Industriels et les Risques pour l'Environnement*, Editions L'Harmattan, París, 1.991.

DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel*, Troisième Édition, Tome Premier, París, 1.927.

DURAN, P., *Les Parcs nationaux et les Difficultés de la Négotiation institutionnalisée. Le cas du parc national des Pyrénées Occidentales*, París, en BARRAQUÉ, B, THEYS J., *Vingt ans de politiques d'environnement*, París, éditions Recherches, 1.999.

E.L.N.I. and CAMERON MAY (editores), *The role and effect of environmental agreements in environmental policies*, London, 1.999.

ECOTEC (Research and Consulting Ltd.), *Voluntary Initiatives to address climate Change. A Draft Final Report for comment*, Bruselas y Birmingham, octubre 1.998.

ECOTEC, RESEARCH AND CONSULTING LIMITED FOR UNEP, ICC. WBCSD, KEIDANREN AND WWF, COP4 *Climate Voluntary Initiatives Workshop, Final Report, Volume I*, Wageningen, november 1.998.

EICHHAMMER, W. y JOCHEM. E., *Voluntary agreements for the reduction of CO2 greenhouse gas emissions in Germany and their recent first evaluation*, CAVA Working Paper, nº. 98/11/8, enero 1.999.

EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS Y LOS JUZGADOS, *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Comentarios al Texto refundido de la ley (Aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2.000, de 16 de junio)*, publicaciones Abella, 3ª edición, Madrid, 2.000.

ELLIOT, D., y CHARNLEY, G., *Toward Bigger Bubbles, Forum for Applied Research and Public Policy*, invierno 1.998.

ENQUÊTE-KOMMISSION, *Die Industriegesellschaft gestalten. Perspektiven für einen nachhaltigen Umgang mit Stoff- und Materialströmen*, editorial "Schutz des Menschen un der Umwelt" des Deutschen Bundestages, Bonn, 1.994.

ENTRENA CUESTA, R., *Consideraciones sobre la Teoría general de los contratos de la Administración*, en R.A.P., nº. 24, 1.957.

ERBGUTH, W., *Zur Vereinbarkeit der jüngeren Deregulierungsgesetzgebung im Umweltrecht mit dem Verfassungs- und Europarecht —am Beispiel des Plantfeststellungsrechts—*, en Rostocker Schriften zum Seerecht und Umweltrecht, nº. 8, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1.999.

ESCOLIN, B., GETTO, S., KUSCHNER, R., MADOU, L., REINTEAU, B y ROBERT, J, *Déchets. De la Communication à la Concertation*, en Cahier de l'environnement, nº. 4.999, 17 septembre 1.999.

ESCRIBANO COLLADO, P. y LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., *El medio ambiente como función administrativa*, en R.E.D.A., nº. 26, julio-agosto-septiembre, 1.980.

ESCUÍN PALOP, V., *Naturaleza del convenio expropiatorio en el derecho español*, en la obra colectiva *Libro Homenaje al Prof. Juan Galván Escutia*, Universidad de Valencia, 1.980.

ESTEVE PARDO, J., *Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogos y Entidades de Derecho Público que por ley hayan de ajustar sus actividades al Ordenamiento jurídico privado*, en R.A.P., nº. 92, 1.980.

ESTÉVEZ GOYTRE, R., *Manual de Derecho urbanístico*, editorial Comares, Granada, 1.999.

EUROPEAN ENVIRONMENTAL AGENCY, *Case Study 3. Germany: declaration by German Industry and Trade on Global Warming Prevention (1.995) and Updated and Extended declaration by German Industry and Trade on Global Warming Prevention (1.996), Environmental Agreements. Environmental Effectiveness, Environmental Issues Series, nº. 3, Vol. 2, Case Studies*, Copenhagen, 1.997.

- *Environmental Agreements. Environmental Effectiveness*, en *Environmental Issues Series, nº. 3, Vol. 2, Case Studies*, Copenhagen, 1.997.

EWRINGMANN, D. y GAWEL, E., *Kompensationen im Immissionsschutzrecht. Erfahrungen im Kannenbäckerland*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1.994.

F.N.E. (France Nature Environnement), *Bilan et Analyse de la Mise en Place des Commission locales d'Information et de Surveillance (C.L.I.S.) au 31.08.97*, Rapport final, París, 1.997.

FALCON, G. *Convenzioni e accordi amministrativi (profili generali)*, en *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, vol. IX, 1.988.

FALQUE, M., *Réglementation et Environnement*, en la obra colectiva *Droit et Environnement. Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1.995.

FALQUE, M., y MASSENET, M. (directores), *Droits de Propriété et Environnement* Éditions Dalloz, París, 1.997.

FARRIER, D., *Conserving Biodiversity on Private Land: Incentives for Management or Compensation for Lost Expectations?*, en *Harvard Environmental Law Review*, nº. 19, 1.995.

FARZIER, T. W., *Protecting Ecological Integrity within the balancing Function of property Law*, *Northwestern School of Law of Lewis & Clark College Environmental Law review*, nº. 28, 1.998.

FAURE, S., *Les contrats de rivière en France*, en *Les contrats de rivière*, en *Environnement et Société*, nº. 13, monográfico sobre la materia, Arlon, 1.994.

FERNÁNDEZ AGÜERO, E., *El artículo 24 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1.954: el convenio expropiatorio*, en R.D.U. y M.A., nº. 182, dic. 2.000.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., *El régimen jurídico del control integrado de la contaminación*, en Revista de Derecho Ambiental, nº. 22, 1.999.

FERNÁNDEZ DE VELASCO, R., *Relaciones jurídicas bilaterales de Origen no contractual*, en Revista General de Legislación y jurisprudencia, Tomo 144, Madrid, 1.924.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La actividad de fomento en el Reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales de Cataluña de 13 de junio de 1.995 (régimen jurídico de las subvenciones y de la acción concertada)*, en R.A.P., nº. 139, 1.996.

- *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1.983.

- *Parte III, Industria*, en la obra de MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho Administrativo Económico, Tomo II*, editorial La Ley, Madrid, 1.991.

FERNÁNDEZ MONTALVO, R., *La Jurisdicción contencioso-administrativa ante la revisión de los actos fruto de la transacción entre las partes: alcance de la actuación revisora. Análisis del art. 76 del Proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, en ELORRIAGA PISARIK, G., *Convención y arbitraje en Derecho Tributario*, Madrid, 1.996.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *¿Contratos administrativos entre personas privadas?*, en R.E.D.A., nº. 1, 1.974.

- *El medio ambiente en la Constitución española*, en Documentación Administrativa, nº. 190, 1.981.

- *Manual de derecho urbanístico*, 10ª edición, Abella, Madrid, 1.993.

- *Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo*, en R.E.D.A., nº. 24, 1.980.

FERNÁNDEZ TORRES, J. R., *La Política Agraria Común. Régimen Jurídico de la Agricultura Europea y Española*, editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2.000.

FERNÁNDEZ-CORONADO, A., *La Colaboración económica del Estado con las Confesiones religiosas*, en R.A.P., nº. 108, 1.985.

FERRARA, R., *Strumenti e Tecniche di Tutela ambientale*, en la obra colectiva *Diritto Pubblico dell' Ambiente. Diritto, Etica, Politica*, a cura di DOMENICHELLI, V., OLIVETTI RASON, N., y POLI, C., y coordinada por PECCOLO, G., editorial CEDAM, 1.996.

FONDERICO., F., *Ambiente e amministrazione in Italia*, en *Rivista Giuridica dell' Ambiente*, Giuffrè Editore, 1.997.

FONSECA FERRANDIS, F. E., *Los convenios urbanísticos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en R.D.U. y M.A. nº. 179, enero-feb., 1.998.

FONT I LLOVET. T., *Algunas funciones de la idea de participación*, en R.E.D.A., nº. 45, 1.985.

FORSTHOFF, E., *El Estado de la Sociedad industrial (El Modelo de la R.F.A.)*, Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1.975.

- *Tratado de Derecho Administrativo*, Giuffrè Editore, Varese, 1.958.

FORTUNA, E., *La legge speciale per Venezia*, en *Rivista Giuridica dell' Ambiente*, Giuffrè Editore, 1.993, nº 3/4.

FOUNDATION EUROPÉENNE POUR L' AMELIORATION DES CONDITIONS DE VIE ET DE TRAVAIL, *La Protection de L' Environnement en Europe. Les conséquences de la cooperation entre les partenaires sociaux*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxemburgo, 1.994.

FRANCO, M., *Il diritto dell' ambiente: lineamenti e materiali*, Cedam, Padova, 1.990.

FRANK, A. G., *Reforming the Endangered Species Act: Voluntary Conservation Agreements, Government Compensation and Incentives for Private Action*, *Columbia Journal of Environmental Law*, Vol. 22, no. 1, 1.997.

FUENTES BODELÓN, F., *Comentarios a la Directiva sobre prevención y control integrados de la contaminación*, en *Revista de Derecho Ambiental*, nº. 19, 1.997.

- *Planteamientos previos a toda formulación de un Derecho Ambiental*, en *Documentación Administrativa*, nº. 190, 1.981.

- *La aplicación de la normativa comunitaria en materia de medio ambiente: balance y perspectivas*, en *Revista de Derecho Ambiental*, nº. 1, octubre-diciembre 1.988.

FUHR, M., *Industrial Self-control in the European Regulation of Chemicals*, en *E.L.N.I.* nº. 1, 1.999, Darmstadt.

FUMAGALLI, S., *Industria e Ambiente: la forza degli accordi volontari*, en *Ambiente*, nº. 53, 1.994.

FUNK, W., *Bargaining Toward the New Millennium: Regulatory Negotiation and the Subversion of the Public Interest*, *Duke Law Journal*, nº. 46, 1.997.

GABA, J. M., *Informal Rulemaking by Settlement Agreement*, en *Georgetown Law Journal*, nº. 73.

GAINES, S. E. y KIMBER, C., *Redirecting Self-regulation*, en *Journal of Environmental Law*, vol. 13-2, 2.000.

GALÁN VIOQUE, R., *Crónica de Urgencia de la Sentencia de la Audiencia Nacional sobre la congelación de las retribuciones de los funcionarios públicos para el año 1.997*, en *R.A.A.P.*, nº. 40, oct.-nov.-dic., año 2.000.

- *La responsabilidad del Estado Legislador*, Cedecs, Barcelona, 2.001.

GALLEGRO ANABITARTE, A., *La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración*, en la obra colectiva *Libro Homenaje al Prof. Galván Escutia*, Universidad de Valencia, Valencia, 1.980.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Ámbito de la aplicación de la ley (arts. 1-9 inclusive)*, en GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (director), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1.996.

- *La Figura del Contrato administrativo*, en *R.A.P.*, nº. 41, 1.963.

- *La participación del administrado en las funciones administrativas*, en el Libro homenaje a Royo Vilanova, Madrid, 1.977.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*, novena edición, Civitas, Madrid, 1.999,

- *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, sexta edición, Civitas, Madrid, 1.999.

GARCÍA MACHO, R., *Contenido y Límites del Principio de la Confianza legítima: estudio sistemático en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, en *R.E.D.A.*, nº. 56, oct.-dic. 1.987, edición electrónica.

GARCÍA TREVIJANO-FOS, J. A., *Contratos y actos ante el Tribunal Supremo: la explotación del "Hotel Andalucía-Palace" de Sevilla*, en *R.A.P.*, nº. 28, enero-abril 1.959.

- *Los Convenios expropiatorios*, Ed. Edersa, Madrid, 1.979.

- *Reciente evolución de la jurisprudencia administrativa: los actos separables admitidos por el Tribunal Supremo*, en *R.A.P.*, nº. 36, sept.-dic. 1.961.

GARCÍA URETA, A., *Algunas notas sobre los artículos 130 R-T del Tratado CEE*, en *Revista de Derecho Ambiental*, nº. 7, enero-junio 1.991.

- *Protección del ambiente a la luz del Tratado de la Unión Europea*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº. 34, sept.-dic. 1.992.

GARRIDO DE LAS HERAS, S., *Regulación básica de la Producción y Gestión de Residuos*, Fundación Confemetal, Madrid, 1.998.

GARRIDO FALLA, F., *El Concepto de Servicio Público en Derecho español*, en R.A.P., nº. 135, 1.994.

- *El Negocio jurídico del Particular en el Derecho Administrativo*, en R.A.P., nº. 1, 1.950.

