

COMPETENCIA Y MEDIO AMBIENTE

Andrés BETANCOR

Director Master en Política y Gestión
Medioambiental. Universidad Carlos III
de Madrid

Este trabajo consta de dos partes. En la primera analizaremos la relación que se establece entre la competencia y el medio ambiente, o para ser más exactos, entre la libre competencia y la protección ambiental. En la segunda analizaremos la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la que se resuelve la controversia jurídica surgida entre las libertades económicas, tanto la libre circulación de mercancías como la libre competencia entre empresas en el seno del mercado interior, y las exigencias de la protección ambiental. La finalidad de la primera parte es exponer el marco institucional en el que el conflicto entre competencia y medio ambiente se inserta, en particular, la necesidad de reconsiderar la protección ambiental como una mera externalidad y proponer su consideración como internalidad del sistema social y, en particular, del sistema económico. La finalidad de la segunda parte es ilustrar el conflicto ya en el plano jurídico entre la competencia y el medio ambiente y poner de manifiesto las circunstancias en que, a juicio del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, debe primar la protección ambiental sobre las libertades económicas.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de competencia utilizamos, usualmente, el adjetivo, libre, mientras que cuando hablamos de medio ambiente, utilizamos el sustantivo protección. Así hablamos de la libre competencia y de la protección del medio ambiente. Ahora bien, mientras que el término libre es un adjetivo que, en tanto que tal, califica al sustantivo competencia, o sea, es una cualidad o característica ínsita de la competencia, la protección no lo es. No lo es porque se trata de una actividad que tiene por finalidad amparar, favorecer, defender o resguardar una cosa de un perjuicio o peligro. El medio ambiente es «algo» que está en peligro por

lo que debe ser resguardado. La protección no es una característica ínsita o propia del medio ambiente. Es una característica añadida como consecuencia de que está en una situación que hace temer la inminencia de que sufra un mal.

El uso de las palabras es ciertamente ilustrativo, en particular en el ámbito de las ciencias sociales. T. Malthus (1827) había afirmado que «la primera y más importante de las reglas que deben orientar a los investigadores en el empleo de los términos (en las ciencias morales y políticas, donde éstos penetran en el lenguaje habitual en mayor medida que en las ciencias naturales) es que hay que aplicarse a definirlos de manera que conserven el sentido que se les atribuye en el lenguaje ordinario». Porque el lenguaje ordinario tiene la virtud de enfatizar un aspecto de la sustancia de las palabras que, por de pronto, es el más relevante en la consideración social.

El medio ambiente está en peligro. Tanto los científicos como la opinión pública coinciden en esta afirmación. Esta misma coincidencia se produce respecto de que son las actividades humanas las que más contribuyen al deterioro del ambiente y dentro de estas actividades, las económicas son las más importantes en producir este resultado. ¿Por qué las actividades económicas ponen en peligro el medio ambiente? Porque, en primer lugar, todas las actividades económicas, directa o indirectamente, extraen energía del sistema ambiental mediante el consumo o utilización de los recursos naturales. En segundo lugar, porque el sistema ambiental no puede regenerar la mayor parte de los recursos consumidos (o su período de regeneración es tan dilatado en el tiempo que supone millones de años); son recursos no renovables. En tercer y último lugar, porque el consumo genera residuos que son devueltos al sistema ambiental.

Sin embargo, el consumo de los recursos y la producción de residuos se vuelven ambientalmente peligrosos cuando la calidad y la cantidad tanto del consumo de los recursos como de los residuos generados superan la capacidad del sistema ambiental bien porque los recursos consumidos no pueden ser sustituidos con la misma rapidez con la que son consumidos o bien porque los residuos producidos no pueden ser asimilados, provocando en ambos casos el progresivo colapso del sistema ambiental.

Ahora bien, este colapso no obedece tanto a razones físicas como a ideológicas. Porque es una ideología —estudiada por J. M. Naredo (1992 y 1996)— la que explica y justifica este estado de las cosas, en particular, el modo de producir. Esta ideología es la de la «mercolatría» (Naredo, 1992: 21) sostenida por la economía académica (*Idem*: 29) para quien el mercado es la «panacea capaz de resolver todos los males» (*Idem*: 28). Además, esta ideología concibe los recursos naturales como ilimitados (o limitados pero sustituibles por la técnica); tan ilimitados como lo es la capacidad del sistema para asimilar los residuos producidos. «De esta manera, hoy vivimos la paradoja de presenciar la culminación de esa ola de fervorosa mercolatría a la vez que la fuerza de los

hechos corrobora que no puede abandonar de forma duradera la economía a los caprichos de la “mano invisible” “sin aniquilar la sustancia humana y la naturaleza de la sociedad, sin destruir al hombre y sin transformar su ecosistema en un desierto” (Polanyi)» (Naredo, 1992: 21).

Así pues, evitar el colapso del sistema ambiental (y por lo tanto, protegerlo) pasa por cambiar la ideología que ha servido de soporte justificador y explicativo del modo de producción y su sustitución por otra más acorde con el objetivo perseguido: producir en «paz con el planeta» (Commoner, 1992).

El cambio propuesto tiene tres dimensiones. La primera dimensión es la relativa al objetivo estratégico o final a perseguir: el desarrollo sostenible. La segunda dimensión es la relativa al objetivo intermedio que debe perseguirse para que aquel primero pueda hacerse realidad: la integración de las exigencias de la protección ambiental en todas las políticas y acciones de todos los sujetos, lo que podemos denominar como la internalización de la protección ambiental en todos los ámbitos de la vida social. La tercera y última dimensión es la relativa a los instrumentos que deben utilizarse para alcanzar los objetivos expuestos: pueden y deben utilizarse todos los instrumentos que sean necesarios (con independencia de cual sea la naturaleza) para alcanzar tanto los objetivos intermedios como los estratégicos. Porque los objetivos expuestos no establecen ni una exclusión ni una prioridad en favor de unos instrumentos en detrimento de otros. Pueden y deben utilizarse tanto los tradicionales instrumentos jurídicos de ordenación, control y sanción como los más novedosos de naturaleza económica o de mercado. Estos últimos tienen por finalidad «perfeccionar» el mercado a través de lo que podemos denominar la corrección de la externalidad que supone el medio ambiente, sin necesidad de acudir a la intervención del Estado. En cambio, los instrumentos jurídicos representan el control del Estado sobre el mercado (y, por consiguiente) sobre la libre competencia para alcanzar en última instancia el objetivo estratégico de la sostenibilidad. La elección de uno u otro debe obedecer a razones estrictamente de eficacia. Ahora bien, no se pueden desconocer los problemas que plantean unos u otros instrumentos. En el caso, de los económicos su consideración del medio ambiente como externalidad. Y en el caso de los instrumentos jurídicos el control o el intervencionismo del Estado por el problema del denominado «fallo del Estado». A todas estas cuestiones nos referiremos brevemente a continuación.

II. EL OBJETIVO ESTRATÉGICO PERSEGUIDO: LA SOSTENIBILIDAD DEL DESARROLLO

Por desarrollo sostenible se entiende —según la clásica definición formulada por la Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo en su famoso informe conocido como Informe Brundtland en honor a

su Presidenta— aquel que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Este enfoque encierra dos conceptos fundamentales: *a)* el de necesidades, en particular, las esenciales de los pobres, a los que se debería otorgar prioridad preponderante; *b)* La idea de las limitaciones que imponen los recursos del medio ambiente, el estado actual de la tecnología y de la organización social y la capacidad de la biosfera de absorber los efectos de las actividades humanas (CMMAD, 1987: 19).

La Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo de 1992 formulada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en aquella ciudad americana oficializa el desarrollo sostenible como directriz y objetivo de los Estados para asegurar la integridad del sistema ambiental pero sin poner en cuestión el desarrollo mundial para proveer la satisfacción de las necesidades, así como las aspiraciones a más altas cotas de bienestar de todos los seres humanos, en particular, los pobres.

En el ámbito comunitario europeo la sostenibilidad alcanza su consagración en el Quinto Programa comunitario europeo: «Hacia un desarrollo sostenible. Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible» de 1 de febrero de 1993¹. En este programa se afirma que «el objetivo es alcanzar el equilibrio entre la actividad y el desarrollo de los seres humanos y la protección del medio ambiente.» El concepto de desarrollo sostenible expresa este equilibrio porque supone una «política y estrategia de desarrollo económico y social continuo que no [va] en detrimento del medio ambiente, ni de los recursos naturales de cuya calidad dependen la continuidad de la actividad y desarrollo de los seres humanos». A tal fin, en el Quinto Programa se enumeran, por un lado, los principios generales que deben servir de criterios orientadores de dicha política y estrategia (principio de protección: «debe protegerse el equilibrio general y el valor de la reserva de capital natural»; de evaluación de costes y beneficios: «se precisan criterios e instrumentos de evaluación de los costes y beneficios a corto, medio y largo plazo para reflejar los auténticos efectos socioeconómicos y los valores de consumo y conservación»; y de distribución y consumo equitativos: «los recursos deben distribuirse y consumirse con justicia en todas las naciones y regiones del mundo») y, por otro lado, establece los requisitos para que el desarrollo sea sostenible (las reservas de materias primas deben gestionarse de forma que se facilitara o fomentara su reutilización y reciclado; la producción y consumo de energía deberían racionalizarse; y, por último, deberían cambiar las pautas de comportamiento y consumo de la sociedad en sí).

¹ Este programa fue aprobado por Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas y los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 1 de febrero de 1993.