- *Tratado de Derecho Administrativo, Vol. II*, 10ª edición, Tecnos, Madrid, 1.992

GARRORENA MORALES, Á., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, editorial Tecnos, Madrid, 1.984.

GAUDUCHON, V., JOLIVET, C. Y METAIS, M., *Contrat territorial d'Exploitation. Aménagement du Territoire et Environnement*, en editorial L.P.O. (*Ligue pour la Protection des Oiseaux*), plaquette 1.999

- *Politiques Agricoles et Spaces sensibles*, en Parcs, nº. 32.

GAWEL, *Eficientes Umweltordnungsrecht – Anforderungen und Grenzen aus ökonomischer Sicht*, en la obra colectiva GAWEL, E. y LÜBBE-WOLFF, G. (editores), *Eficientes Umweltordnungsrecht. Kriterien und Grenzen*, en Schriftenreihe Recht, Ökonomie und Umwelt, nº. 10, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2.000.

GEBERS, B., *The diversity of environmental agreements. An international Overview*, en GLASBERGEN, P. (editor), *Co-operative Environmental Governance. Public-Private Agreements as a Policy Strategy*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1.998.

GERELLI, E., *Società post-industriale e Ambiente*, Editori Laterza, primera edición, 1.995.

GERELLI, E., y FRANZIA, C., *La “nuova generazione” delle normative ambientale: l'esempio dei rifiuti da imballaggio, un'analisi economica del diritto*, en la obra colectiva *Consumatore, Ambiente, Concorrenza. Analisi economica del diritto*, a cura di MATTEI, U., y PULITINI, F., Giuffrè Editore, Milano, 1.994.

GERRARD, M. B., *New York's Brownfields Programs: More and Less than Meets the Eye*, en Albany Law Environmental Outlook, nº. 4, invierno 1.999.

GIANNINI, M. S. A., *Diritto Amministrativo, Vol. II.*, Giuffrè Editore, Terza edizione, Milano, 1.993.

- *Il pubblico potere*, Bologna, 1.986.

GIEBEL, C., *Vereinbarungen als Instrument des Umweltschutzes. Eine vergleichende Untersuchung des französischen, deutschen und europäischen Rechts*, Nomos Verlagsgesellschaft, en *Franfurter Schriften zum Umweltrecht*, nº. 25, Baden-Baden, 2.000.

GIL IBÁÑEZ, J. L., *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª edición, Colex, Madrid, 2.000.

GIMENO FELIÚ, J. M., *La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública*, en R.A.P., nº. 151, enero-abril de 2.000.

- *Una Valoración crítica sobre el Procedimiento y Contenido de las últimas Reformas legales en Contratación pública*, en R.A.P., nº. 144, 1.997.

- *Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento del desarrollo económico (ayudas y subvenciones)*, en R.A.P., nº. 137, 1.995.

GIRAUDEL, C., (coordinadora), *La Protection conventionnelle des Espaces naturels*, Presses Universitaires de Limoges (PULIM), Limoges, 2.000.

- *Rapport General France*, expuesto en el Congreso sobre la Gestión convencional de los Espacios naturales, CRIDEAU-CRNS, Limoges, 21 y 22 de enero de 1.997.

GLACHANT, M., *How can the Implementation of EU Environmental Policy be more Effective and Efficient? Lessons from Implementation Studies*, Research report 2.000-B-7, págs. 6 y 26, accesible en Internet en [www.ensmp.fr](http://www.ensmp.fr), visitada el 19.10.2.000.

- *Les accords volontaires dans la politique environnementale: une mise en perspective de leur nature et de leur efficacité*, en *Économie et Prévisions*, nº. 117-118.

- *The Cost Efficiency of Voluntary Agreements for Regulating Industrial Pollution: A Cosean Approach*, en la obra colectiva *Voluntary Approaches in Environmental Policy*, editada por CARRARO, C., y LÉVÊQUE, F., Fondazione Eni Enrico Mattei y Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1.999.

GLASBERGEN, P., *Voluntary Environmental Agreements as Institutional Change*, CAVA Working Paper nº. 2.000/02/02, febrero de 2.000, Bruselas.

GODARD, O., *Concertations et incitations efficaces, deux objectifs incompatibles? Une analyse à partir du dispositif de gestion des déchets d'emballages ménagers en France*, Journées de l'Association Française et des ressources naturelles, Toulouse, 11-12 mai 1.998.

- *Institutional trajectories and environmental policy instruments: filling the efficiency gap*, en *Environmental Policy and International Comparison*, Berlin, édition Sigma, 1.997.

- *Le principe de précaution: renégocier les conditions de l'agir en univers controversé*, en *Natures-Sciences-Sociétés*, 1.998, vol. 6, n° 1.

GOLA, M., *L'amministrazione degli interessi ambientali*, Editorial A. Giuffrè, Milano, 1.995.

GOLUB, J., *Global Competition and EU Environmental Policy: An Overview*, EUI Working Papers, RSC n° 98/1, Robert Schuman Centre, European University Institute, Fiesole (Florenca), 1.988.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (director), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1.996.

GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *Teoría del Estado y derecho constitucional*, Vicens Universidad, 3ª edición revisada, 1.987, Barcelona.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*, Editorial McGraw Hill, Madrid, 1.996.

GONZÁLEZ MARIÑAS, P., *Comentarios al proyecto de ley de contratos de las Administraciones Públicas*, editorial Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1.994.

GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley 4/1.999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1.992*, editorial Civitas, Madrid, 1.999.

- *El Estado social y democrático de derecho*, editorial Eunsa, Pamplona, 1.992.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, editorial Civitas, 3ª edición ampliada, Madrid, 1.999.

- *La transacción en el proyecto de Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, en *R.A.P.*, n° 145, 1.998.

GONZÁLEZ PÉREZ, J y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento administrativo común, Vol. II*, editorial Civitas, Madrid, segunda edición, 1.999.

GONZÁLEZ SALINAS, P., *El principio de buena fe*, en *R.E.D.A.*, n° 52, oct.-dic. 1.986, edición electrónica.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *El desarrollo de una idea de colaboración en el Derecho administrativo, con el ejemplo de la seguridad privada y otros*, en *R.E.D.A.*, n° 94, 1.997.

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., *El contratista de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2.000.

GRASSI, S., *Ambiente come problema istituzionale, en la obra colectiva, Lo Stato delle Istituzione italiane*, Atti del Convegno di Roma, 30 giugno-2 luglio 1.993, Giuffrè Editore, Milano, 1.994.

- *Costituzione e tutela dell'ambiente, en la obra colectiva Costituzione, razionalità, ambiente*, a cura di SCAMUZZI, S., Bollati Boringuieri Editore, Torino, 1.994.

GREAVES, C., *Aproximaciones al desarrollo de la industria sostenible basadas en el consenso*, en The IPTS Report, nº. 27, septiembre 1.998, Institute for Prospective Technological studies, World Trade Centre, Sevilla, accesible en <http://www.jrc.es/pages/f-report.en.html> (visitada el 7 de diciembre de 2.001).

GRECO, N., *La Costituzione dell'Ambiente. Sistema e Ordinamenti*, Il Mulino Editore, Bologna, 1.996.

GRUPO SOBRE PREVENCIÓN Y CONTROL DE LA CONTAMINACIÓN, *Extended Producer Responsibility. Phase 2: case Study on the German packaging Ordinance, 5-6 de noviembre de 1.997*, OECD Headquarters. Documento ENV/EPOC/PPC(97) 21, OCDE, París.

GUEGUEN, E., LORVELLEC, L. y ROMI, R., *La Normalisation au service du droit de l'environnement: rapport final*, Ministère de l'Environnement, París, 1.995.

GUIBAL, M., *La Celebración de Contratos Públicos*, en Documentación Administrativa, nº. 239, "El Derecho Administrativo en Francia: Tendencias actuales", Madrid, 1.994.

GUICHOT REINA, E., *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho Comunitario*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2.001.

GUNNINGHAM, N., (director), *Environment, Self-Regulation and the Chemical Industry: Assessing Responsible Care*, Working Paper, Australian Centre for Environmental Law, Australian National University, Canberra (Australia), 1.995.

GUSTAPANE, A., *La tutela globale dell'ambiente*, Giuffrè Editore, 1.991.

HAFKAMP, W. A., HOZEE, M. y RINGELING, A. A., *The effectiveness of instruments for environmental policies in the field of industry: regulating packaging and transport of hazardous waste*, EC Environmental Research Programme, DG XII, Rotterdam.

HAGER, G., *Legal Theory of Voluntary Agreements in the Field of the Environment*, CAVA Working Paper nº. 2.000/2/14, febrero de 2.000.

HANDLER, T. (editor), *Regulating european environment*, Chancery Law Publishing Ltd.-Baker & Mckenzie, Londres, 1.994.

HANSEN, L. G., *Environmental Regulations through Voluntary Agreements*, Institute of Local Government Studies, AKF, Copenhagen, FEEM Note di Lavoro, n°. 23, 1.997.

HANSJÜRGENS, B., *Ökonomische Aspekte des Kooperationsprinzip in der Umweltpolitik*, en la obra colectiva ZIMMERMANN, H. y HANSJÜRGENS, B. (editores), *Prinzipien der Umweltpolitik in ökonomischer Sicht*, Economica Verlag, Berlin, 1.994.

HASLER, B. y NIELSEN, P., *Voluntary Agreements in Environmental Management in Agriculture*, CAVA Working Paper n°. 99/10/11, Bruselas, octubre 1.999.

HAZARD, G. C., JR. y ORTS, E. W., *Environmental Contracts in the United States*, preliminary Draft 8/31/99.

HEICHHORN, P., *Teoría de la economía de la empresa e interés general*, en Documentación Administrativa, n°. 218-219, Administración y Constitución: el principio de eficacia, 1.989.

HELBY, P., *Voluntary agreements, implementation and efficiency. European relevance of case study results. Reflections on transferability to voluntary agreement schemes at the European level*, VAIE Program, abril de 2.000.

HERNANDEZ-ZAKINE, C., *De l'affichage au droit: l'analyse juridique des contrats agri-environnementaux*, en Revue de Droit Rural, n°. 263, mayo 1.998.

HIRSCH, D. D., *Bill and Al's XL-ent. An Analysis of the EPA's Legal Authority to Implement the Clinton Administration's Project XL*, en University of Illinois Law Review, n°. 1, Vol. 1.998.

HOFFMAN-RIEM, W., *La Reforma del Derecho Administrativo. Primeras Experiencias: el ejemplo del Derecho Ambiental*, en Documentación Administrativa, n°. 234, abril-junio 1.993, "El Derecho Administrativo en Alemania: Nuevas Tendencias (I).

HOLTSMARK, B. J., Y ALFSEN, K. H., *Coordination of flexible Instruments in climate Policy*, Center for International Climate and Environmental Research (CICERO), Report 1.998:4, 1.998.

HOPPE, W., y BECKMANN, M., *Umweltrecht*, editorial C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1.989.

HOUCK, O. A., *On the Law of Biodiversity and Ecosystem Management*, Minnesota Law Review, n°. 81, 1.997.

- *The endangered Species Act and Its Implementation by the U.S. Departments of Interior and Commerce*, en University of Colorado Law Review, n°. 64, 1.993.

HUDAULT, J., *La fonction écologique de la propriété agricole*, en *Revue de Droit Rural*, nº. 263, mai 1.998.

HUERGO LORA, A., *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2.000.

- *Los Contratos sobre los Actos y las Potestades Administrativas*, Civitas, Madrid, 1.998.

- *Los convenios urbanísticos*, Civitas, Madrid, 1.998

HUGHES, D., *Environmental Law*, Third edition, Butterworths, London, 1.996.

HUITEMA, D. y VAN SNELLENBERG, A. H. L. M., *Policy in Style*, draft version, University of Twente, 1.998.

IL GRANDE DIZIONARIO GARZANTI DELLA LINGUA ITALIANA, Garzanti editore, S.p.a., 1.987.

MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, *Boletín de Información de Medio Ambiente*, informe de mayo-2.000.

- *Boletín de Información de Medio Ambiente*, nº. 78, nov. 1.999.

INGRAM, V. y DUNCAN, L., *The voluntary Approach. European Experiences in Joint environmental Policy-Making*, editorial Ernsting BV, Wageningen, The Netherlands, 1.998.

INGRAM, V., *An Environment for Consensus?*, CAVA Working Paper nº. 98/11/2, enero 1.999.

ISAAC, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, Ariel Derecho, 5ª edición actualizada, Barcelona, 2.000.

IZQUIERDO CARRASCO, M., *Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2.000.

JAMES, P., *Business, Eco-Efficiency and Sustainable Development-The Role of Environmental management Tools, Final Report*, Lisboa, 1-3 marzo, 2.000.

JEANNENEY, P.-A., *Nature et Portée des Contrats de Programme "Antipollution" conclus par le Ministère de l'Environnement, Conclusions sur Conseil d'État, 8 mars 1.985, Les Amis de la Terre*, en *RFD. adm.* 1 (3), mai-juin 1.985,

JEDER, P., *Position Paper of the Association of the German Chemical Industry (VCI): Self-Commitments as an Instrument of Environmental Policy*, CAVA Working Paper nº. 2.000/2/20, 2.000.

JEGOUZO, Y., y SANSON, C., *La concertation préalable*, en *Le Guide vert de l'Environnement*, Éditions du Moniteur, París, 1.990.

JÈZE, G., *Principios generales del Derecho Administrativo, Tomo IV, Teoría general de los Contratos de la Administración, Primera parte*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1.950.

JIMÉNEZ ASENCIO, R., *La ejecución del Derecho Comunitario por las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia constitucional*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº. 141, enero-abril de 1.995.

JIMÉNEZ BLANCO, A., *Las relaciones de funcionamiento entre el poder central y los entes territoriales. Supervisión, solidaridad, coordinación*, IEAL, Madrid, 1.985.

- *Los Contratos de la Administración Pública*, en la obra colectiva *Manual de Derecho Administrativo (Parte General)*, Editorial Ariel, S.A., 5ª edición, Barcelona, 1.998.

JIMÉNEZ NIETO, J. I., *Relaciones del gobierno con las empresas públicas: Directorio político y Gerencia empresarial*, en R.A.P., nº. 77, 1.975.

JOCHEM, E., y EICHHAMMER, W., *Voluntary AGREEMENT ON CO2-Emission Reduction of Seven Associations of the German Economy*, Workshop on Voluntary Approaches in the Field of Environment, París, paper nº. 26, 1.996.

JOHNSTON, J. S., *The Law and Economics of Environmental Contracts*, University of Pennsylvania Law School, Draft. sept. 1.999.

JOLLIVET, M., LEGAY, J. M. y MÈGIE, G., *Vers un développement négocié?*, en *Natures-Sciences-Sociétés*, Vol. 5, nº. 3, 1.997.

JORDAN, W. S., *Ossification Revisited: Does Arbitrary and Capricious Review Significantly Interfere With Agency Ability to Achieve Regulatory Goals Through Informal Rulemaking?*, en *Northwestern University Law Review*, winter 2.000, nº. 94.

JORDANA DE POZAS, L., *Ensayo de una Teoría de fomento en el Derecho Administrativo*, en *Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas, Tomo I*, Instituto de Administración Local, Madrid, 1.961.

JORDANO FRAGA, J., *La Protección del Derecho a un medio ambiente adecuado*, Ed. José María Bosch, Barcelona, 1.995.

*La construcción del Estado Autonómico Ambiental de Derecho en Andalucía*, en R.A.A.P., nº. 44, sept.-dic., 2.001.

*La aplicación del Derecho Ambiental de la Unión Europea en España: perspectivas de evolución y desafíos del ius commune ambiental europeo*, en *Noticias de la UE*, nº. 297, abril de 2.002, año XVIII.

JÖRGENS, H. y BUSCH, P.-O., *Agreement on the Environmentally Sound Management of End-Of-Life Vehicles*, en la serie *Case Studies on negotiated environmental agreements*, Neapol Closing Conference, 2.000.

JÖRGENS, H. y BUSCH, P.-O., *Case Studies on Negotiated Environmental Agreements. Germany: Self-Commitment on the Collection and Recovery of Spent Batteries and the Reduction of Mercury Content in Batteries*, NEAPOL Closing Conference, 2.000.

JORGENSEN, J., *Voluntary Agreements and other voluntary Measures as elements in EC environmental Policy*, Conference on "Governing our environment", Copenhagen, 17-18 diciembre de 1.994.

JOUDON, L., *Contrat de Plan entre l'État et Electricité de France 1.993-1.996*, C.J.E.G., Julio-Agosto 1.993.

JULIA, M., *Les Marchés de l'Environnement*, Ministère de l'Industrie, des Postes et Télécommunications et du Commerce extérieur, Direction Générale des Stratégies industrielles, SESSI, Paris Cedex, 1.994.

JÜLICH, R., *Germany Country Report (on Voluntary Agreements)*, Öko-Institut e. V., Darmstadt, 2.000.

- *The Battery Agreement*, en el libro *Environmental Agreements — The Role and Effect of Environmental Agreements in Environmental Policies*, en E.L.N.I. ed., Cameron May, 1.998.

KARMEL, J. S., *Title 5 of the New York's Clean Water/Clean Air Bond Act authorizes Risk Assessment to Clean up Brownfields*, en *Brooklyn Law Review*, n.º 63, verano 1.997.

K.B.A. (FRAFTFAHRT-BUNDESAMT), *Mitteilung für die Presse. Bestand an Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern in Deutschland am 1. januar 1.999* (<http://www.kba.de/pb-6-98.htm>).

KEOHANE, N. O., REVESZ, R. L., y STAVINS, R. N., *The Choice of Regulatory Instruments in Environmental Policy*, en *Harvard Environmental Law Review*, volume 22, n.º 2, 1.998,

KHALIL, MAGDI SOBHY, *Le Dirigisme économique et les Contrats (Étude de Droit comparé: France-Egypte-U.R.S.S.)*, Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1.967.

KING, A., y LENOX, M., *Industry Self-Regulation Without Sanctions: The Chemical Industry's Responsible Care Program*, de próxima aparición en la *Academy of Management Journal*.

KISS, A. y SHELTON, D., *Manual of European Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2ª edición, 1.994.

KLOEPFER, M., *Umweltschutz und Recht. Grundlagen, Verfassungsrahmen und Entwicklungen. Ausgewählte Beiträge aus drei Jahrzehnten*, en *Schriften zum Umweltrecht (S.U.R.)*, nº. 100, Dunkler & Humbloy, Berlin.

KNEBEL, J., WICKE, L. y MICHAEL, G., *Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes*, Umweltbundesamt, Ercih Schmidt Verlag GMBH & Co., Berlín, 1.999.

KNILL, C., Y LENSCHOW, A., *Change as "appropriate adaptation": Administrativa adjustment to european environmental policy in Germany and Britain*, en *European Integration Online Papers*, Vol. 2, nº. 1, 1.998.

KOCH, H.J., *Beschleunigung, deregulierung, privatisierung. Modernisierung des Umweltrechts oder symbolische Standortpolitik?*, en la obra colectiva SCHLACKE, S. (editora), *Neue Konzepte im Umweltrecht. Beschleunigung durch Modernisierung, Effektivierung, Vereinfachung?*, en *Schriftenreihe des Vereins für Umweltrecht*, Rombos-Verlag, Berlin, 1.996.

KOPP, F. H., *VwVfG*, Peter Lang, Frankfurt a. M.-Berlin-Bern-Nueva York-París-Wien, 1.992.

KORB, B., *L'Experience des États-Unis en matière d'incitations économiques à l'emploi des échanges des droits d'émission*, en OCDE, *Les instrumentes économiques des politiques d'environnement en Chine et dans les pays de l'OCDE*, París, 1.997.

KOURILSKY, P., VINEY, G., *Le Principe de précaution: rapport au Premier ministre*, París, 1.999.

KRÄMER, L., *Derecho Ambiental y Tratado de la Comunidad Europea*, Marcial Pons, Madrid, 1.999 (Traducción de LUCIANO PAREJO, A. y MORENO MOLINA, Á., M.).

- *Umweltvereinbarungen im Gemeinschaftrecht*, en RENGELING, H. W./HOF, H. (editores), *Instrumente des Umweltschutzes im Wirkungsverbund — Interdisziplinäres Kolloquium — zugleich Siebte Osnabrücker Umweltgespräche*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2.001.

KRARUP, S. y RAMESOHL, S., *Voluntary Agreements in Energy Policy — Implementation and Efficiency. Final Report from the project Voluntary Agreements — Implementation and Efficiency (VAIE)*, Copenhage, 2.000.

KUNREUTHER, H. C., McNULTY, P. J. y KANG, Y., *Third Party Inspection as an Alternative to Command and Control Regulation, Risk management and Decision Processes Center*, Wharton School, Pennsylvania, Center Working Paper, 99-12-30.

LACAVA, C., *Amministrazione autoritativa, partecipazione e negoziazione: il contributo evolutivo della gestione ambientale*, en Documenti e Informazioni, Quale amministrazione per l'Europa, nº. 4, 1.995, "Modernizzazione dell'amministrazione pubblica: la sfida dell'ambiente", coordinado por NICOLA GRECO.

LACRUZ BERDEJO, J. L. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho civil*, T. II, editorial Bosch, Barcelona, 1.995.

LANDI, G., *Strumenti finanziari per l'ambiente*, en Rivista Giuridica dell'Ambiente, Giuffrè Editore, 1.999, nº. 3/4.

LASCOUMES, P., *L'Eco-pouvoir. Environnements et Politiques*, éditions la découverte (série écologie et société), París, 1.994.

- *Les arbitrages publics des intérêts légitimes en matière d'environnement*, Revue Française de Science politique, volume 45, nº. 3, juin 1.995.

LASCOUMES, P. y VALLUY, J., *Les activités publiques conventionnelles (APC): un nouvel instrument de politique publique? L'exemple de la protection de l'environnement industriel*, EUI Working Paper RSC, nº. 96/16, European University Institute, Fiesole (Florenca), 1.996.

LASCOUMES, P., en colaboración con ROBERT, F. y BENGHOZI, M., *Un Droit de l'Environnement négocié. Volet discret d'une politique publique. Contrats et Programmes de branches. Programmes d'entreprises. 2e partie: LES ACCORDS MIS EN OUVRE*, París, GAPP-CNRS, junio 1.990.

LAUBADÈRE, A. D., MODERNE, F. y DELVOLVÉ, P., *Traité des Contrats administratifs*, LGDJ, Vol. I., 2ª edición, París, 1.983.

LAWLOR, M. J., *Super Settlements for Superfund: A New Paradigm for Voluntary Settlement?*, en Boston College Environmental Affairs Law Review, nº. 27, 1.999.

LE LOUARN, P., *Les Politiques departementales de protection des espaces naturels sensibles sur le littoral*, en Les Petits Affiches, nº. 1, du 02 janvier 1.995, edición electrónica.

LE NOAN, C., *Recueil Dalloz*, 34e Cahier, Jurisprudence, 1.997, *L'Environnement en France. Rapport sur l'état de l'environnement en France*, édition 1.994-1.995, IFEN-DUNOD, 1.994.

LE PENSEC, L., *Le projet de loi d'orientation agricole*, Courrier de l'environnement de l'INRA, n<sup>o</sup>. 34, juillet 1.998.

LE ROUX, D., *Les accords de branche à l'épreuve de la loi Aubry*, en *Le Moniteur*, n<sup>o</sup>. 4.999, 17 septembre 1.999.

LEFÈVRE, P., *Voluntary Agreements in EU Environmental Policy- Critical Review and Perspectives*, CAVA Working Paper n<sup>o</sup>. 2.000/2/7, agosto 2.000.

LEHMAN, M. A., *Voluntary Agreements and Their Antitrust Implications. The case of Germany's Dual Management System*, accesible en Internet en la página web de la École des Mines de París ([www.ensmp.fr](http://www.ensmp.fr)), consultada el 23 de febrero de 2.000.

LEPAGE, C., *Que faut-il entendre par Principe de Précaution?*, en *Gazette du Palais-vendredi* 8, samedi 9 octobre 1.999.

LÉVÊQUE, F., *Why environmental policy instruments in textbooks are not used whereas used instruments are not studied?* (Conference at the Donald Bren School Management Sciences and Management University of California at Santa Barbara, 5 de junio, 2.000), pág. 12, en [www.cerna.ensm.fr](http://www.cerna.ensm.fr), visitada el 18.10.2.000.

LEWIS, S., *Alcoa Aluminium and Calhoun County Resource Watch*, en la obra *Environmental Agreements. The Role and Effect of Environmental Agreements in Environmental Policies*, edited by E.L.N.I. and Cameron May, 1.998.