Posteriormente, la sostenibilidad alcanzará la consagración constitucional en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea por obra primero del Tratado de Maastricht y después por el Tratado de Amsterdam. El primero modifica el artículo 2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea para introducir el principio de la sostenibilidad cuando dispone que el crecimiento que la Comunidad debe promover debe ser sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente. Sin embargo, la nueva redacción del precepto dada por el Tratado de Amsterdam es más categórica e incluso reiterativa. El artículo 2 queda redactado en los siguientes términos: «La Comunidad tendrá por misión promover... un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad..., un crecimiento sostenible y no inflacionista..., un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente...».

III. LA INTERNALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN TODAS LAS POLÍTICAS

El nuevo artículo 6 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea —incluido por obra del Tratado de Amsterdam— marca el inicio de una nueva fase al disponer que «las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible».

Se inicia así una tercera fase en la protección ambiental. La primera era la que la asociaba a la protección de la salud humana, la segunda a la protección de los recursos naturales y la tercera es la de la integración de la protección en todas las políticas porque todas las actividades humanas a las que se refieren tienen una incidencia mayor o menor sobre el entorno, por lo que tanto las políticas como las actividades deben contribuir a alcanzar un «alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente». Ahora bien, esta integración sólo puede producirse como consecuencia de la identificación de un objetivo que sintetiza tanto la lógica y lícita aspiración al progreso, el bienestar y la calidad de vida como la pretensión lógica y lícita de la protección y mejora del ambiente. Este objetivo es, como hemos indicado, el del desarrollo sostenible.

A la vista de este estado de opinión y consagración normativa, no puede extrañarnos que la Comunicación de la Comisión que lleva por título «Visión global de la política de la energía» [COM (97) 167] se refiera al desarrollo sostenible en el ámbito de la energía. Es sabido que la producción y el consumo de la energía contribuyen de manera importante al calentamiento del planeta por los gases que generan directa o indirectamente. Por lo tanto, una gestión eficiente de la energía tiene unos efectos importantes respecto de la conservación del ambiente. Sin em-

bargo, al mismo tiempo, el uso de la energía es un componente esencial en nuestro modelo de crecimiento económico, y, más generalmente, de nuestro modo de vida. Por estas razones se plantea con particular énfasis la necesidad de compatibilizar o integrar, por un lado, la gestión eficiente de la energía para conservar el ambiente y, por otro lado, la disponibilidad de las fuentes de energía para que podamos vivir y producir. Esta síntesis se produce alrededor de la sostenibilidad.

En la Comunicación citada se expone que uno de los desafíos estratégicos del sector de la energía en la Comunidad es el de la «compatibilidad de los objetivos energéticos y medioambientales para un desarrollo sostenible». Es más, el objetivo de la Comunidad en este ámbito ha dejado de ser exclusivamente el de la «protección ambiental». Ahora es el del «desarrollo sostenible en el sector energético». Esto obedece a que «sólo puede lograrse un progreso económico y social sostenible si todas las políticas, y, en primer lugar, la energética hacen suyas las preocupaciones medioambientales». Al efecto de alcanzar este objetivo, la Comisión Europea se refiere, en primer lugar, a la necesidad de compatibilizar los objetivos energéticos y medioambientales, en segundo lugar, al fomento del uso racional y eficaz de los recursos energéticos y en tercer y último lugar, al fomento de fuentes de energía nuevas y renovables.

Ahora bien, ¿cómo compatibilizar los objetivos energéticos y medioambientales?, ¿cómo fomentar el uso racional y eficaz de los recursos energéticos?, y, por último, ¿cómo fomentar las fuentes de energía nuevas y renovables? Estas preguntas nos sitúan en el terreno de los instrumentos. Estos instrumentos pueden ser de dos clases o tipos, los de naturaleza jurídica y los de índole económica o de mercado.

IV. LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS DE PROTECCIÓN: EL MEDIO AMBIENTE COMO BIEN JURÍDICO QUE SIRVE DE BASAMENTO DEL ORDEN ECONÓMICO (INTERNALIDAD) Y COMO EXTERNALIDAD ECONÓMICA

La clasificación convencional de los instrumentos de protección ambiental es la que distingue entre los denominados instrumentos jurídicos y los económicos o de mercado. Esta clasificación es, como todas o casi todas, puramente convencional porque estos últimos instrumentos son tan jurídicos como aquéllos desde el momento en que están consagrados y regulados por normas jurídicas. Ahora bien, es cierto que existen muchas diferencias entre proteger el medio ambiente mediante, por ejemplo, la aprobación de un reglamento, que alcanzar el objetivo indicado mediante la imposición de un impuesto o la creación de un mercado de licencias ambientales. La diferencia fundamental radica en que los instrumentos jurídicos se basan en la intervención del Estado para ordenar, controlar o,

por último, sancionar las conductas. En cambio, los instrumentos basados en el mercado pretenden, más que imponer, crear incentivos para que la conducta de los sujetos se dirija a alcanzar el objetivo considerado como de interés general. Es más, las propuestas más radicales, defienden la conveniencia de que la intervención del Estado se reduzca al máximo porque, al igual que el medio ambiente es una externalidad del mercado (por lo tanto, un fallo del mercado), el Estado puede funcionar —y para algunos con excesiva frecuencia— de manera ineficiente dando lugar también a un fallo, el llamado fallo del Estado. Por esta razón, son partidarios de la autorregulación de los agentes del mercado; que éstos negocien y compongan un resultado mutuamente satisfactorio como se produce todos los días millones de veces en el seno de los mercados. Ahora bien, para conseguir estos resultados, estos instrumentos requieren convertir los recursos naturales en bienes apropiables, valorables e intercambiables para que el mercado opere eficientemente, o sea, internalizar lo que para el mercado no es más que una externalidad.

La elección parece reducirse a instrumentos jurídicos-fallo del Estado e instrumentos económicos-fallo del mercado. Sin embargo, se argumenta que mientras que los instrumentos jurídicos conducen al fallo del Estado, los instrumentos económicos tienen por finalidad corregirlos para que el mercado se perfeccione y, por lo tanto, opere eficientemente. Es más, se añade que el Derecho y el Estado deben neutralizarse respecto del mercado para colocarse a su servicio. Ahora bien, quienes sostienen estas propuestas no tienen en cuenta que los instrumentos jurídicos son instrumentos políticos y que su legitimidad democrática radica precisamente en esta misma característica. Por lo tanto, la elección entre fallo del mercado y fallo del Estado no es una elección políticamente neutra porque las instituciones que supuestamente fallan no son comparables.

1. LA POLITICIDAD DEL DERECHO CONDUCE A QUE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL SEA CONSIDERADA COMO *SOCIAL REGULATION* Y NO COMO *ECONOMIC REGULATION*

Un sector importante de los economistas reconocen a partir, fundamentalmente de Coase, que el Derecho (y el Estado) es esencial para el mercado pero que no es aconsejable que lo «manipule». Coase ha afirmado que «uno de los cometidos del sistema legal es establecer esa clara delimitación de derechos por la que puede tener lugar la transferencia y transformación de los mismos a través del mercado» (Coase, 1994: 104). En efecto, «la delimitación de los derechos es un requisito previo esencial a las transacciones de mercado; pero el resultado último (aquel que hace máximo el valor de la producción) es independiente de la decisión legal» (Coase, 1994: 105-106). Este resultado debe obtenerse a través del mercado, no fruto de decisiones gubernamentales, tanto es así que Coase sostiene que «antes de decidirse por normativas especiales, se

debería tolerar un mercado con funcionamiento deficiente, no a la inversa, lo cual no quiere decir que no deba existir una regulación de ese tipo» (Coase, 1994: 108); aunque regulación excepcional, pues debe limitarse a establecer límites, por ejemplo, a posibles daños que pudieran derivarse del uso de un determinado equipo (por ejemplo, un equipo médico que puede producir interferencias en las emisiones de radio).

El razonamiento expuesto pone de manifiesto la base política e ideológica que lo sostiene. Además, permite sostener justo lo contrario. Si en última instancia todo se reduce a «admitir» una u otra ineficiencia: la del mercado o la del Estado, existen razones más que suficientes para ser más «tolerante» con las ineficiencias del Estado y del Derecho que con las del mercado. Por una razón fundamental: la legitimidad democrática del Estado y del Derecho, de la que carece obviamente el mercado. Esta misma legitimidad es la que hace posible lo que Reich denomina como el doble carácter y la doble instrumentalidad del Derecho. Porque el Derecho, por un lado «organiza los procesos que discurren conforme a las reglas de una economía de mercado, poniendo a su disposición normas e instituciones (en especial, el contrato, la propiedad privada, el derecho de la propiedad industrial, etc.) y, por otro, se convierte en un instrumento del Estado para ejercer su influencia en dichos procesos y, al mismo tiempo, obtener la consecución de determinados objetivos de política social» (Reich, 1985: 61).

Por lo tanto, el Derecho no sólo no es neutral sino que debe estar al servicio de objetivos e intereses ajenos al mercado como los de política económica o social. Esto conduce a la «politización de los procesos de mercado y de las instituciones jurídicas que los regulan» (Wiethölter, 1968: 249).

La politicidad del Derecho es una de las características más importantes del Derecho como ha subrayado C. S. Nino (1994), tanto es así que la pretendida despolitización del mismo lo conduce a perder legitimidad democrática (Nino, 1994: 15). En todo caso, existe una relación intensa entre Derecho y política que se pone de manifiesto tanto en el momento de adoptar la acción jurídica (*Idem*: 137 y 147) como en el momento en que las acciones jurídicas son acatadas o cumplidas (*Idem*: 148). Esta es una realidad que no puede ser negada ni por los más furibundos defensores de la supuesta neutralidad del Derecho. Y no puede ser negada porque no es posible constitucionalmente la existencia de un Derecho sin Estado. Establecida esta conexión, el Derecho se «contagia» de la raíz política que caracteriza a nuestros Estados democráticos. Para salvar este «obstáculo» se han defendido a los entes reguladores neutrales para que elaboren y aplique ese Derecho a-estatal y por lo tanto, a-político. Sin embargo, son evidentes los problemas jurídico-constitucionales que plantean estos entes precisamente por la pretensión de romper la conexión indicada (Betancor Rodríguez, 1994).

La politicidad del Derecho conduce a que la protección ambiental deba ser concebida, como sostienen algunos autores (Jones & Tybout,

1986: 32; Harper, 1996: 607; Tomain & Shapiro, 1997: 407), como una *social regulation* y no una *economic regulation*. Esto es debido —en palabras de Harper (*idem*: 607)— a que *the motivation for environmental regulation was not to correct the artificially low prices resulting from uncaptured externalities, but to redress environmental harms that were perhaps incident to any market flaws*. La sociedad considera —en palabras de Jones & Tybout (*idem*: 32)— que tener un ambiente limpio es un «criteria of [its] own, independent of costs». Ahora bien, esta afirmación por su misma radicalidad debe ser convenientemente matizada. La regulación ambiental debe estar sometida a una evaluación o análisis de costes y beneficios. Ciertamente, la sociedad está dispuesta a pagar más o soportar mayores costes cuando se trata de la protección ambiental porque entiende que está en juego la salud, la protección de la vida de los seres humanos. Sin embargo, la sociedad no está dispuesta a soportar mayores costes cuando el beneficio a obtener no es comparativamente mayor que el beneficio obtenido soportando un menor costo. Por esta razón está haciendo fortuna en los Estados Unidos el *risk assesment*. La pregunta pasa a ser la siguiente: ¿cuál es el grado de riesgo razonable que debemos y podemos soportar? y correlativamente ¿cuál es el grado de protección que estamos dispuestos a soportar y por lo tanto, abonar? Tanto es así que se ha llegado a afirmar que *rules that have a reasonable chance of surviving the inevitable political and legal attachks and that are capable to a tolerant degree of effective implementation in the real world* (McGarity, 1991: 4). Este nuevo posibilismo que preside la regulación ambiental es la muestra más elocuente de la dificultad de establecer con certeza cuál es el nivel razonable de lo permitido/prohibido. Además de la muestra igualmente manifiesta de que los métodos tradicionales de regulación son ineficientes para alcanzar el objetivo deseado de protección (Harper, 1996: 610-612). Ahora bien, la alternativa a la regulación tradicional son los instrumentos basados en el mercado también encierra importantes problemas.

Los problemas que surgen con relación a los instrumentos de mercado (y para el mercado puesto que pretenden perfeccionarlo en lugar de sustituirlo) radican en la ideología que los sostiene. Esta ideología es la de la «mercolatría» (Naredo, 1992: 21) apoyada por la economía académica (*Idem*: 29) que «se afana... en extender la vara de medir del dinero sobre éste o aquel elemento del «medio ambiente» que se presupone azaroso y desordenado, para someterlo a su lógica decisional del coste-beneficio. Se trata de implantar la propiedad y el mercado sobre los bienes «medioambientales» en litigio, o bien de simular dicho mercado mediante la imputación de valores teóricos a dichos bienes a partir del cálculo de «costes de oportunidad», «precios sobra», «valores de contingencia»... que sirvan de guía para la gestión» (*Idem*: 29). Esto obedece a la pretensión irrealizable de que es posible establecer una correspondencia exacta entre el mundo de lo económico y el mundo de lo ecológico para lo que los recursos naturales deben convertirse (o simularse

que se convierten) en bienes apropiables que pueden ser objeto de valoración y de intercambio. Es una pretensión imposible no sólo porque no es posible la valoración económica de los recursos naturales y, más generalmente, del medio ambiente salvo acudiendo a «obligada parcialidad y arbitrariedad de tales valoraciones» (Naredo, 1996: 266), sino porque «aunque éste [mundo económico] llegara a abarcar todo su medio ambiente, aunque se pudieran valorar todos los bienes libres o internalizar todas las externalidades, no por ello se iba a solucionar el principal problema que para la gestión de recursos se deriva de la crisis medioambiental: el problema de la supervivencia de la especie humana» (Naredo, 1996: 275). «La profunda asimetría existente entre el equilibrio ecológico y el equilibrio económico persistirá mientras éste se siga planteando sobre el comportamiento depredador apoyado en unas instituciones estatales o empresariales que tratan de maximizar a corto plazo la producción de valores pecuniarios» (*Idem*: 275).

La raíz última de la falta de asimetría a la que se refiere Naredo radica en que la ideología de la mercolatría concibe al medio ambiente como «externalidad».

2. MEDIO AMBIENTE Y MERCADO: EL MEDIO AMBIENTE COMO BIEN JURÍDICO QUE SIRVE DE BASAMENTO DEL ORDEN ECONÓMICO (INTERNALIDAD) Y COMO EXTERNALIDAD ECONÓMICA

A) *El medio ambiente como externalidad: la «visión micro» del medio ambiente*

Según la opinión común entre los economistas, el medio ambiente es una externalidad del mercado y, por lo tanto, uno de sus fallos. Ciertamente existen varias externalidades pero la «externalidad ambiental» es, sin lugar a dudas, la más importante (Costas & Bel, 1995: 37). Es uno de sus fallos «[por]que provoca la divergencia entre beneficios (o costes) privados y sociales»... [su existencia] es un reflejo de la presencia de mercados «incompletos» (Greenwald & Stiglitz, 1986).

Esta calificación conduce a la búsqueda de una solución: si los recursos naturales son una externalidad del mercado y, por lo tanto, uno de sus fallos, es necesario corregirlo para que el mercado gane en eficiencia. Así pues, el problema pasa a ser el cómo corregir ese fallo. Pues bien, el mercado se corrige a través de su «perfeccionamiento» y no de la intervención del Estado. Así se viene sosteniendo a partir de las elaboraciones de Coase precisamente sobre la externalidad ambiental (Coase, 1994). Sobre esta base, otros autores más radicales (Seldon, 1990: 232-235) han justificado el perfeccionamiento del mercado, en contraposición a la intervención pública, porque «la condición fundamental que invita a que una posesión o un entorno se vean condenados a la destrucción es que sean de propiedad común, que no estén en manos

de un propietario privado dispuesto a protegerlos y conservarlos ... sería preferible ampliar al máximo posible los derechos de propiedad privada para crear incentivos eficaces en orden a la conservación del medio ambiente. Hasta que no se haga así, los políticos pueden sentirse tentados por la idea de construir imperios».

Sin embargo, la viabilidad práctica —como han puesto de manifiesto Costas & Bel (1995: 37, en nota 3)— de la asignación de derechos de propiedad como mecanismo corrector del fallo de mercado ha suscitado grandes dosis de escepticismo en la literatura. En primer lugar, por los costes de transacción, de especificación contractual, y de la garantía del cumplimiento (Kay & Vickers, 1988: 302). Y, en última instancia, porque su eventual puesta en práctica no suprimiría la necesidad de regulación, sino que la desplazaría hacia el ámbito jurídico-administrativo, imponiendo pesadas cargas administrativas para la celebración de los contratos y para la garantía de su cumplimiento (SPULBER, 1989: 51).

Junto a esta objeción práctica se sitúa otra más profunda relativa a la visión que sostienen aquellos que defienden la solución expuesta. Es una visión esencialmente micro que se construye desde el mercado y para el mercado obviando lo que materialmente representan los recursos naturales (y más generalmente la biofera: Naredo, 1992: 29) para la actividad económica.

B) El medio ambiente como «internalidad» o sustrato de las actividades, en particular, las económicas. El papel del Derecho como garante del mínimo de «civilización» ambiental por encima y al margen de la eficiencia económica: la «visión macro» del medio ambiente y su compatibilidad con el manejo táctico del mercado al servicio de objetivos político-sociales

Frente a la visión «micro» que considera que los daños al medio ambiente son «externalidades», o sea, efectos no queridos pero que tampoco repercuten directamente en la actividad que los produce, debe alzarse otra visión «macro» que considera, en cambio, el medio ambiente como el sustrato de la vida y del desarrollo. Esta nueva visión conduce a que el ambiente no puede ser analizado ni considerado como productor de «bienes» y beneficiario de los detritus de la actividad económica («residuos»), sino como su sustrato mismo. Esto se basa en que no existe actividad económica sin ambiente, mientras que éste puede existir sin aquella; el objetivo es compatibilizar una y otra, sin perder de vista cuál es el fundamento de todo. Esta «visión macro» no es incompatible con la «micro», pero sí la enmarca y la coloca en su justo sitio.

A esto se ha referido Naredo (1992: 29-30) cuando ha afirmado que los «ejercicios de valoración [de los recursos naturales para convertirlos en bienes apropiables, valorables e intercambiables para que el mercado opere eficientemente] ponen bien de manifiesto que, por una parte, necesitan apoyarse en un conocimiento solvente del comportamiento de los

recursos a valorar, por otra, que el mercado no es ninguna entelequia, sino que ha de tomar cuerpo sobre un marco institucional y unos derechos de propiedad concretos que condicionan su extensión y sus resultados en precios, costes, cantidades intercambiadas, recursos naturales utilizados y residuos artificialmente emitidos». Esto conduce a convertir el mercado en «un instrumento a utilizar sobre bases controladas para conseguir soluciones que se adapten a determinados objetivos o estándares socialmente acordados» (*Idem*: 30). Pues bien, el Derecho es quien formaliza estos objetivos o estándares socialmente acordados. De ahí que, como hemos sostenido, sea *social regulation* y no *economic regulation*.