- *Voluntary Agreements for Environmental Protection*, en la obra colectiva DEIMANN, S. y DYSSLI, B., (editores), *Environmental Rights. Law, Litigation & Access to Justice*, Cameron May, Londres, 1.995.

LEWIS, S., CLISH, H. y KIEFFER, K., U.S. *Environmental Protection Agency's 33/50 Program*, en la obra *Environmental Agreements. The Role and Effect of Environmental Agreements in Environmental Policies*, edited by E.L.N.I. and Cameron May, 1.998.

LIEFFERINK, J. D., LOWE, P y MOL, A. P. J., *The environment and the European Community: the analysis of a political integration*, pág. 8, en la obra colectiva por ellos coordinada *European Integration and Environmental Policy*, Belhaven Press, Londres, 1.993.

LIFSEY, M., *Prospective Purchaser Agreements: EPA's new Outlook on Landowner Liability*, en *Environmental Law*, n<sup>o</sup>. 30, invierno 2.000.

LONDON, C., *Environnement et Stratégie de l'Entreprise. Dix Concepts clefs*, Éditions Apogée, Rennes, 1.993.

LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., *Una aproximación de la Ciencia de la Administración al análisis conceptual del principio de eficacia como guía de acción de la Administración Pública*, en Documentación Administrativa, nº. 218-219, Administración y Constitución: el principio de eficacia, 1.989.

LÓPEZ MÁRQUEZ, J. F., *El Principio espiritualista en las Relaciones contractuales jurídico-privadas entre Administraciones Públicas (Comentario a la STS de 19 de octubre de 1.976)*, en R.E.D.A., 1.979, nº. 20.

LÓPEZ MENUDO, F., *El Derecho Administrativo como derecho “especial” y “excepcional” de algunos entes públicos. Consecuencias*, en la obra colectiva Libro Homenaje al Prof. Clavero Arévalo, PÉREZ MORENO, A., (coordinador), Editorial Civitas-Instituto García Oviedo, Madrid, 1.994.

LÓPEZ MENUDO, F., (director), FALCÓN Y TELLA, R., REBOLLO PUIG, M., LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Estudios jurídicos sobre Cámaras oficiales de Comercio, Industria y Navegación de Andalucía*, Junta de Andalucía, Consejería de Economía y Hacienda, Córdoba, 1.991.

LÓPEZ RAMÓN, F., *Caracteres del Derecho Comunitario Europeo Ambiental*, en Revista electrónica “Medio Ambiente y Derecho” (<http://www.cica.es/aliens/gimadus/lopezramon.html>), accedida el 16 de noviembre de 2.001), nº1, 1.997.

- *Derechos fundamentales, subjetivos y colectivos al medio ambiente*, en R.E.D.A., nº. 95, 1.997.

- *Ideas acerca de la intervención administrativa sobre el medio ambiente*, en Documentación Administrativa, nº. 190, 1.981.

- *La protección voluntaria de espacios naturales y el régimen de fomento de la agricultura sostenible*, III Congreso Nacional de Derecho Ambiental, Fundación Biodiversidad-Ministerio de Medio Ambiente, Barcelona, 2.000.

LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental Administrativo*, Dyckinson, Madrid, 2.000.

LOZANO, J. R., *El Futuro de los Envases y Embalajes ante la nueva Legislación española. Consecuencias para los Agentes socioeconómicos*, Fundación Confemetal, Madrid, 1.997.

- *La nueva normativa de los envases y embalajes. Repercusiones para los agentes socioeconómicos y su impacto en el medio ambiente*, editorial Fundación Confemetal, Madrid, 1.999.

LÜBBE-WOLFF, G., *Modernisierung des Umweltordnungsrechts. Vollziehbarkeit-Deregulierung-Effizienz*, Economica Verlag, Berlin, 1.996,

- *Wie effizient ist Flexibilität? – Ergebnisse einer Behördenbefragung zur Wünschbarkeit grösserer fallbezogener Entscheidungsspielräume der Umweltverwaltung*, en la obra colectiva MARBURGER, P. (coordinador), *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts*, Editorial Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2.000.

LUCAS VERDÚ, P., *Comentario al art. 1 CE*, en la obra colectiva, dirigida por ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1.978, Tomo I*, Cortes generales-editoriales de Derecho unidas (Edersa), Madrid, 1.996.

LUCAS, J. D. *El principio de solidaridad como fundamento del derecho al medio ambiente*, en *Revista de Derecho Ambiental*, n. 12, 1.994.

LUCHENA POZO, G. M., *La asociación administrativa de contribuyentes en las contribuciones especiales como medio de participación ciudadana en la Hacienda Local*, en *Revista de Hacienda Local*, vol. XXVII, nº. 79, 1.997.

LUHMANN, N., *Legitimation durch Verfahren*, 3ª edición, Luchterhand, Darmstadt und Neuwied, 1.978.

LYON, T. P., & MAXWELL, J. W., *Voluntary Pollution Reduction: Transaction Costs and Free-Rider Effects*, CAVA Working Paper nº. 99/10/9, octubre de 1.999.

LLISET BORRELL, F., y la REDACCIÓN DE “LA ADMINISTRACIÓN PRÁCTICA”, *El sistema urbanístico español después de la Ley 6/1.998*, Bayer Hnos. S. A., Barcelona, 1.998.

MACERA, B.-F., *El deber industrial de respetar el ambiente. Análisis de una situación pasiva de Derecho Público*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1.998.

MAE KELLY, R., *Productividad, bienestar social y política pública*, en *Documentación Administrativa*, nº. 218-219, Administración y Constitución: el principio de eficacia, 1.989.

MALAGOLI, C., *Agricoltura e Ambiente. Contributo allo sviluppo sostenibile*, Editorial CLUEB, Bologna, 1.994.

MALARET I GARCÍA, E., *Público y privado en la Organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona, 1.992*, Civitas, Madrid, 1.993.

MALLOL GUARRO, *La indemnización y el justiprecio en la expropiación forzosa*, editorial Hispano Europea, Barcelona, 1.966.

MANK, B. C., *The Environmental Protection Agency's Project XL and Other Regulatory Reform Initiatives: The Need for Legislative Authorization*, en *Ecology Law Quarterly*, nº. 25, 1.998.

MANTINI, P., *Il governo metropolitano fra struttura e accordi*, en *Rivista Giuridica dell' Ambiente*, Giuffrè Editore, 1.997.

MANUEL ABELLÁN, Á., *Los representantes y el derecho de participación en el ordenamiento jurídico español*, en *Revista de Estudios Políticos*, nº. 84, 1.994.

MARCUS, A. y GEFFEN, D., *Impasse in the Movement toward a New Competence in Environmental Management: Lessons from Project XL in Minnesota* ([www.pca.state.mn.us/programs/projectxl/3m-xlrep.pdf](http://www.pca.state.mn.us/programs/projectxl/3m-xlrep.pdf)).

MARMONT, M., *Les contrats de rivière: Un nouvel outil de gestion de l'environnement*, en *Environnement et Société*, nº. 13, monográfico sobre la materia, Arlon, 1.994.

MAROCCO, T., *Prospettive del riciclaggio degli imballaggi: il ruolo del C.O.N.A.I.*, en *Rivista Giuridica dell' Ambiente*, Giuffrè Editore, 1.999, nº. 6.

MARTÍN DEL BURGO Y MARCHÁN, A., *La Planificación: Un mito, una utopía, una contrautopía*, una realidad, en *R.A.P.*, nº. 81, 1.976.

MARTÍN GÁMEZ, J. A., *Plusprotección Ambiental y artículo 45 de la Constitución española*, en RUIZ-RICO RUIZ, G. (coordinador), *La protección del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Universidad de Jaén, 1.995.

MARTÍN HUERTA, P., *Los convenios interadministrativos*, INAP, Madrid, 2.000.

MARTÍN MATEO, *Derecho Ambiental*, IEAL, 1.977.

- *El agua como mercancía*, en *R.A.P.*, nº. 152, mayo/agosto de 2.000.

- *El Consorcio como institución jurídica*, en *R.A.P.*, nº. 61, 1.970.

- *Manual de Derecho Ambiental*, editorial Trivium, 2ª edición, Madrid, 1.999.

- *Nuevos Instrumentos para la Tutela Ambiental*, editorial Trivium, Madrid, 1.994.

- *Tratado de Derecho Ambiental, Tomo I*, editorial Trivium, Madrid, 1.991.

MARTIN, G. J., *Le droit de l'environnement, quelles mutations?*, *Les Petites Affiches*, nº. 50, du 27 abril de 1.994, edición electrónica.

MARTÍNEZ DE MUNIAIN, E. V., *El Derecho Comunitario medioambiental y su aplicación en España*, en la obra colectiva de GÓMEZ ORFANEL, G., (coordinador), *Derecho del Medio Ambiente*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1.995.

MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J. L., *Naturaleza de los Contratos públicos a la Luz del Derecho Español, su Fundamento y sus Consecuencias, Capítulo VI: Contratos Administrativos*, de la Obra Colectiva en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff, dirigida por Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, 1.998.

- *¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1.997)*, en R.A.P., nº. 144, 1.997.

MARTÍNEZ MARTÍN, D. J., *Las funciones de las Administraciones Públicas en el medio ambiente: intento de sistematización*, en Documentación Administrativa, nº. 190, 1.981.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *La participación en la Administración Pública. Principios y Límites*, III Jornadas Jurídicas, mayo de 1.985, La Participación, Anuario de la Facultad de Derecho del Estudi General de Lleida.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *De la simplificación de la Administración Pública*, en R.A.P., nº. 147, sept.-dic. 1.998.

- *Derecho Administrativo Económico, Tomo I*, editorial La Ley, Madrid, 2ª edición, 1.991.

- *El Derecho Civil en la Génesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones (Dos Estudios)*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1.960.

- *La Institución contractual en el Derecho Administrativo: en torno al problema de la Igualdad de las Partes*, en R.A.P., nº. 29, 1.959.

- *Reflexiones sobre la Huida del Derecho Administrativo*, en R.A.P., nº. 140, 1.996.

- *Reflexiones sobre la Regulación constitucional de la Planificación económica*, en R.A.P., nº. 117, 1.988.

- *Antecedentes del Concepto de Plan y referencia a la Legislación de Fomento del Siglo XIX.*, en R.A.P., nº. 49, 1.966.

MASPETIOL, R., *Les techniques juridiques de l'économie globale*, Archives de Philosophie de Droit, pág. 122 y 137, en la obra de VASSEUR, M., *Un nouvel Essor du Concept contractuel (Les Aspects juridiques de l'Économie concertée et contractuelle)*, Editions Sirey, París, 1.964.

MASSARUTTO, A., *Agriculture, Water Resources and Water icies Polin Italy*, Paper presentado a la Acción concertada "SAGA- Sustainable Agriculture Use of Aquifers in Sothern Europe: Integration Between Agriculture and Water Management Policies", coordinado por la F.E.E.M. con el apoyo del EU-DGXI.

MASSENET, M., *Conclusion Générale, en la obra colectiva Droits de Propriété et Environnement*, bajo la dirección de FALQUE, M., y MASSENET, M., Éditions Dalloz, París, 1.997.

MASUCCI, A., *Apuntes reconstructivos de la Ley sobre el Procedimiento Administrativo en Italia*, en Documentación Administrativa, nº. 248-249 (mayo-diciembre 1.997).

MATON, P.-M., *Environnement et Label: un mariage vert*, en Environnement & Technique, marzo 1.991, nº. 104.

MAURER, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Beck, (9ª edición), München, 1.994.

MAURI I MAJÓS en TORNOS MÁ, J. (coordinador), *Administración pública y procedimiento administrativo: comentarios a la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre*, editorial Bosch, Barcelona, 1. 994.

MAXWELL, J. W., y LYON, T. P., *What Caused US Voluntary Environmental Agreements?*, agosto 1.999, artículo presentado en el programa CAVA, reunión de Copenhage.

MAZIJN, B., *Legal and Policy Aspects in Integrated Product Policy Illustrated by the European Eco-labelling Scheme*, Bruselas, 24-25 febrero de 2.000.

MAZUREK, J., *Voluntary Agreements in the United States: An Initial Survey*, CAVA Working Paper nº. 98/11/1, enero 1.999.

MAZZOLENI, M., *Environmental Agreements in the Experience of the Veneto Environmental Protection Agency (A.R.P.A.V.)*, CAVA Working Paper, nº. 99/10/7, October 1.999.