Así pues, la protección ambiental no es una «externalidad» que deba interiorizarse en la actividad económica, como los costes laborales, sino que constituye el basamento de toda actividad, tanto como la naturaleza lo es respecto de cualquier forma de vida societaria. Más que «internalizar» los costes ambientales, lo que procede es «internalizar» los costes económicos en la protección del medio ambiente. Esto se traduce, en primer lugar, en la conversión de la protección ambiental en un nuevo título de intervención llamado a «delimitar» que no limitar externamente —según la clásica distinción desarrollada entre nosotros por García de Enterría y Fernández Rodríguez (1993: 148 y ss.)— la libertad de empresa. A tal fin, el criterio o parámetro que hace posible esa delimitación es el de la sostenibilidad. Y, en segundo lugar, el carácter de internalidad del ambiente se traduce, además, en que la protección del ambiente constituye, o mejor, debe constituir un elemento imprescindible de cualquier política porque «sólo puede lograrse un progreso económico y social sostenible si todas las políticas y, en primer lugar, la energética, hacen suyas las preocupaciones medioambientales» [Comunicación de la Comisión que lleva por título «Visión global de la política de la energía», COM (97) 167]. Es paradójico que el éxito de la protección ambiental radique en su integración y consiguiente desaparición en todas las políticas. Esta integración se produce alrededor del objetivo de la sostenibilidad

Aquí el Derecho recupera su protagonismo como lo que es un instrumento social dirigido a la protección de objetivos definidos como de interés general por las instituciones con poder y legitimidad para hacerlo. En definitiva, el Derecho recupera su politicidad al servicio de la «internalización» de la protección ambiental. Ahora bien, esto no significa la inconveniencia de la utilización de los denominados instrumentos económicos o de mercado. Todo lo contrario, son instrumentos adecuados en tanto no se olvide que son sólo instrumentos y no parámetros para medir el «óptimo de lo justo». Son instrumentos que deben insertarse en una estrategia global de protección ambiental. Considerados así no existen particulares obstáculos que los hagan «incompatibles» con las ideas que aquí se defienden. No puede olvidarse que la protección del medioambiente también se alcanza promoviendo mediante instrumentos económicos la eficiencia en el consumo de los recursos naturales para

que con iguales o menores cantidades de recursos puedan alcanzarse superiores metas de productividad (Von Weizsäcker, Hunter & Lovins: 1997). En todo caso, para que tal coincidencia se produzca unos y otros instrumentos deben formar parte de una estrategia más global basada, como ya tantas veces hemos insistido, en la internalización de los costes económicos en la protección ambiental, más que en la internalización de los costes ambientales en los mercados.

El Derecho ha plasmado esa estrategia global o general (en la que se debe insertar, como ya hemos expuesto, la visión micro económica de la externalidad-fallo-corrección) a través de la imposición de la sostenibilidad.

V. LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE SOBRE LA LEGITIMIDAD DE QUE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL PUEDA RESTRINGIR LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y LA LIBRE COMPETENCIA EN EL MERCADO INTERIOR

En caso de conflicto entre la protección ambiental y las libertades económicas, prima la protección del medio ambiente en tanto que bien jurídico merecedor de protección por cuanto identifica un elemento «de cuya calidad dependen la continuidad de la actividad y desarrollo de los seres humanos» (Quinto Programa Comunitario Europeo). Ahora bien, este conflicto no siempre tiene por qué producirse. No es algo inevitable. Pero si se produce, el Derecho ha establecido la regla de primacía de la protección. Por esta razón, la protección ambiental puede operar en el seno del mercado interior comunitario europeo como legítima restricción a dos de sus pilares más importantes: nos referimos a la libre circulación de mercancías y la libre competencia entre empresas. En ambos casos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha entendido y afirmado que la protección ambiental puede justificar la prohibición de la importación o exportación de determinados bienes, así como la atribución de determinados derechos exclusivos a una empresa. Ahora bien, junto a estas dimensiones de la protección ambiental, recientemente el Tribunal de Justicia ha puesto de manifiesto otra: es una actividad de autoridad vinculada a las prerrogativas típicas de los poderes públicos.

1. LA PROTECCIÓN AMBIENTAL COMO PRERROGATIVA DE LOS PODERES PÚBLICOS

La protección ambiental es una actividad de autoridad vinculada a las prerrogativas típicas de los poderes públicos que su atribución incluso a empresas no es obstáculo para su calificación jurídica en los términos que hemos expuesto y que el sujeto que la desarrolla es materialmente una Administración pública. Por lo tanto, podemos hablar de una suerte

de límite absoluto a la privatización, fenómeno tan relacionado en los últimos tiempos con la liberalización de la economía.

El Tribunal llega a esta conclusión en la sentencia de 18 de marzo de 1997 (*Diego Cali & Figli Srl y Servizi ecologiche porto di Genova SpA*, asunto 343/95). El asunto es bien ilustrativo. En el seno del proceso general de liberalización económica que se está produciendo en los últimos años, el Estado italiano reformó la Administración portuaria. Esta reforma consistió en la atribución de las funciones propias de ésta a la *Autorità portuale*, un organismo público al que la ley le había confiado las funciones, tanto administrativas como económicas, inherentes a la gestión del puerto. La *Autorità portuale* de Génova-Multedo decidió atribuir en exclusiva a la empresa *Servizi ecologiche porto di Genova SpA* (SEPG) la gestión del servicio de vigilancia del dominio marítimo e intervención rápida contra eventuales contaminaciones consecuencia de vertidos accidentales de hidrocarburos en el mar. Por la prestación de este servicio obligatorio, SEPG cobraba una tarifa a los buques que utilizaban las instalaciones del puerto. Esta tarifa era previamente aprobada por la *Autorità portuale*.

La empresa Calì utilizó en diversas ocasiones el puerto petrolero de Génova-Multedo por lo que SEPG expidió las correspondientes liquidaciones en concepto del servicio indicado. La empresa Calì recurrió lo que dio lugar a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunale di Genova relativa, en resumen, a la aplicación o no a la empresa indicada del artículo 86 del Tratado que prohíbe cualquier posición de dominio en el seno del mercado.

A la cuestión planteada responde el Tribunal recordando la exclusión de las normas de competencia cuando el Estado actúa como poder público. En primer lugar, reitera la necesidad de distinguir «entre el supuesto en que el Estado actúa ejerciendo la autoridad pública y el caso en que actúa ejerciendo actividades económicas de carácter industrial o comercial consistentes en ofrecer bienes y servicios en el mercado», como ya había sostenido en la sentencia de 16 de junio de 1987 (*Comisión contra Italia*, asunto 118/85, apartado 7) (apartado 16). En segundo lugar, para determinar cuándo el Estado actúa de una u otra manera, es irrelevante «si el Estado actúa directamente a través de un órgano que forme parte de la Administración Pública o a través de una entidad a la que haya concedido derechos especiales o exclusivos» (apartado 17, con cita de la Sentencia de 16 de junio de 1987). Lo importante, es «la naturaleza de las actividades que ejercen la empresa pública o la entidad a la que el Estado ha concedido derechos especiales o exclusivos» (apartado 18).

Pues bien, la actividad de vigilancia anticontaminación (no así la de intervención porque quedó fuera del litigio desde el momento en que a la empresa Calì no se le facturaron servicios por este concepto ya que no se produjo ningún hecho que hiciera necesaria la intervención para luchar contra la contaminación) que el SEPG debe llevar a cabo en el puerto pe-

trolero de Génova constituye «una misión de interés general que forma parte de las funciones esenciales del Estado en materia de protección del medio ambiente en el dominio marítimo» (apartado 23). Esto es así «por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que está sujeta [en consecuencia], se vincula al ejercicio de prerrogativas relativas a la protección del medio ambiente, que son prerrogativas típicas del poder público. No tienen un carácter económico que justifique la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado (véase la sentencia de 19 de enero de 1994, *SAT Fluggesellschaft*, C-364/92, Rec. p. I-43, apartado 30)» (apartado 24). Así pues, «el artículo 86 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que una actividad de vigilancia anticontaminación cuyo ejercicio hayan encargado los poderes públicos a una entidad de Derecho privado en un puerto petrolero de un Estado miembro no está comprendida dentro del ámbito de aplicación de dicho artículo, ni siquiera en el supuesto de que se obligue a los usuarios del puerto a pagar una remuneración destinada a financiar tal actividad» (apartado 25 y fallo).

Se puede privatizar la gestión de las actividades públicas, pero lo que sale por la puerta (el estatuto jurídico-público de las Administraciones públicas) entra por la ventana a golpe de Derecho comunitario: estas actividades materialmente públicas (por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que están sujetas) están excluidas de la libre competencia y de sus normas, por lo que, en coherencia, deben estar sujetas al Derecho público porque es el único adecuado a la naturaleza de poder de dichas actividades y que además ofrece garantías suficientes a los beneficiarios de las mismas.

2. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y LA PROTECCIÓN AMBIENTAL

La protección del medio ambiente es —como hemos visto— una actividad de poder público pero también es un bien de interés general que puede legitimar restricciones a la libre circulación de mercancías y la libre competencia en el mercado interior.