MCCARTHY, J. E., *Voluntary Programs to Reduce Pollution*, Congressional Research Service, Report for Congress, 13 de julio de 1.995.

McKINNEY, M., *Negotiated Rulemaking: Involving Citizens In Public Decisions*, en Montana Law Review, verano 1.999, nº. 60.

MEDINA CASTILLO, J. E., *Tecnología, medio ambiente y Trabajo (Crisis de "modernidad" y viejos problemas)*, Universidades de Málaga, Málaga, 1.995.

MENÉNDEZ PÉREZ, S., *El principio de eficacia de la función administrativa. Virtualidad práctica: estudio jurisprudencial*, en DELGADO BARRIO, J. (director), *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1.994.

MENÉNDEZ REXACH, A., *Los convenios entre Comunidades Autónomas: Comentario al artículo 145.2 de la Constitución*, CEC, Madrid, 1.992.

- *Procedimientos administrativos, finalización y ejecución*, en la obra colectiva dirigida por LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M., *La nueva Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, editorial Tecnos, Madrid, 1.993.

- *Las nuevas formas de gestión sanitaria ante el Derecho Administrativo*, IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, 23 al 25 de Octubre de 1.997.

MESCHERIAKOFF, A.-S., *La Planification française entre Centralisation et Décentralisation*, RFD. adm. 11 (5) sept.-act. 1.995.

MESSEGUER YEBRA, J., *La resolución y otras formas de terminación del procedimiento administrativo*, editorial Bosch, Barcelona, 2.000.

MEYRONNEINC, J.P., *Le management de l'Environnement dans l'Entreprise*, AFNOR, París, 1.994.

MILIZIA, P., y TAMBORRA, M. L., *Legal Framework of environmental Agreements in Italy and Policy Relevance at the local Level*, CAVA Working Paper, pág. 9, presentado en Bruselas, en el marco del programa "The Integration of voluntary Agreements into existing legal Systems", celebrado en esta ciudad los días 24 y 25 de febrero de 2.000, en prensa.

MINISTERE DE L'AMENAGEMENT DU TERRITOIRE ET DU ENVIRONNEMENT, *Les Plans de Développement Durable*, pág. 1, en [www.environnement.gouv.fr](http://www.environnement.gouv.fr).

MOFFET, J. AND BREGHA, F., *An Overview of Issues with respect to Voluntary Environmental Agreements*, CAVA Working Paper nº. 98/11/3, January 1.999.

MOLINA JIMÉNEZ, A., *Administración versus Liberalización: los mercados del agua en España*, en R.A.P., nº. 146 (mayo-agosto de 1.998).

MONDELLO, G., *Environmental Industrial Regulation and the Private Codes Question*, en la obra colectiva en la obra colectiva *Voluntary Approaches in Environmental Policy*, editada por CARRARO, C., y LÉVÊQUE, F., Fondazione Eni Enrico Mattei y Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1.999.

MONDELLO, G., *Principe de précaution et autorégulation de l'industrie*, en la obra colectiva *Quel environnement pour le XXIe siècle? Environnement, maîtrise du long term et démocratie, Colloque international, Abbaye de Fontevraud, 8-11 septembre, Résumé des communications en atelier (1 à 30)*.

MONTERO ELENA, C. M., *Empresa Pública y Privatización*, en *La Intervención administrativa en la Economía*, obra colectiva dirigida por FERNÁNDEZ FARRERES, G., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1.996.

MONTINI, M., y SEERDEN, R., *Verso uno ius commune ambientale? Note a margine della Conferenza dell'Università di Maastricht sul diritto ambientale comparato nell'Unione europea*, en *Rivista Giuridica dell' Ambiente*, Giuffrè Editore, 1.998.

MONTORO CHINER, M. J., *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficacia*, editorial Atelier/administrativo, Barcelona, 2.001.

MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A. V., y RÍOS SALMERÓN, B., *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, editorial Aranzadi, tercera edición, Elcano (Navarra), 2.000.

MORENO MOLINA, A. M., *La Administración pública de los Estados miembros como Administración*, en PAREJO ALFONSO, L., (director), *Manual de Derecho Administrativo Comunitario*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2.000.

- *La ejecución administrativa del Derecho Comunitario. Régimen europeo y español*, Marcial Pons, Madrid, 1.998.

MORENO MOLINA, J. A., *La protección ambiental de los Bosques*, Marcial Pons, Madrid, 1.998.

- *La Protección de los Bosques*, en la obra colectiva ORTEGA ÁLVAREZ, L. (director), *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, editorial Lex Nova, Valladolid, 1.998.

- *La reciente jurisprudencia del TJCE en materia de contratos públicos*, en R.A.P., nº 151, enero-abril de 2.000.

MORENO QUESADA, B., *Agricultura y medio ambiente en los derechos español y de la Unión Europea*, en la obra colectiva en RUIZ-RICO RUIZ, G. (coordinador), *La protección del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Universidad de Jaén, 1.995.

MORRONE. A., *La Corte Costituzionale e la cooperazione tra Stato e regione nella fattispecie dell' intesa: analisi critica di un modello contraddittorio*, comentario a la sentencia de 15 de julio de 1.994, nº. 302, de la Corte Constitucional italiana, en *Rivista Giuridica dell' Ambiente*, Giuffrè Editore, 1.995, nº. 5.

MUÑOZ MACHADO, S., *Las concepciones del derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración*, en R.A.P., nº. 84, 1.977.

NADAÏ, A., *Les conditions de développement d'un écolabel de produit*, en *Annales des Mines*, julio 1.997.

NAPIER, C., *Directions in European and the United Kingdom Environmental Policy and Legislation*, en la obra colectiva de GAO, Z. (coordinador), *Environmental Regulation of Oil and Gas*, Kluwer Law International, London, 1.998.

NAQUET, F., *Le role du contrat dans la protection de l'environnement en milieu rural*, en Petites Affiches nº. 50, du 27 de abril de 1.994, edición electrónica.

NEUMANN, F., y BUCLET, N., *Business strategies and voluntary agreements: a comparative analysis of the Dutch packaging covenant and the French Éco-Emballages scheme*, artículo presentado en la Greening of Industry Conference, Santa Barbara, 19 de noviembre de 1.997.

NETHERLANDS SCIENTIFIC COUNCIL FOR GOVERNMENT POLICY, *Environmental policy: strategy, instruments and enforcement*, reports to the government, nº. 41, La Haya, 1.992.

NIETO GARCÍA, A., *Traducción y Notas al Proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo en la República federal Alemana*, en R.A.P., nº. 46, 1.965.

NIETO GARRIDO, E., *La protección de la Fauna salvaje en el Ordenamiento jurídico español*, editorial Lex Nova, Valladolid, 2.001.

NIETSCHKE, F., *Ecce Homo*, M. E. Editores, Madrid, 1.993.

NOGUEIRA LÓPEZ, A., *Ecoauditorías, Intervención pública ambiental y autocontrol empresarial*, editorial Marcial Pons, Madrid, 2.000.

- *Las normas técnicas como fórmula de regulación de la fase interna del EMAS*, III Congreso Nacional de Derecho Ambiental, Fundación Biodiversidad-Ministerio de Medio Ambiente, Barcelona, 2.000.

NÚÑEZ MUNÁIZ, R., *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Análisis práctico del Texto Refundido*, Dykinson, Madrid, 2.000.

OCHSNER, M., *Pollution Prevention: an Overview of regulatory Incentives and Barriers*, en Environmental Law Journal of the New York University School of Law, nº. 6, 1.996.

OCDE, *Examens des performances environnementales: Allemande*, junio 1.993.

- *Pour une mise en oeuvre plus efficace des politiques d'environnement*, Monografía de medio ambiente, nº. 8, París, 1.987, recogido en OECD, *Reforming Environmental Regulation in OECD Countries*, París, 1.987.

- *Environnement et économie. Résultat de la Conférence internationale sur l'environnement et l'économie*, 18-21 juin 1.984, OCDE, 1.984.

-*Handbook of incentive Measures for Biodiversity. Design and Implementation*, París, 1.999.

-*Reconciling Trade, Environment and Development Policies. The Role of Development Co-Operation*, OECD Documents, París, 1.996.

OECD/IEA (International Energy Agency), *Voluntary Actions for Energy-Related CO2 Abatement*, París, 1.997.

ONIDA, M. y PAQUOT, A., *Voluntary agreements in the field of waste management: assessment of practical experiences and related issues*, CAVA Working Paper, presentado en Bruselas, en el marco del programa "The Integration of Voluntary Agreements into existing legal Systems", celebrado en esta ciudad los días 24 y 25 de febrero de 2.000, en prensa.

ORTEGA ÁLVAREZ, L. (coordinador), *Lecciones de Derecho del medio ambiente*, editorial Lex Nova, Valladolid, 1.998.

- *Organización del medio ambiente: propuesta de una autoridad nacional para el medio ambiente*, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (coordinador), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Vol. IV*, Civitas, Madrid, 1.991.

ORTIZ DÍAZ, J., *Planificación estatal y planificación local*, en R.A.P., nº. 77, 1.975.

ORTIZ, F., *Candidate Conservation Agreements as a Devolutionary response to Extinction*, en Georgia Law Review Association, nº. 33, 1.999.

OTTO, M., *Voluntary Agreements in the field of environmental protection*, SOAS, julio de 1.997.

PAILLOTIN, G., *L'Agriculture raisonnée, Rapport au Ministre de l'Agriculture et de la Pêche*, París, febrero 2.000.

PANIZO GARCÍA, A., *Régimen jurídico de los Convenios de colaboración*, en La Ley. Revista Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, nº. 3.895, 24 octubre 1.995.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.-C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., sexta edición, Madrid, 1.998.

PAOLELLA, A., *Ambiente e progettazione. Metodi, tecniche e processi dell'intervento ambientale*, Maggioli Editore, Rimini, 1.996.

PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo, Derecho Privado, Derecho Garantizador*, en R.A.P., nº. 52, 1.967.

- *Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General*, décima edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1.998.(Coautor), *Manual de Derecho Administrativo, opus cit.*,

PAREJO ALFONSO, L., (Coautor) / JIMÉNEZ BLANCO, A., (Coautor) / ORTEGA ÁLVAREZ, L., (Coautor), *Manual de Derecho Administrativo*, 5ª ed. corr. y puesta al día, Ariel, Barcelona, 1.998.

PAREJO ALFONSO, L., *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.991.

- *Eficacia y Administración. Tres estudios*, I.N.A.P.- B.O.E., Madrid, 1.995.

- *La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública*, en Documentación Administrativa, nº. 218-219, Administración y Constitución: el principio de eficacia, 1.989.

- *La Terminación convencional del procedimiento administrativo como forma alternativa de desarrollo de la actividad unilateral de la Administración*, en *Eficacia y Administración: tres estudios*, 1ª ed., Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1.995.

PAREJO GAMIR, R., *Contratos Administrativos Atípicos*, en R.A.P., nº. 55, 1.968.

PATON, B., *Resources as Capital: Insights on Efficiency Gains from Voluntary Environmental Policies*, CAVA Working Paper nº. 99/10/7, octubre de 1.999.

PATRIAT, F., *Propositions pour une chasse responsable et apaisée, Rapport au Premier ministre*, 1.999.

PATTON-HULCE, V. R., *Environment and the Law. A dictionary*, Contemporary Legal Issues, editorial ABC-CLIO, Santa Bárbara (California), 1.995.

PAYEN, C., *Contrat pour l'environnement. Les Tullinois s'engagent*, en Journal des Maires, nº. 134, mars 1.991.

PECES-BARBA, G., *La Constitución española de 1.978. Un Estudio de Derecho y Política*, Fernando Torres editor, Valencia, 1.981.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, C. M., *El arbitraje. La conciliación. Los modos anormales de terminación del proceso. (El desistimiento. La renuncia. El allanamiento. La transacción. La caducidad)*, editorial Comares, Granada, 1.991.

PEÑARRUBIA IZA, J. M., *Los convenios interadministrativos en materia urbanística y de ordenación territorial*, en R.D.U. y M.A., nº. 171, julio-agosto de 1.999.

PEQUIGNOT, G., *Des Contrats administratifs*, Librairies Techniques, París premier, 1.954.

PÉREZ DE LEÓN PONCE, B. y PÉREZ BENJUMEA, J., *Los Contratos de las Administraciones Públicas (Estudio comparativo y sistemático de la normativa antigua y la vigente)*, Boletín Oficial del Estado, 1.995.

PÉREZ LUÑO, E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1.986.