A) *La protección ambiental como legítima restricción a la libertad de circulación de mercancías*

El Tribunal de Justicia ha afirmado reiteradamente qué objetivos de carácter meramente económico no pueden justificar un obstáculo al principio fundamental de libre circulación de mercancías. Este principio lo ha reiterado en recientes sentencias como las de 28 de abril de 1998, asunto 120/95 y en la de 25 de junio de 1998 (*Chemische Afvalstoffen Dusseldorp Bv y otros y Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, asunto 203/96). Ahora bien, el propio Tribunal ha sostenido desde la sentencia de 20 de febrero de 1979 (*Rewe-Zentral, A.G., contra Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, asunto 120/78) que el artículo 30 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea

(hoy artículo 28) que prohíbe las restricciones cuantitativas a la importación entre los Estados miembros no tiene alcance ilimitado puesto que, a falta de disposiciones comunitarias, las medidas nacionales que tuvieran efecto restrictivo sobre la libre circulación de los bienes se justificarían cuando contemplaran requisitos imperativos, cuando no fueran discriminatorias y fueran proporcionales al objetivo perseguido; en otros términos cuando «estas prescripciones puedan reconocerse como necesarias para satisfacer exigencias imperativas teniendo en cuenta, especialmente, la eficacia de los controles fiscales, la protección de la salud pública, la lealtad en las transacciones comerciales y la defensa de los consumidores» (fj. 6).

A partir de la doctrina expuesta el Tribunal ha apoyado la idea, desde mediados de los años ochenta, de que la protección del medio ambiente puede estar por encima de la consecución del mercado único (Díez de Velasco, 1995: 205; Krämer, 1996: 90; Aguilar Fernández, 1997: 75). A este respecto, merece destacarse la sentencia de 7 de febrero de 1985 (*Procurador de la República Francesa contra Asociación de defensa de fabricantes, comerciantes y usuarios de calefactores que utilizan como combustible fuel o aceites usados*, asunto 240/83) por la que se reconocía la conformidad de la Directiva 74/439 del Consejo, de 16 de junio de 1975, relativa a la eliminación de los aceites usados, con los principios fundamentales del Derecho comunitario de libertad de comercio y de libre circulación de mercancías. Por consiguiente, se deducía la conformidad con tales principios del Decreto del Gobierno francés que regulaba la recuperación de los aceites usados.

La Directiva establecía la obligación de contar con una autorización para que una empresa pudiera dedicarse legítimamente a la eliminación de los aceites usados y, además, habilitaba la posibilidad de que las empresas autorizadas actuaran en una zona que se le adjudicase, cuando no fuera posible alcanzar por otras vías los objetivos de la Directiva.

El conflicto con los principios fundamentales del Derecho comunitario son elocuentes. Sin embargo, el Tribunal sostiene que tales restricciones son compatibles con los principios indicados porque «el principio de libertad de comercio está sujeto a determinados límites impuestos por los objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad, si bien estos límites deben respetar siempre el contenido esencial de aquellos derechos» (apartado 12). Y añade a continuación: «nada permite concluir que la Directiva haya rebasado esos límites. Esta Directiva se encuadra en el marco de la protección del medio ambiente, que es *uno de los objetivos esenciales de la Comunidad*. Como resulta de sus considerandos tercero y séptimo, toda la regulación relativa a la eliminación de aceites usados debe tener como objetivo la protección del medio ambiente contra los efectos perjudiciales causados por el vertido, el depósito o el tratamiento de estos productos. Resulta también del conjunto de las disposiciones de la Directiva, la necesidad de respetar los principios

de proporcionalidad y de no discriminación en los casos en que sea necesario establecer restricciones. En particular, el artículo 5 de ésta autoriza la división en zonas “en los casos en que los objetivos de los artículos 2, 3 y 4 no puedan lograrse de otra forma”» (apartado 13).

En definitiva, la protección del medio ambiente es, por un lado, uno de los objetivos esenciales de la Comunidad que puede, por otro lado, justificar restricciones incluso a principios fundamentales del Derecho comunitario siempre que se trate de restricciones no discriminatorias ni irrazonables desde el punto de vista de los objetivos de interés general que pretenden alcanzarse («restricciones inevitables, justificadas por objetivos de interés general como es la protección del medio ambiente»: apartado 15). Merece destacarse que en la fecha de la Sentencia la protección del medio ambiente no estaba expresamente reconocida como tal objetivo en los Tratados. A partir del Acta Unica del año 1986 se constitucionalizó una realidad jurídica y fáctica previa, dotándola de una base indiscutible y de unos perfiles más concretos (Parejo Alfonso, 1996: 48).

Más adelante, en el año 1988, el Tribunal se enfrentó en su Sentencia de 20 de septiembre (*Comisión contra Reino de Dinamarca*, asunto 302/86) al problema de legalidad comunitaria del sistema danés de depósito y retorno de envases (Díez de Velasco, 1995: 207; Krämer, 1996: 99). Este sistema se basaba, por un lado, en la obligación impuesta a los productores de comercializar la cerveza y las bebidas refrescantes exclusivamente en envases que puedan volver a ser utilizados. Y, por otro lado, en que dichos envases debían ser homologados por la Agencia Nacional para la Protección del Medio Ambiente. No obstante, esta última medida fue modificada para permitir la utilización de envases no homologados dentro del límite de 3.000 hl por productor y año.

Estas obligaciones las justificaba el Gobierno danés en la protección del medio ambiente. Siendo así que la protección del medio ambiente es «uno de los objetivos esenciales de la Comunidad que, como tal puede justificar ciertas limitaciones al principio de la libre circulación de las mercancías» (apartado 8), el Tribunal se propone examinar ya no tanto la legitimidad de que tal restricción se produzca sino si la restricción es proporcional al objetivo perseguido, o en otros términos, si las medidas impuestas «son necesarias para alcanzar los objetivos de dicha normativa» o sea, la protección ambiental (apartado 12).

En cuanto a la primera medida («obligación de establecer un sistema de depósito y devolución de los envases vacíos») ², el Tribunal afirma que «hay que reconocer que tal obligación es un elemento indispensable de un sistema cuyo fin es garantizar que los envases vuelvan a ser utili-

² Esta obligación no es la misma a la que se refería inicialmente que era la de comercializar la cerveza y las bebidas refrescantes exclusivamente en envases que puedan volver a ser utilizados; no obstante, debemos entender que se refieren a la misma obligación.

zados y resulta por tanto necesaria para alcanzar los objetivos de la normativa impugnada. Con arreglo a tal apreciación, las limitaciones que pone a la libre circulación de las mercancías no deben considerarse desproporcionadas» (apartado 13). En cambio, sí consideró desproporcionada la segunda medida (homologación de los envases).

En realidad, el Tribunal consideró la homologación de los envases más como una medida discriminatoria que desproporcionada porque venía a dificultar enormemente la importación de los productos extranjeros. En cambio sí consideró discriminatoria la medida restrictiva de la cantidad que los importadores extranjeros podían importar sirviéndose de envases no homologados (3.000 hl). Ahora bien, no puede olvidarse que, en todo caso, estos productores estaban obligados a comercializar sus productos en envases que pudieran ser reutilizados porque debían haber establecido un sistema de depósito y devolución.

El Tribunal reconoce, por un lado, que la homologación de los envases «garantiza un índice máximo de reutilización y por tanto una protección muy notable del medio ambiente» («ya que los envases vacíos pueden devolverse a cualquier minorista de bebidas, mientras que los envases no homologados, dada la imposibilidad de establecer para ellos una organización tan completa, únicamente pueden ser devueltos al minorista que vendió las bebidas») (apartado 20) y, por otro lado, que la «devolución de envases no autorizados permite la protección del medio ambiente», aunque, obviamente, no en la misma proporción que el sistema basado en la homologación. Ahora bien, esta *menor protección* se compensa por el hecho de que se impone a una «cantidad limitada de bebidas en relación con la cantidad global de bebidas consumidas en el país, debido al efecto restrictivo que tiene sobre las importaciones la exigencia de devolución del envase» (apartado 21). Así pues, la menor protección se compensa con el menor daño que produce la cantidad limitada de envases no homologados que se comercializan en Dinamarca. Por lo tanto, la limitación añadida de la cantidad máxima que puede ser comercializada mediante envases no homologados es una restricción añadida que no resulta razonable.

B) Los animales y los residuos como mercancías que pueden ser objeto de tráfico entre los Estados

En las otras ocasiones que el Tribunal se ha planteado la relación entre la protección ambiental y la libre circulación de mercancías, los objetos de intercambio eran las aves silvestres, los cangrejos vivos y los residuos. En estos casos, el Tribunal se ha pronunciado a favor de su consideración de mercancías cuyo tráfico no puede verse limitado por razones ambientales.

La sentencia de 23 de mayo de 1990 (*Proceso penal contra Gourmetherie Van den Burg*, asunto 169/89) resuelve la cuestión prejudicial planteada en relación al artículo 36 del Tratado en conexión con la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación

de las aves silvestres, afirmando que «no está justificada una prohibición de importación y de comercialización en lo que respecta a una especie de aves que, por una parte, no se encuentra en el territorio del Estado miembro legislador sino que vive en otro Estado miembro donde su caza está autorizada por las disposiciones de dicha Directiva y por la legislación de este otro Estado miembro y que, por otra parte, no es una especie migratoria ni está amenazada en el sentido de la Directiva» (fj 16). Por lo tanto, las aves silvestres que no son ni migratorias ni están amenazadas pueden ser objeto de tráfico lícito entre los Estados por lo que la prohibición absoluta de importación y comercialización de tales aves establecida en un Estado basada en supuestas razones ambientales es contraria al Derecho comunitario, máxime cuando el Estado que debe apreciar estas razones, el Estado en el que viven las aves, no las ha sometido a un régimen de protección similar, tanto es así que la caza de tales aves está permitida.