PÉREZ MORENO, A., *Crisis de la participación administrativa*, en R.A.P., nº. 119, 1.989.

- *Instrumentos de Tutela Ambiental*, en Revista Electrónica “Medio Ambiente y Derecho” ([www.cica.es/aliens/gimadus](http://www.cica.es/aliens/gimadus)), nº. 0, Sevilla, 1.998.

- *La colaboración social en la gestión administrativa*, Anales de la Universidad de Sevilla, vol. XXVII, 1.967.

- *La conciliación judicial y otras alternativas jurisdiccionales en el orden contencioso-administrativo*, en *Justicia Administrativa*, número extraordinario 1.999.

- *La cuestión medioambiental, factor prioritario en la regulación de las obras y servicios públicos*, en Revista electrónica “Medio Ambiente y Derecho” ([www.cica.es/aliens/gimadus](http://www.cica.es/aliens/gimadus)), nº. 1, 1.997.

- *La ordenación jurídica de la calidad de vida*, 16º Seminario Internacional de la Federación Europea de Asociaciones Nacionales de Ingenieros, Madrid, 5-7 octubre.

- *Ley general y/o Leyes sectoriales para la protección del medio ambiente*, en *Documentación Administrativa*, nº. 190, 1.981.

PÉREZ MORENO, A., ESCRIBANO COLLADO, P. Y LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., *Desarrollo legislativo de la Constitución en materia de protección del medio ambiente*, en R.A.P., nº. 103, 1.984.

PÉREZ MORENO, A. y OTROS, *Comentarios al Estatuto de Andalucía*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1.981.

PERRITT Jr, H. H., *Negotiated Rulemaking Before Federal Agencies: Evaluation of Recommendations by the Administrative Conference of the United States*, en *Georgetown Law Journal*, nº. 74, 1.986.

PESARO, G., *The Development of an effective Cooperation between public and economic Actors in environmental voluntary Agreements*, CAVA Working Paper nº. 99/10/3, October 1.999.

- PETERSEN, V., *Umweltrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1.999,
- PEYRICAL, J-M., *Délégation de service public. Une catégorie juridique à part entière*, en *Le Moniteur*, 28 mars 1.997, nº. 4.870.
- PIACENTINI, P. M., *La concentrazione amministrativa e le nuove tipologie dei soggetti*, págs. 45 y 46, en la obra colectiva *Soggetti attuatori: la partecipazione dei privati alle fasi propositive e di finanziamento delle grandi opere pubbliche: 28 giugno 1.989 en Roma*, Maggioli Editore, Rimini.
- PIPERE, P., *La Camera di Commercio per l'ambiente*, en *Rivista Impresa e Stato*, nº. 39, accesible desde Internet en [http://impresa-stato.mi.camcom.it/im\\_39/pipere.htm](http://impresa-stato.mi.camcom.it/im_39/pipere.htm).
- PIVETAU, M., DE LA VERPILLIÈRE, M. y BOUCHOLLE, Me., *C.J.E.G. (Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz)*, Janvier 1.997.
- PIZARRO NEVADO, R., *Conservación y Mejora de Terrenos Forestales. Régimen Jurídico de las Repoblaciones*, editorial Lex-Nova, Valladolid, 2.000.
- POLI, S., *Gli accordi volontari nel diritto comunitario: un nuovo strumento per la tutela dell'ambiente*, en *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, Giuffrè Editore, 118.
- PONCE SOLÉ, J., *Prevención, precaución y actividad autorizatoria en el ámbito del medio ambiente. A propósito de los regímenes de autorización ambiental, licencia ambiental y comunicación previa de la Ley catalana 3/1.998, de 27 de febrero, de la Intervención integral de la Administración Ambiental*, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº. 183, 2.001
- PORTULARI, P. L., *Il giudice delle leggi tra patria, città e bellezza*, en *Ambiente: vecchie frontiere e nuove "vie di diritto"*, en número especial de la *Revista Amministrazione e politica*, nº. 5, 1.992.
- POSTIGLIONE, A., *Informazione, educazione e formazione per l'ambiente*, en *Enti locali e ambiente: atti del Convegno di Verona, 15-17 Aprile 1.983*, Cedam, Padova, 1.985.
- POVEDA GÓMEZ, P., *Comentarios a la Ley 10/1.998, de 21 de abril, de Residuos*, Comares Legislación, 1.998.
- PRATI, L., *Imposizione del vincolo ambientale e valutazione degli interessi privati*, en *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 1.998, Giuffrè Editore.
- PRIETO ÁLVAREZ, T., *Ayudas agrícolas nacionales en el Derecho Comunitario*, Marcial Pons-Consejería de Agricultura de la Junta de Castilla y León, Madrid-Barcelona, 2.001.

PRIEUR, M., *Droit de l'environnement*, editorial Dalloz, 3ª edición, París 1.996.

- *La Déréglementation en matière d'environnement*, en *Revue Juridique de l'Environnement*, nº. 3/1.987.

- *Plans et Chartes*, en *Droit et Ville*, nº. 41.

PUBUSA, A., *Procedimento amministrativo e interessi sociali*, en *Publicazioni dell'Istituto di Diritto Pubblico della Università di Cagliari*, Giappichelli Editore, Torino, 1.988.

QUEITSCH, P., *Das öffentlich-rechtliche Entsorgungsprinzip nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (KrW-/AbfG)*, en GESSENICH, S. (editor), *Das Kreislaufwirtschaft und Abfallgesetz – Risiken und Chancen-, Erste Analicen aus der Abfallbranche*, editorial Eberhard Blottner Verlag, Taunusstein, 1.998.

QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., *Los convenios colectivos irregulares*, editorial Consejo Económico y Social, Madrid, Madrid, 1.999.

- *Convenios Colectivos Extraestataarios*, editorial Tecnos, colección Jurisprudencia práctica, Madrid, 1.992.

RADAELLI, C. M., *Governing European regulation. The Challenges ahead*, en *European University Institute, RSC Policy Paper nº. 98/3*, mayo de 1.998, accesible en Internet en <http://www.iue.it>, visitada el 15 de agosto de 2.001.

RAMBLA, X., *La participación ciudadana en la escuela*, en *Revista Internacional de Sociología*, nº. 24, 1.999.

RAMESOHL, S. y FRISTOF, K., *Voluntary Agreements – Implementation and Efficiency. The German Country Study. An evaluation of the updated Declaration of German Industry on Global Warming Prevention (1.996)*, Wuppertal Institute for Climate Environmental Energy, 2.000.

RAMIERI, E. y COGO, V., *Indicators of sustainable development for the city and the lagoon of Venice*, F.E.E.M., *Nota di Lavoro* nº. 57-98, 1.998.

RAMÍREZ GIMÉNEZ, M., *La participación política*, editorial Tecnos, Madrid, 1.985.

RASMUSSEN, D. A., *Enforcement in the U.S. Environmental Protection Agency: Balancing the Carrot and the Sticks*, en el *Simposio sobre Integrated Pollution Control*, Northwestern School of Law of Lewis & Clark College, nº. 22, 1.992.

RAT VON SACHVERSTÄNDINGEN FÜR UMWELTFRAGEN, *Report 2.000, Beginning the next Millenium*.

RAZQUIN LIZÁRRAGA, J. A., *La Naturaleza y el Cumplimiento efectivo de los Convenios expropiatorios (a propósito de la Sentencia de la sala 5ª del TS de 16 de marzo de 1.984)*, R.V.A.P., nº. 14, Oñati, 1.986.

REAL HEREDIA, M. E., *Urbanismo paralelo: la figura del convenio urbanístico*, en Estudios territoriales, nº. 32, 1.990.

REBOLLO PUIG, M., *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1.995.

RECCHIA, G., *Osservazioni sui valori costituzionali della tutela ambientale*, en Scritti in onore di Pietro Virga, Tomo II, Giuggè Editore, Milano, 1.994.

REHBINDER, E., *Environmental Agreements. A new instrument of environmental policy*, Jean Monnet Chair Paper N° 97/45, European University Institute, 1.997.

- *Market-based incentives for environmental protection*, en la obra colectiva de REVESZ, R. L., SANDS, P y STEWART, R. B., *Environmental law, the economy, and sustainable development*, Cambridge University Press, Cambridge, 2.000.

RENGELING, H. W., *Auf dem Weg zum Umweltgesetzbuch I. Zur Umsetzung der IVU- und der UVP- Änderungsrichtlinie*, en Schriften zum deutschen und europäischen Umweltrecht, nº. 16, Carl Heymanns Verlag, Colonia, 1.999.

- *Europarechtliche Grundlagen des Kooperationsprinzips*, en la obra colectiva HUBER, P. M., (editor), *Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht*, en Schriften des Hellmuth-Leoning-Zentrums für Staatswissenschaften e. V., Jena, nº. 9, Berlin Verlag Arno Spitz, Berlín, 1.999.

REVISTA DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS, N°. 1, número especial dedicado al "Medio Ambiente y Mercado en España".

REVUE "ANNEE DE L'ENVIRONNEMENT. 1.980", Institut du Droit de la Paix et du Développement, CEDRE, París.

RIETBERGEN, M. y BLOK, K., *The Environmental Performance of Voluntary Agreements on Industrial Energy Efficiency Improvement*, VAIE Project, 1.999.

REVISTA AMBIENTE, *Risparmio energetico. L'accordo di programma MICA-ENEA*, Supplemento al nº. 32 de la, CEEP editore, sección "I documenti", páginas 1-4, julio 1.992.

RIVERO LAMAS, J., *Participación y representación de los trabajadores en la empresa*, en Revista Española de Derecho del Trabajo, Civitas, nº. 84, 1.997.

RIVERO YSERN, E., *El ordenamiento jurídico nuclear y la ordenación y gestión del medio ambiente*, en R.A.P., nº. 83, 1.977.

RIVERO YSERN. J. L., *Manual de Derecho local*, Civitas, 3ª edición, Madrid, 1.997.

ROBECCHI MAJNARDI, A., *Le convenzioni della disciplina dei parchi e nella tutela della natura*, en *Rivista Giuridica dell' Ambiente*, Giuffrè Editore, nº. 2/1.986.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *Los Convenios entre Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1.997.

RODRÍGUEZ MORO, N., *La Expropiación forzosa en la reciente Jurisprudencia del TS*, en *R.A.P.*, nº. 34, 1.961.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Instrumentos jurídicos preventivos y represivos en a protección del medio ambiente*, en *Documentación Administrativa* nº. 190, 1.981.

RODRÍGUEZ RAMOS, M. J., y PÉREZ BORREGO, G., *Participación de trabajadores y empresarios en el Sistema de la Seguridad Social y colaboración en su gestión*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, nº. 101, 2.000.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Medio Ambiente y Administración local*, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº. 188, 2.001.

- *Nuevas claves del Estado del Bienestar (hacia la Sociedad del Bienestar)*, editorial Comares, Granada, 1.999.

ROLLER, G., *Environmental Law Principles in the Jurisprudence of German Administrative Courts*, en *E.L.N.I.* nº. 2, 1.999, Darmstadt.

ROMI, R., *Environnement, Droit de Propriété et Liberté d'Entreprendre*, Les Petites Affiches, nº. 50, du 27 avril de 1.994, edición electrónica.

- *L'Europe et la protection juridique de l'environnement*, ediciones Victoires, 2ª edición.

ROSA MORENO, J., *Respaldo jurisprudencial a la defensa ambiental colectiva*, en *R.E.D.A.*, nº. 8, 1.994.

ROUSSEAU, N., y GABAI, S., *Contrats des collectivités locales et environnement*, en *Environnement & Techniques*, janvier-février, nº. 123, 1.993.

ROWLANDS, I. H., *EU Policy for Ozone Layer Protection*, RSC nº. 98/2, Robert Schuman Centre, European University Institute, 1.998.

RUHL, J. B. *Section 7(a)(1) of the "New" Endangered Species Act: Rediscovering and redefining the untapped Power of Federal Agencies' Duty to Conserve Species*, en *Northwester School of Law of Lewis & Clark College*, nº. 25, 1.995.

RUIZ OJEDA, A. y GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J., *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a su Reglamento de Desarrollo parcial (Doctrina, Jurisprudencia y Concordancias)*, Editorial Civitas, Madrid, 1.996.

RUIZ ROBLEDOS, A., *Sobre la naturaleza jurídica de los convenios entre Comunidades Autónomas*, en MONREAL, A. (editor), *El Estado de las Autonomías*, Tecnos, Madrid, 1.991.