La sentencia de 13 de julio de 1994 (*Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*, asunto 131/93) resuelve el recurso interpuesto por la Comisión contra la República Federal de Alemania por el que se solicitaba al Tribunal que la declarase incumplidora del Tratado al prohibir las importaciones de cangrejos de río vivos de las especies europeas procedentes de los Estados miembros o de países terceros y que se encuentren en libre práctica en la Comunidad. Esta prohibición había sido establecida con carácter general por un Reglamento que venía a hacer realidad la determinación legal de considerar a los cangrejos de río autóctonos como especies especialmente protegidas, incluso amenazadas de extinción. Esta finalidad de la medida la admite el Tribunal (apartado 17). Ahora bien, lo que el Tribunal cuestiona, a instancia de la Comisión, es que la medida adoptada sea proporcionada al objetivo perseguido y si, por lo tanto, no existían otras medidas menos restrictivas. Porque «una normativa restrictiva de los intercambios intracomunitarios sólo es compatible con el Tratado en la medida en que resulte indispensable para una protección eficaz de la salud y vida de los animales. Por lo tanto, la normativa no podrá acogerse a la excepción del artículo 36 cuando tal objetivo pueda alcanzarse de una manera igualmente eficaz con medidas que tengan efectos menos restrictivos para los intercambios intracomunitarios» (apartado 18). El Tribunal concluye que tal objetivo puede alcanzarse con medidas menos restrictivas: «...en lugar de prohibir pura y simplemente la importación de todas las especies de cangrejos de río vivos, la República Federal de Alemania habría podido limitarse a someter a controles sanitarios las partidas de cangrejos de río procedentes de otros Estados miembros o en libre práctica en la Comunidad y a efectuar únicamente controles por sondeo, en la medida en que dichas partidas estuvieran acompañadas de un certificado sanitario, expedido por las autoridades competentes del Estado miembro de procedencia y que acreditara que el producto de que se trata no presentaba ningún riesgo para la salud, o bien limitarse a regular la comercialización de los cangrejos de río en su territorio, en par-

ticular sometiendo a autorización tan sólo la repoblación de las aguas interiores con especies susceptibles de ser portadoras del agente de la peste y restringiendo la puesta en libertad de los animales así como la repoblación en las zonas donde viven especies autóctonas» (apartado 25).

Por último, la sentencia de 9 de julio de 1992 (*Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica*, asunto 2/90) resuelve el recurso interpuesto por la Comisión contra el Reino de Bélgica motivado por el Decreto del Consejo Regional valón de 5 de julio de 1985 en el que se establecía la prohibición absoluta de importar residuos peligrosos en la Región valona. Esta prohibición se considera incompatible con la Directiva 84/631 del Consejo, de 6 de diciembre de 1984, relativa al seguimiento y control en la Comunidad de los traslados transfronterizos de residuos peligrosos. Es incompatible porque esta Directiva no establece una prohibición absoluta sino un sistema de control caso a caso de los traslados que pretenden realizarse: «...la Directiva 84/631 ha instaurado un sistema completo aplicable a los movimientos transfronterizos de residuos peligrosos para su gestión en establecimientos definidos con precisión y se basa en la obligación de notificación detallada previa del poseedor de los residuos; las autoridades nacionales de que se trate tienen la facultad de plantear objeciones, y por consiguiente, de prohibir un traslado de residuos peligrosos determinado (por oposición a los traslados de residuos peligrosos contemplados de manera general), para hacer frente a los problemas relativos, por una parte, a la protección del medio ambiente y de la salud y, por otra, al orden y a la seguridad pública. Así, este sistema no permite deducir la posibilidad de que los Estados miembros prohíban globalmente estos movimientos» (fj 20).

En cambio, el Tribunal admite que la protección del medio ambiente puede justificar la prohibición aludida cuando se trata de los demás residuos, o sea, los residuos que no son peligrosos. Es significativo que estos residuos reciben la consideración de mercancía, con independencia de si son o no reciclables, por lo que su circulación quedaría a cubierto, en principio, por lo dispuesto en el artículo 30 del Tratado (apartado 28). No obstante, razones de protección ambiental pueden justificar la prohibición de almacenar, depositar o verter residuos de este tipo procedente de otro Estado e incluso de otra región. Porque el objetivo es impedir la afluencia masiva y anormal de residuos procedentes de otras regiones para ser depositados en la Región Valona, lo que constituye «un peligro real para el medio ambiente, dada la escasa capacidad de esta región» (apartado 31).

También el Tribunal alegó la supuesta discriminación entre residuos procedentes de la misma región y los procedentes de otras e incluso de otros Estados, como había alegado la Comisión. Esta diferencia está justificada en el principio de corrección preferentemente en la fuente misma de los ataques al medio ambiente. Este principio, establecido en el apartado segundo del artículo 130 R del Tratado «implica que incumbe a cada región, municipio u otro ente local adoptar las medidas apropiadas para ase-

gurar la recepción, el tratamiento y la gestión de sus propios residuos; en consecuencia, éstos deben gestionarse lo más cerca posible del lugar de producción, a fin de limitar al máximo su traslado» (apartado 34).

Así pues, los residuos que no son mercancías, así los residuos peligrosos, pueden ser objeto de tráfico entre los Estados sin más limitación que las que se derivan de someterse a un procedimiento que permitirá al Estado controlar caso a caso los traslados que pretenden llevarse a cabo y, en su caso, prohibirlos en atención a razones, entre otras, de protección ambiental. En cambio, la circulación de los residuos que sí revisten la condición de mercancía puede ser prohibida con carácter general en atención a razones de protección ambiental como las que se apoyan en el principio de corrección en la fuente.

Sí revisten la condición de mercancía los residuos que pueden ser objeto de valorización. En este caso, no rigen los principios de autosuficiencia y proximidad. Así lo ha reiterado el Tribunal en la Sentencia de 25 de junio de 1998 (*Chemische Afvalstoffen Dusseldorp Bv y otros y Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, asunto 203/96). «El trato desigual de los residuos destinados a la eliminación y los destinados a la valorización refleja la diferencia entre las funciones que cada uno de estos dos tipos de residuos está llamado a desempeñar en el desarrollo de la política medioambiental de la Comunidad. Por definición, únicamente los residuos destinados a la valorización pueden contribuir a la aplicación del principio de prioridad de la valorización, enunciado en el apartado 3 del artículo 4 del Reglamento [n. 239/93 del Consejo, de 1 de febrero de 1993, relativo a la vigilancia y al control de los traslados de residuos en el interior, a la entrada y a la salida de la Comunidad Europea]. Fomentar la valorización en toda la Comunidad, en especial mediante la aparición de técnicas más eficaces, es la razón por la que el legislador comunitario previó que los residuos de este tipo debían poder circular libremente entre los Estados miembros para ser tratados, en la medida en que su transporte no supusiese un peligro para el medio ambiente. Por ello, estableció un procedimiento más flexible para el transporte transfronterizo de estos residuos, al que se oponen los principios de autosuficiencia y de proximidad» (apartado 33). En consecuencia, deviene ilegal el sistema holandés que impedía la exportación de residuos destinados a la valorización como los filtros de aceite. El Tribunal señala que «...debe llegarse a la conclusión de que la aplicación de los principios de autosuficiencia y de proximidad a los residuos destinados a la valorización, como los filtros de aceite, tiene por objeto y efecto restringir las exportaciones de dichos residuos sin estar justificada, en un caso como el del litigio principal, por una exigencia imperativa en materia de protección del medio ambiente o por el interés en proteger la salud y la vida de las personas en el sentido del artículo 36 del Tratado. Por tanto, un Estado miembro no puede invocar el artículo 130 T del Tratado para aplicar los principios de autosuficiencia y de proximidad a los recursos» (apartado 49).

3. LA PROTECCIÓN AMBIENTAL COMO RESTRICCIÓN LEGÍTIMA A LA LIBRE COMPETENCIA: EL CASO DE LAS EMPRESAS ENCARGADAS DE LA GESTIÓN DE SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

En la Sentencia de 19 de mayo de 1993 (*Corbeau*, asunto 320/91)³ el Tribunal se enfrenta al problema de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 90.2 TCE (ahora art. 86.2)⁴. Al resolver esta cuestión prejudicial sienta las bases que van a permitir que la protección ambiental sea una legítima restricción a las normas de la competencia.

Según el Tribunal, esta disposición «permite que los Estados miembros confieran a empresas, a las que encomiendan la gestión de servicios de interés económico general, derechos exclusivos que pueden obstaculizar la aplicación de las normas del Tratado sobre la competencia, en la medida en que, para garantizar el cumplimiento de la misión específica a las empresas titulares de los derechos exclusivos, sea necesario establecer restricciones a la competencia o, incluso, excluir toda competencia de otros operadores» (apartado 14). Ahora bien, el problema está en determinar cuando está legitimada la atribución de derechos exclusivos y, por consiguiente, la exclusión de las normas sobre competencia: «...se trata de examinar en qué medida es necesaria una restricción de la competencia o, incluso, la exclusión de toda competencia de otros operadores económicos, para permitir al titular del derecho exclusivo *cumplir su misión de interés general* y, en particular, disfrutar de *condiciones económicamente aceptables*» (apartado 16). Porque «la obligación que incumbe al titular de dicha misión de *garantizar sus servicios en condiciones de equilibrio económico* presupone la posibilidad de una compensación entre los sectores de actividad rentables y los sectores menos rentables y, en consecuencia, justifica una limitación de la competencia, por parte de empresarios privados, en los sectores económicamente rentables» (apartado 17)⁵.

El razonamiento que subyace es el siguiente: el monopolio (o la atribución de derechos exclusivos) genera unas rentas que hace posible que su titular pueda prestar unas actividades consideradas de interés general, de

³ Sentencia comentada entre nosotros por JIMÉNEZ-BLANCO (1994: 596-599) y de manera más general en relación con la problemática de los servicios de interés general por PAREJO ALFONSO (1998: 87-117).

⁴ El artículo 90.2 (ahora art. 86.2) TCE dispone lo siguiente: «Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.»

⁵ Porque «si se autorizara a empresarios privados a hacer la competencia al titular de los derechos exclusivos en los sectores, elegidos por los primeros, correspondientes a dichos derechos, podrían concentrarse en las actividades económicamente rentables y ofrecer, en ese sector, tarifas más ventajosas que las practicadas por los titulares de los derechos exclusivos, dado que, a diferencia de estos últimos, no están económicamente obligados a efectuar una compensación entre las pérdidas registradas en los sectores que no son rentables y los beneficios obtenidos en los sectores más rentables» (apartado 18).

tal modo que si la actividad se prestase en libre competencia tales rentas no existirían, al menos, en la cantidad suficiente para que tal servicio pudiera prestarse. Se produce una suerte de elección entre competencia y satisfacción del interés general. El Tratado no duda en la primacía de este interés respecto de la libre competencia. Así pues, queda abierta la puerta para que el interés general que así se estime conveniente pueda primar sobre la libre competencia cuando su satisfacción pueda razonable y proporcionalmente necesitar su sacrificio. Es lógico que en sentencias posteriores se admita que la protección ambiental imponga unas obligaciones a las empresas gestoras de servicios de interés general que justifica la restricción de la libre competencia. Así será proclamado en las Sentencias de 27 de abril de 1994 (*Gemeente Almelo y otros y Energiebedrijf Ijsselmij NV*, asunto 393/92) y la de 23 de octubre de 1997 (*Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa*, asunto 159/94)

La Sentencia de 27 de abril de 1994 (*Gemeente Almelo y otros y Energiebedrijf Ijsselmij NV*, asunto 393/92)⁶ sigue el criterio sentado en la Sentencia *Corbeau* y lo aplica a una cuestión prejudicial planteada en el seno de un litigio surgido entre un Ayuntamiento (Almelo) y la empresa de distribución regional de energía eléctrica (*Energiebedrijf Ijsselmij NV*), a propósito de un recargo de compensación de costes que esta última facturó a los distribuidores locales y con el que se pretendía compensar la diferencia entre el coste más elevado del suministro de electricidad a los consumidores de zonas rurales que es responsabilidad del distribuidor regional y el coste más reducido del suministro a los consumidores de zonas urbanas que es responsabilidad del distribuidor local.

Es importante retener que estamos ante un conflicto surgido entre distribuidores de energía eléctrica. Es importante porque ocupa un lugar preferente en la ordenación de este sector la protección ambiental. Basta constatar, para tomar conciencia de esta circunstancia, la importancia de la contribución de la generación de la electricidad al calentamiento del planeta como consecuencia de la combustión de hidrocarburos.

Pues bien, el Tribunal subraya —tras recordar la doctrina *Corbeau*— «que una empresa de este tipo [se refiere a la empresa *Energiebedrijf Ijsselmij NV* responsable de la distribución regional de la energía eléctrica] debe garantizar el suministro ininterrumpido de energía eléctrica, en la totalidad del territorio asignado, a todos los consumidores, distribuidores locales o usuarios finales, en las cantidades que se demanden a cada instante, a tarifas uniformes y en condiciones que sólo pueden variar con arreglo a criterios objetivos aplicables a todos los clientes» (apartado 48). Para que la citada empresa pueda cumplir con su misión de interés general «es preciso admitir restricciones a la competencia de otros operadores eco-

⁶ Esta sentencia ha sido comentada entre nosotros por JIMÉNEZ-BLANCO, A. (1994: 599-600). También ha sido objeto de comentario, aunque de manera más general en relación con la problemática de los servicios de interés general, por PAREJO, Alfonso (1998: 87-117).

nómicos en la medida en que dichas restricciones se revelen necesarias para permitir cumplir su misión a la empresa a la que se confió una misión de interés general de este tipo. A este respecto, hay que tener en cuenta las *condiciones económicas* en las que debe operar la empresa, en particular, los costes que debe soportar y las *normativas, especialmente en materia de medio ambiente*, a las que se encuentra sometida» (apartado 49).

En la Sentencia que comentamos no se dice que la protección ambiental sea un servicio de interés general, máxime cuando es una actividad que forma parte de las prerrogativas del poder público (Sentencia de 18 de marzo de 1997 *Diego Cali*). Tampoco la protección ambiental es un coste más que las empresas deba soportar y que deba ser tenido en cuenta junto con otros a los efectos de justificar la razonabilidad y proporcionalidad de la restricción o incluso la eliminación de la competencia. La Sentencia se refiere a que el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la normativa ambiental y, en especial, los objetivos de protección que establece, puede justificar de manera suficiente la limitación e incluso la eliminación de la competencia. Esta limitación o restricción estaría justificada cuando la aplicación de las reglas de la competencia vendrían a impedir que las condiciones económicas que debe soportar la empresa gestora del servicio de interés general para cumplir las obligaciones ambientales no pudieran ser objeto de «compensación» mediante la atribución de derechos exclusivos, por lo que la empresa no podría cumplir con su misión de interés general; porque se vería frustrada la posibilidad «de una compensación entre los sectores de la actividad rentables y los sectores menos rentables y, en consecuencia, justifica una limitación de la competencia, por parte de empresarios privados, en los sectores económicamente rentables» (Sentencia *Corbeau*).

En la Sentencia de 23 de octubre de 1997 (*Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa*, asunto 159/94) el Tribunal vuelve a enfrentarse a cuestiones relativas a la energía eléctrica. También aquí vuelve a aparecer la protección ambiental como posible justificación de la restricción de la competencia cuando se trata de empresas prestadoras de servicios de interés general. Ahora bien, la respuesta es ciertamente contradictoria.

La sentencia trae causa de un recurso de la Comisión que tiene por objeto que se declare que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 30, 34 y 37 del Tratado CE, al establecer derechos exclusivos de importación y exportación de gas y de electricidad en favor de Gaz de France (GdF) y Electricité de France (EdF), respectivamente.

Tanto GdF y EdF son empresas prestadoras de servicios de interés general. No lo pone en duda la Comisión y también lo confirma el Tribunal. El conflicto radica en la legitimidad de la atribución a dichas empresas de unos derechos exclusivos como los de importación y exportación. A este respecto el Tribunal sienta el principio de que «para que las

normas del Tratado no sean aplicables a una empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general en virtud del apartado 2 del artículo 90 del Tratado, basta con que la aplicación de dichas normas *impida*, de hecho o de Derecho, el *cumplimiento* de las *obligaciones específicas de dicha empresa*. No es necesario que la propia supervivencia de la empresa esté amenazada» (apartado 59).

¿Cuáles son las obligaciones específicas de dichas empresas que pueden justificar la no aplicación de las normas de competencia o, en otros términos, excluir la actividad correspondiente de la libre competencia y justificar, en consecuencia su prestación en régimen de monopolio, o sea, la atribución de los derechos exclusivos?

El Gobierno francés alega que, a través de diversos instrumentos jurídicos, el Estado ha encomendado a EdF y a GdF garantizar el suministro de electricidad y de gas al país respetando diversas obligaciones de servicio público, así como contribuir activamente a la ejecución de las políticas nacionales en materia de medio ambiente y de ordenación del territorio (apartado 60). A mayor abundamiento y por lo que ahora nos interesa, el Gobierno francés sostiene que la supresión de los derechos exclusivos de importación y exportación de EdF y GdF pondría en peligro el correcto cumplimiento de varias de dichas obligaciones, si no todas ellas, y haría más difíciles, e incluso imposibles, las contribuciones que estas empresas deben aportar a la protección del medio ambiente y a la ordenación del territorio (apartado 62).

La Comisión rechaza estas alegaciones y sostiene, por lo que ahora nos interesa, que las exigencias en materia de protección del medio ambiente y de ordenación del territorio no pueden formar parte de las misiones específicas confiadas a EdF y GdF, en la medida en que tales exigencias se imponen de una forma más o menos general a todos los operadores económicos (apartado 64).

Pues bien, el Tribunal rechaza que las «obligaciones en materia de medio ambiente y de ordenación del territorio impuestas a empresas encargadas del suministro de electricidad y de gas al país [formen parte de las misiones específicas confiadas a EdF y GdF], a menos que se trate de obligaciones específicas de estas empresas y de sus actividades» (apartado 69). Esto obedece a que previamente el Tribunal había establecido el criterio según el cual «para que pueda considerarse que las obligaciones impuestas a una empresa encargada de la gestión de servicios de interés económico general formen parte de la misión específica que le ha sido encomendada, es preciso que tales obligaciones guarden relación con el objeto del servicio de interés económico general de que se trate y que tengan como objetivo directo contribuir a satisfacer este interés» (apartado 68).

Sin embargo, más adelante el Tribunal afirma —tras recordar la sentencia Almelo— que «tales obligaciones o exigencias pueden ser tenidas

en cuenta al apreciar si las excepciones a las normas del Tratado que se desea justificar son necesarias para permitir a la empresa de que se trate cumplir la misión de interés general que le ha sido confiada» (apartado 71).