S.R.U., *Abfallwirtschaft. Sondergutachten*, Metzler-Poeschel, Stuttgart, 1.991.

SADELEER, N., *Essai sur la genèse des principes du droit de l'environnement: l'exemple du droit communautaire*, Ministère de l'environnement; Centre d'étude du droit de l'environnement (Belgique), 1.996, pág. 130, accesible en [www.ladocfrancaise.gouv.fr](http://www.ladocfrancaise.gouv.fr) (visitada el 6 de junio de 2.000).

SAINTENY, G., *Politiques environnementales et droit de propriété*, en la obra colectiva *Droits de Propriété et Environnement*, bajo la dirección de FALQUE, M., y MASSENET, M., Éditions Dalloz, París, 1.997.

SÁINZ MORENO, F., *Ejercicio privado de funciones públicas*, en R.A.P., nº. 100-102, enero-diciembre 1.983.

SALA ARQUER, J. M., *Huida al Derecho Privado y Huida del Derecho*, en R.E.D.A., nº. 75, 1.992.

SALAS, J., *El Régimen de acción concertada*, en R.A.P., nº. 56, 1.968.

SALVIA, F., *Ambiente e sviluppo sostenibile*, en *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, Giuffrè Editore, 1.998, nº. 2.

- *Gli Strumenti della Tutela ambientale*, en *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, Giuffrè Editore, 1.993.

SÁNCHEZ AGESTA, L., *Planificación económica y Régimen político*, en R.A.P., nº. 3, 1.950.

SÁNCHEZ BLANCO, A., *La apertura a la negociación con los ciudadanos de los procedimientos en el ámbito económico*, en la obra colectiva SÁNCHEZ MORÓN, M., TRAYTER, M. y SÁNCHEZ BLANCO, Á., *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1.992, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común*, IVAP, Oñati, 1.995.

- *La participación como coadyuvante del Estado social y democrático de derecho*, en R.A.P., nº. 119.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Aspectos ambientales de la modificación de la Ley de Aguas*, en la obra colectiva EMBID IRUJO, A., (director), *La Reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1.999, de 1 de diciembre)*, editorial Civitas, Madrid, 2.000.

- *El principio de participación en la Constitución española*, en R.A.P., nº. 69, 1.979.

- *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos*, en la obra colectiva SÁNCHEZ MORÓN, M., TRAYTER, M. y SÁNCHEZ BLANCO, Á., *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1.992, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común*, IVAP, Oñati, 1.995.

- *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.980. en la obra colectiva dirigida por PREDIERI, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución española de 1.978. Estudio sistemático*.

SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., *La restitutio in pristinum como mecanismo deseable de los daños causados al medio ambiente*, en Revista electrónica "Medio Ambiente y Derecho", nº. 3, noviembre 1.999, accesible en Internet en [www.cica.es/aliens/gimadus](http://www.cica.es/aliens/gimadus).

- *La consagración, por la STC 90/2.000, de 3º de marzo, de la flexibilidad en el desarrollo autonómico de la normativa estatal básica de evaluación de impacto ambiental*, en R.A.A.P., nº. 39, julio-sept. 2.000.

SAND, J., *Changing forms of governance and the role of law- society and its law*, en Arena Working Papers, WP 00/14, 2..001, accesible en Internet en <http://econpapers.hhs.se/paper/erparenax/>.

SANDULLI, A. M., *Diritto Amministrativo*, Napoli, 1.984.

SANI, G., *Ciudadanos y sistema político: participación y cultura política de masas en Italia*, en Revista de Estudios Políticos, nº. 79, 1.993.

SANNA TICCA, E., *Concetto e forme degli interventi a protezione della natura, en L'ambiente e la sua protezione: Atti del Convegno di studi giuridici*, Cagliari, 19-20-21 Aprile 1.989, Giuffrè Editore, Milán, 1.991.

SANTAMARÍA ARINAS, R. J., *Administración Local y gestión de residuos (Tendencias actuales de un servicio público reservado)*, editorial Cedecs, Barcelona, 2.000,

- *Administración Pública y Prevención Ambiental: El Régimen Jurídico de la Producción de Residuos Peligrosos*, IVAP, Colección Tesis doctorales, Bilbao, 1.996.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1.988.

- *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen I, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, tercera edición, Madrid, 2.000.

- *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, Colección Ceura, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. S. A., Madrid, 1.999.

SANTOLAYA MACHETTI, P., *Descentralización y cooperación*, IEAL, Madrid, 1.984.

SANZ PÉREZ, D. C., *La Administración Local y la protección de la atmósfera. La intervención a través de instrumentos de control preventivo*, Cedecs, Barcelona, 1.999.

- *Algunas notas sobre los acuerdos ambientales como instrumentos de gestión ambiental*, en Revista Mensual de Gestión Ambiental, año 1, nº. 12, diciembre 1.999.

SANZ SALLA, C. O., *La gestión de los residuos en la industria cerámica*, Tirant lo Blanch-Generalitat Valenciana-Fundación Universitat Empresa (Universitat Jaume I), Valencia, 2.000.

SAUER, P. (editor), *Voluntary agreements in environmental policy*, Vysoká Škola Ekonomická, Praga, 2.001.

SCARPA, C., *The Theory of Quality Regulation and Self-Regulation: Towards an Application to Financial Markets*, en Environmental Economics, Nota di Lavoro 8.97.

SCHARPF, S. W., *Balancing Positive and Negative Integration: The Regulatory Options for Europe*, Robert Schuman's Centre, policy paper nº. 97/4, Fiesole (Florenca), 1.997.

SCHENK, M., *Altautomobylrecycling. Technisch-ökonomische Zusammenhänge und wirtschaftspolitische Implikationen*, editorial Deutscher Universitäts Verlag, Wiesbaden 1.998.

SCHERER, J., *Regional Perspectives on Trade and Environment: The European Union*, en la obra colectiva de GAO, Z. (coordinador), *Environmental Regulation of Oil and Gas*, Kluwer Law International, London, 1.998.

SCHIMITT, A., *Le Cadre réglementaire et contractuel du Développement de la Cogénération en France*, en BDEI (*Bulletin du droit de l'Environnement industriel*), nº. spécial/97.

SCHIMMT, T., *Les mesures incitatives et fiscales de protection des forêts*.

SCHMIDT-ASSMANN, E., *El Derecho Administrativo General desde una perspectiva europea*, en Justicia Administrativa, nº. 13, octubre de 2.001.

SCHOENBAUM, T. J., y ROSENBERG, R. H., *Environmental Policy Law*, The Foundation Press, Westbury (New York), 1.996.

SCHOENECK, S., *Verpackungsverordnung und Duales System: Ein meilestein auf dem Weg zum Abfallrecht der Zukunft?*, en la obra colectiva CREMER, W. y FISAHN, A., (editores) *Jenseits der markregulierten Selbststeuerung – Perspektiven des Umweltrechts*, en Schriftenreihe des Vereins für Umweltrecht, Rombos Verlag editorial, Berlin, 1.997.

SCHOLL, G., *Instrumente des produktbezogenen Umweltschutzes - Das Beispiel Gerätebatterien*, en IÖW/VÖW Informationsdienst, Vol. 10, nº. 2, 1.995

SEGERSON, K. y MICELI, T. J., *Voluntary Approaches to Environmental Protection: The Role of Legislative Threats*, en la obra colectiva *Voluntary Approaches in Environmental Policy*, editada por CARRARO, C., y LÉVÊQUE, F., Fondazione Eni Enrico Mattei y Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1.999.

SEGERSON, K., *Do Voluntary Approaches Lead to Efficient Environmental Protection?*, CAVA Working Paper nº. 99/10/10, octubre de 1.999.

SEGRE, A. y DANSERO, E., *Politiche per l'Ambiente*, Utet Librería, Torino, 1.996.

SEIDENFELD, M., *Empowering Stakeholders: Limits on Collaboration as the Basis for Flexible Regulation*, en William & Mary Law Review, nº. 41, febrero de 2.000.

SENDER, H., *Modernisierung des Umweltrechts durch ein Umweltgesetzbuch*, en la obra colectiva SCHLAKE, S. (editora), *Neue Konzepte im Umweltrecht. Beschleunigung durch Modernisierung, Effektivierung, Vereinfachung?*, en Schriftenreihe des Vereins für Umweltrecht, Rombos-Verlag, Berlin, 1.996.

SERRANO GÓMEZ, C., *El Etiquetado ecológico*, Ministerio de Obras Públicas, Transportes y medio ambiente, serie monografías, Madrid, 1,995.

SESMA SÁNCHEZ, B., *Las subvenciones públicas*, editorial Lex Nova, Valladolid, 1.998.

SEVENSTER, H. G. y VEDDER, H., *EC Competition Law and the USE of Environmental Agreements*, Paper for the 1.999 Wharton Conference on Environmental Contracts and Regulation.

SIERRA LUDWIG, V., *La Etiqueta ecológica comunitaria y sus Implicaciones*, Boletín Económico ICE, nº. 2.388, 1.993.

SIMONCINI, A., *Ambiente e protezione della natura*, CEDAM, 1.996.

SIMOS, J., *Evaluer l'impact sur l'environnement*, collection META, editorial Lavoisier TEC-DOC, París, 1.990.

SOLSBERY, L., *Towards sustainable Energy*, The OECD Observer-Special Edition on Sustainable Development, June 1.997.

SORIANO GARCÍA, J. E. (dir). Y SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M. M. (coord.), *La reciente jurisprudencia comunitaria comentada, Tomo II*, Marcial Pons, Madrid, 2.001.

SORIANO GARCÍA, J. E., *Desregulación, privatización y Derecho Administrativo*, Publicaciones del real Colegio de España, Bolonia, 1.993.

- *Evolución del Concepto "relación jurídica" en su Aplicación al Derecho Público*, en R.A.P., nº. 90, 1.979.

SOSA WAGNER, F., *Comentario al art. 24 LEF*, en SOSA WAGNER, F. (director), *Expropiación forzosa y Expropiaciones urbanísticas*, Aranzadi editorial, Pamplona, 1.998.

SOSA WAGNER, F., TOLIVAR ARIAS, L., QUINTANA LÓPEZ, T., FUERTES LÓPEZ, M. y SÁNCHEZ MARÍN, R., *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Cedecs, 2ª edición, Barcelona, 1.996.

SOTO KLOSS, E., *La Contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásicas del contrato (a propósito de la distinción contrato administrativo/contrato civil de la Administración)*, en R.A.P., nº. 86, 1.978.

SPAGNUOLO VIGORITA, V., *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962.

SPANTIGATI, F., *Le categorie giuridiche necessarie per lo studio del diritto dell'ambiente*, en Rivista Giuridica dell'Ambiente, Giuffrè Editore, 1.999, nº. 2.

SPENCE, D. B., *Administrative Law and Agency Policy-Making: Rethinking the Positive Theory of Political Control*, en Yale Journal on Regulation, nº. 14, 1.997.

SPENCE, D. B., y GOPALAKRISHNAN, L., *The New Political Economy of Regulation: Looking for Positive Sum Change in a Zero Sum World*, Working paper nº. 990415, University of Texas at Austin.

- *Bargaining Theory and Regulatory Reform: The Political Logic of Inefficient Regulation*, en Vanderbilt Law Review, Volume 53, marzo de 2.000, nº. 2.

- *Voluntary Environmental Agreements: Barriers to Success in the United States*, CAVA Working Paper presentado en Bruselas, en el marco del programa "The Integration of voluntary Agreements into existing legal Systems", celebrado en esta ciudad los días 24 y 25 de febrero de 2.000.

STAVINS, R. N., *Environmental Protection: Visions of Governance for the Twenty-First century*, JFK School of Government, Harvard University and Resources for the Future, 23 de junio de 1.998.

STEENBLIK, R., *When farmers fend for the environment*, The OECD Observer, n.º 203, december 1.996/January 1.997.

STEGER, U., *Evaluierung freiwilliger Branchenvereinbarungen (Kooperationslösungen) im Umweltschutz*, en la obra colectiva B.D.I. (editora), *Freiwillige Kooperationslösungen im Umweltschutz*, BDI, Colonia, 1.992.

- *Umwelt Management. Erfahrungen und Instrumente einer Umweltorientierten Unternehmensstrategie*, editorial Frankfurter Allgemeine-Gabler, Wiesbaden, 1.988.

STEINZOR, R. I., *Reinventing environmental Regulation: the dangerous Journey from Command and Control to Self-Control*, en *Land Use & Environment Law Review*, 1.999.

STENSVAAG, J.-M., *Materials on Environmental Law*, American Casebook Series, editorial West Group, Saint Paul (Minnesota), 1.999.

STEWART, R. B., *Economic incentives for environmental protection*, en la obra colectiva de REVESZ, R. L., SANDS, P y STEWART, R. B., *Environmental law, the economy, and sustainable development*, Cambridge University Press, Cambridge, 2.000.

STIRN, B., *La Légalité des Conventions conclues entre le Département et des Organismes privés en Vue de la Lutte contre les Maladies mentales*, Conclusions sur Conseil d'État, 17 mars 1.989, Syndicat des Psychiatres françaises et autres, RFD. adm. 7 (2), mars-avr. 1.991.

STOREY, M., BOYD, G, y DOWD, J., *Voluntary Agreements with Industry*, en la obra colectiva *Voluntary Approaches in Environmental Policy*, editada por CARRARO, C., y LÉVÊQUE, F., Fondazione Eni Enrico Mattei y Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1.999.

STRONZIK, M., *Die Verpflichtungen aus dem Kyoto-Protokoll vor dem Hintergrund vorliegender Emissionsprojektionen*, en la obra colectiva de BROCKMANN, K. L., BÖHRINGEN, C. y STRONZIK, M., *Flexible Instrumente in der deutschen Klimapolitik. Chancen und Risiken*, Dokumentation Nr. 00-12, Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung GmbH (Z.E.W.), 2.000.

SUBIRATS, J., *Los estilos en políticas públicas y ambientales*, en AGUILAR, S, FONT, N. Y SUBIRATS, J., (editores), *Política ambiental en España. Subsidiariedad y desarrollo sostenible*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.999.

SUCK, A., *Chances and Limits of Environmental Agreements in Waste Management Policy in Germany*, CAVA Working Paper, n.º. 2.000/2/17, febrero 2.000.

- *Möglichkeiten und Grenzen "freiwilliger Selbstverpflichtungen" der Industrie im Umweltschutz – Eine komparative Fallanalyse*, Diplomarbeit, Constanza, 1.999.

SÜNDERHAUF, H., *Mediation bei der aussergerichtlichen Lösung von Umweltkonflikten in Deutschland*, Rombos-Verlag, Berlin.

SUSSKIND, L. E., y SECUNDA, J., "Improving" Project XL: Helping Management to Work within EPA, en *UCLA Journal of Environmental Law & Policy*, nº. 17, 1.998/1.999.

SUSSKIND, L., LEVY, P. F., y THOMAS-LARMER, J., *Negotiating Environmental Agreements*, Island Press, Washington, 2.000.

SUURLAND, J., *Voluntary Agreements with industry: the case of Dutch covenants*, *European Environment*, 1.994, 3-7.

TAJADURA TEJADA, J., *El principio de cooperación en el Estado autonómico*, editorial Comares, 2ª edición, Granada, 2.000.

TAMET, M., *La Place de la Concertation dans le droit de l'environnement: l'exemple d'EPI-DOR et de la Charte Vallee Dordogne*, Mémoire DEA, sept. 1.998, Université de Limoges.

TAYLOR, C., *Why Mother Nature should love Cyberspace*, en *Time*, nº. abril-mayo, Special Edition for the Earth Day, 2.000.

TERHART, K., *Die Befolgung vom Umweltschutz- auflagen als betriebswirtschaftliches Entscheidungsproblem*, en *Schriften zur wirtschaftswissenschaftlichen Analyse des Rechts*, nº. 1, editorial Duncker & Humboldt, Berlin, 1.986.

TEUBNER, G., *Elementos materiales y reflexivos en el Derecho moderno*, en BOURDIEU, P. y TEUBNER, G., *La Fuerza del Derecho*, Biblioteca Universitaria (Ciencias Sociales y Humanidades), 2.000.

TOMERIUS, S., *Informelle Projektabsprachen im Umweltrecht. Möglichkeiten und Grenzen im kooperativen Normenvollzug aus verfassungsrechtlicher Sicht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1.995.

TORNOS MÁ, *Actuaciones relativas a la contratación: pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, perfección y formalización de los contratos, prerrogativas de la Administración*, en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1.996.

- *El arbitraje en el Derecho Administrativo: posibilidad de esta figura jurídica*, Tribunal Arbitral de Barcelona, Butlletí nº. 6, 1.995.

- *La simplificación procedimental en el ordenamiento español*, en R.A.P., nº. 151, enero-abril de 2.000.

TORRES, E., *Contrats et Conventions de Developpement patrimonial: la regulation locale des rapports environnement-economie*, en *Revue d'Économie Régionale et Urbaine* nº. 1, 1.995.

TORVANGER, A. Y SKODVIN, T., *Implementing the Kyoto Protocol. The role of environmental Agreements*, CICERO 1.999:4 Report, Oslo, 1.999.

TRIMARCHI, M. V., *Enciclopedia del Diritto*, Tomo IX, Voce "Acordo", Giuffrè Editore, Calasso, F. (editor), Milano, 1.958-1.995.

TUBIANA, L., *Environnement et Développement. L'enjeu pour la France. Rapport au Premier Ministre*, abril 2.000, págs. 87 y 88, accesible en [www.ladocfrancaise.gouv.fr](http://www.ladocfrancaise.gouv.fr).

UMWELTBUNDESAMT (BROCKMANN, K. L., DEIMANN, S. y WALLAU, F.), *Evaluierung von Finanzierungsmodellen zur Durchführung der kostenlosen Rückgabe von Altfahrzeugen*, Texte 42/00, Berlin.

UMWELTBUNDESAMT, *Daten zur Umwelt. Der Zustand der Umwelt in Deutschland*. Ausgabe, editorial Erich Schmidt Verlag, Berlin, 1.997.

V.C.I., *Position des VCI zu Selbstverpflichtungen als Instrument der Umweltpolitik*, de 13 de mayo de 1.998.

VADRI i FORTUNI, M. T., *Los principios generales de distribución de competencias en el sistema francés de protección del medio ambiente. La "Loi n.º 95-101, de 2 de febrero de 1.995, relativa al reforzamiento de la protección del medio ambiente*, en R. A. P., n.º 140, mayo-agosto de 1.996.

VALENCIA MARTÍN, G., *La legislación catalana sobre intervención integral de la administración ambiental*, III Congreso Nacional de Derecho Ambiental, Fundación Biodiversidad-Ministerio de Medio Ambiente, Barcelona, 2.000.

VALERIAN, F., *Négocié au lieu de contraindre: la nouvelle protection de l'environnement en Picardie*, Annales des Mines, juillet-août 1.992.

VALERIO, E., *La legislación europea del medio ambiente: su aplicación en España*, Colex, Madrid, 1.991.

VALLE, L., *Il Dibattito sul Negozio giuridico in Italia*, en *Contratto e Impresa*, n.º 2, año 9, Cedam, Padova, 1.993.

VAN CALSTER, G. y DEKETELAERE, K., *EU Environmental Policy and Voluntary Agreements: Changers or Shambles?*, Wharton Conference on Environmental contracts and regulatory innovation, septiembre de 1.999, draft version.

VANDERBERGH, R., *Economic criteria for applying the subsidiarity principle*, en la obra colectiva de REVESZ, R. L., SANDS, P y STEWART, R. B., *Environmental law, the economy, and sustainable development*, Cambridge University Press, Cambridge, 2.000.

VAN DUNNÉ, J. M., *Legal Issues arising from the Rhine Contracts*, en *Environmental Contracts and Covenants: New Instruments for a realistic Environmental Policy?*, VAN DUNNÉ, J. M. (editor), Proceedings of an international conference held in Rotterdam, Vermande, Lelystad, 1.993.

VANDERBERGH, M. P., *An Alternative to Ready, Fire, Aim: A New Framework to Link Environmental Targets in Environmental Law*, en *Kentucky Law Journal*, nº. 85, 1.996.

VASSEUR, M., *Un nouvel Essor du Concept contractuel (Les Aspects juridiques de l'Économie concertée et contractuelle)*, Editions Sirey, París, 1.964.

VEDDER, H., *Voluntary Agreements and Competition Law*, CAVA, Milán, 2.000.

VEDEL, *Droit administratif*, 3ª ed., Presses Universitaires de France, París, 1.964.

VERA JURADO, D. J., *La disciplina ambiental de las actividades industriales. Autorizaciones y sanciones administrativas en materia de medio ambiente*, editorial Tecnos, Madrid, 1.994.

VETTORI, G., *Accordi "amministrativi" e contratto*, en *Contratto e Impresa*, nº. 2, año 9, CEDAM, Padova, 1.993.

VIARDOT, E., *L'Environnement dans l'Entreprise*, Éditions L'Harmattan, *Collection Environnement*, París, 1.997.

VIGNUDELLI, A., *Mezzi di comunicazione e tutela dell'ambiente*, en *L'ambiente e la sua protezione: Atti del Convegno di studi giuridici*, Cagliari, 19-20-21 Aprile 1.989, Giuffrè Editore, Milán, 1.991.

VILLAR PALASÍ, J. L., *Derecho Administrativo*, Universidad de Madrid, 1.968.

- *La intervención administrativa en la industria*, Tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1.964.

- *La Traslación del "Justum Pretium" a la esfera de la expropiación forzosa*, en R.A.P., nº. 43, 1.964.

- J. L., *Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político*, en R.A.P., nº. 14, 1.954.

VILLORIA MENDIETA, M., *La modernización de la Administración como instrumento al servicio de la democracia*, INAP-BOE, Madrid, 1.996.

VODOZ, L., *La prise de décision par consensus: pourquoi, comment, à quelles conditions*, en *Les contrats de rivière*, número 13 de *Environnement et Société*, monográfico sobre la materia, Arlon, 1.994.

VOGEL, G. M., *An Examination of Two of the New York State's Brownfields Remediation Initiatives: Title V of the 1.996 Bond Act and the Voluntary Remediation Program*, en *Pace Environmental Law Review*, nº. 17, invierno 1.999.

VON FLOTOW, P. y SCHMIDT, J., *Evaluation von Selbstverpflichtungen der Verbände der Chemischen Industrie*, Institut für Umweltmanagement GMBH, Oestrich-Winkel, 2.001.

WÄGENBAUR, R., *Les nouveaux instruments de la politique communautaire de l'environnement. Alternatives à l'approche réglementaire*, en la obra colectiva *Le Droit communautaire de l'Environnement*, Editorial La Documentation Française, París, 1.998.

WAHL, R. y APPEL, I., *Von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung*, en la obra colectiva WAHL, R. (editor), *Prävention und Vorsorge*, Economica Verlag, Berlin, 1.999.

WÄTZOLD, F. y BÜLTMANN, A., *The Implementation of EMAS in Europe: A case of competition between standards for environmental management systems*, UFZ-Bericht 16/2.000, Umweltforschungszentrum, Leipzig, 2.000.

WHISTON, T. y GLACHANT, M., *Voluntary agreements between industry and government –the case of recycling regulations*, en *Environmental Policy in Europe. Industry, Competition and the Policy Process*, editado por LÉVÊQUE, F., Edward Elgar, Cheltenham-Brookfield, 1.996.

WILKINS, T. A., y HUNT, T. E., *Agency Discretion and Advances in regulatory Theory: Flexible Agency Approaches Toward the regulated Community as a Model for the Congress-Agency Relationship*, en *George Washington Law Review*, nº. 63, 1.995.

WINTER, G., *Das umweltbewusste Unternehmen*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oscar Beck), München, 1.987.

WOLFF, H., BACHOF, O., STOBER, R., *Verwaltungsrecht*, Vol I, Beck, München.

XIMÉNEZ DE EMBÚN RAMONELL, J. y ZULUETA TABOADA, A., *Sistemas de Gestión Medioambiental*, editorial Colex, 1ª edición, Madrid, 2.001.

ZIEGLER, A. R., *Trade and environmental Law in the European Community*, Oxford University Press, Oxford, 1.996.

ZIMMERMANN, H. Y HANSJÜRGENS, B., *Zertifikate im Instrumentvergleich aus Ordnungspolitischer Sicht*, en la obra colectiva BONUS, H. (editor), *Umweltzertifikate. Der steinige Weg zur Marktwirtschaft*, editorial Analítica Verlag, Berlin.

90e CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE, *Protection de l'Environnement. De la Contrainte au Contrat, Tome I*, Nantes, du 8 au 11 mai 1.994.

[www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica](http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica)