La Sentencia introduce una importante precisión en lo que se refiere a los efectos restrictivos de la competencia derivados de la protección ambiental. La protección ambiental puede operar como misión específica de la empresa encargada de la gestión de un servicio de interés general o como límite o condicionamiento a tener en cuenta para justificar las restricciones a la competencia. En el caso de las empresas encargadas del suministro de energía eléctrica y de gas la protección ambiental no forma parte de su misión específica puesto que ésta consiste en el suministro de la energía y del gas en condiciones de obligación, de continuidad y de igualdad de trato; precisamente estas condiciones revisten la forma de obligaciones de servicio público. Estas obligaciones sí cumplen con los requisitos a los que nos hemos referido. Se trata de obligaciones que guardan relación con el objeto del servicio de interés económico de que se trate (el suministro de la electricidad y del gas) y tienen por objetivo directo contribuir a satisfacer este interés (desde el momento en que hacen posible que todos se puedan abastecer de electricidad y de gas en condición de continuidad y de igualdad de trato, lo que ciertamente es de indudable interés general). Ahora bien, las obligaciones de protección ambiental no cumplen con tales requisitos. No puede olvidarse que se trata de un servicio de suministro de la electricidad no así de la actividad de producción o generación de la energía eléctrica. En el caso de estas actividades, a diferencia de la de suministro, la protección ambiental indudablemente forma parte de las condiciones de acuerdo con las que deben ser desarrolladas las actividades de producción, como así lo establece la normativa reguladora de las actividades indicadas.

La Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad establece en la artículo 5 las condiciones que los Estados deberán tener en cuenta a los efectos del otorgamiento de las autorizaciones para la construcción de nuevas instalaciones generadoras. Entre esas condiciones, los Estados deben tener en cuenta la «protección del medio ambiente» [art. 5.1.b)]. También la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico establece entre las condiciones a acreditar por los solicitantes de autorizaciones para instalaciones de producción de energía eléctrica la relativa al adecuado cumplimiento de las condiciones de protección del medio ambiente y la minimización de los impactos ambientales [art. 21.2.b)] En cambio, no se establece similares condiciones por lo que se refiere a la actividad de suministro. No obstante, el Tribunal no descarta de manera absoluta que pueda imponerse a las empresas suministradoras de la energía eléctrica obligaciones relacionadas con la protección ambiental. Esto es posible, como también lo acredita la Ley del Sector Eléctrico cuando impone a las empresas distribuidoras y a las comercializadoras de la energía la obligación de pro-

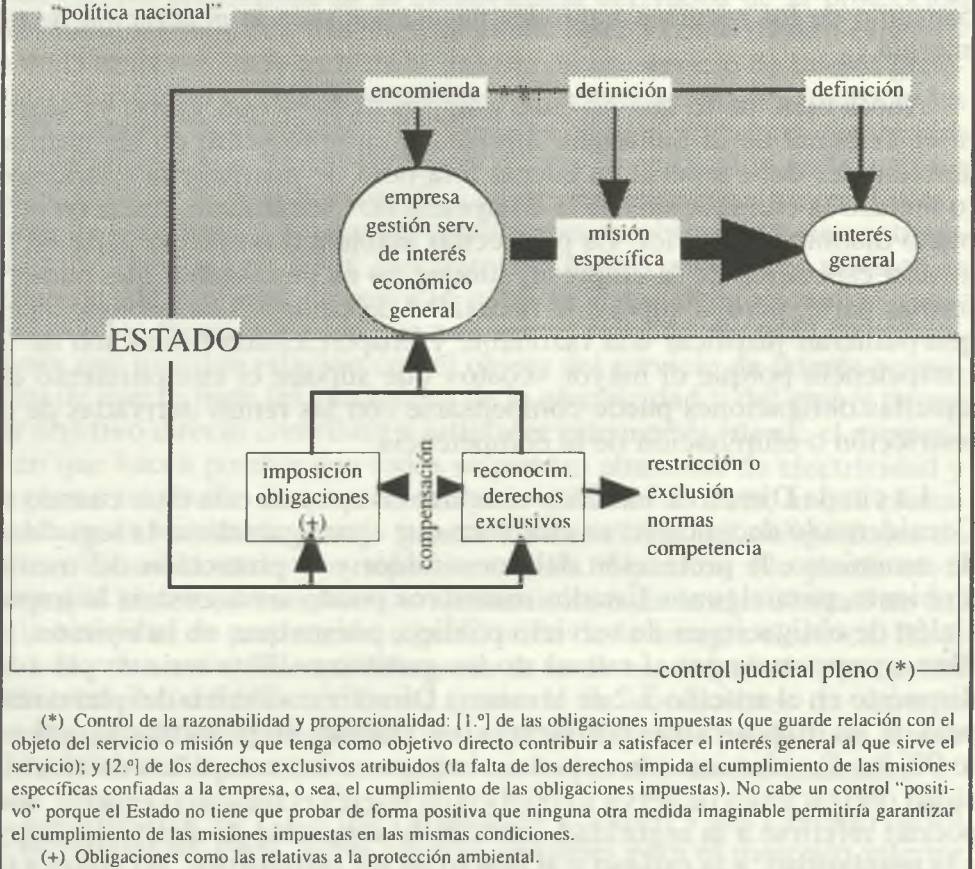
curar un uso racional de la energía [arts. 45.1.f) y 45.2.c), respectivamente]. En este caso, la protección ambiental se alcanza indirectamente por cuanto al utilizarse racionalmente la energía se pretende aumentar su «productividad» y por lo tanto se reduce la necesidad de generar más energía para satisfacer nuevas demandas, lo que redundará en un menor consumo de los recursos naturales necesarios para la generación de tal energía.

Ahora bien, de lo que no cabe ninguna duda es que, como ya sentara el Tribunal en la Sentencia *Almelo*, el cumplimiento de las normas ambientales debe tenerse en cuenta a la hora de justificar la restricción (o incluso la eliminación) de la competencia. Ciertamente, opera en otro plano distinto al anterior. La protección ambiental no forma parte de la misión específica de la empresa, aunque no es descartable que pudiera formar parte, pero sí supone la necesidad de cumplir unas obligaciones que pudieran justificar una razonable y proporcionada limitación de la competencia porque el mayor «costo» que supone el cumplimiento de aquellas obligaciones puede compensarse con las rentas derivadas de la restricción o eliminación de la competencia.

La citada Directiva 96/92/CE concurre en apoyo a esta tesis cuando el Considerando decimotercero establece que «para garantizar la seguridad de suministro, la protección del consumidor y la protección del medio ambiente, para algunos Estados miembros puede ser necesaria la imposición de obligaciones de servicio público, puesto que, en su opinión, la libre competencia por sí misma no las garantiza». Esta tesis da pie a lo dispuesto en el artículo 3.2 de la misma Directiva: «Dentro del pleno respeto de las disposiciones pertinentes del Tratado, en particular su artículo 90, los Estados miembros podrán imponer a las compañías de electricidad obligaciones de servicio público de interés económico general, que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad de abastecimiento, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente».

Esto obedece a que, como dijera la Sentencia de 23 de octubre de 1997 (*Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa*, asunto 159/94) —tras recordar lo ya dicho en la Sentencia de 19 de marzo de 1991, *Francia contra Comisión*, asunto 202/88—, «al permitir, con sujeción a ciertos requisitos, algunas excepciones a las normas generales en el Tratado, el apartado 2 del artículo 90 pretende conciliar el interés de los Estados miembros en utilizar determinadas empresas, en particular del sector público, como instrumento de política económica o fiscal con el interés de la Comunidad en la observancia de las normas sobre la competencia y en el mantenimiento de la unidad del mercado común» (apartado 55). «Habida cuenta del interés de los Estados miembros así descrito, no puede prohibirse que, al definir los servicios de interés económico general que encomiendan a ciertas empresas, dichos Estados tengan en cuenta objetivos propios de su política nacional e intenten su

EMPRESAS ENCARGADAS DE LA GESTIÓN DE SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL: COMPETENCIA DE LOS ESTADOS Y CONTROL JUDICIAL
 Basado en la STJCE de 23 de octubre de 1997 (*Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa, asunto 159/94*).



consecución mediante la imposición de obligaciones y exigencias a dichas empresas» (apartado 56).

Ahora bien, admitido que una empresa realiza una misión de interés general según la apreciación que de tal interés ha llevado a cabo el Estado, esto no es óbice para que los Tribunales controlen la razonabilidad y la proporcionalidad tanto de las obligaciones impuestas como de los derechos exclusivos (y por lo tanto, las restricciones e incluso exclusiones, de las normas de la competencia) reconocidos.

Sin embargo, lo que nos interesa destacar es que los Estados, en ejercicio de su competencia para encomendar a una empresa la gestión de un servicio, definir la misión que le corresponde y el interés general que debe satisfacer, puede imponer el cumplimiento de unas obligaciones específicas de protección ambiental siempre que guarden relación directa con la misión

encomendada y tengan como objetivo directo contribuir a satisfacer el interés general encomendado a la empresa. Ahora bien, los Estados no tienen libertad para restringir o excluir las normas sobre la competencia. El control judicial es pleno para controlar la razonabilidad y la proporcionalidad de las restricciones o exclusiones teniendo como parámetro que tales medidas fueran necesarias para permitir que la empresa puede llevar a cabo la misión que se le ha atribuido. Así pues, la protección ambiental puede operar como obligaciones impuestas a las empresas gestoras de los servicios que pueden legitimar la restricciones a la libre competencia.

Ahora bien, para que la protección ambiental pueda justificar una restricción o eliminación de la libre competencia es necesario una «demostración de modo satisfactorio». Esto obedece a que se trata de una restricción a una libertad fundamental del Tratado. Así lo ha venido a recordar recientemente la Sentencia de 25 de junio de 1998 (*Chemische Afvalstoffen Dusseldorp Bv y otros y Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, asunto 203/96).

Los hechos que dieron lugar al pronunciamiento indicado fueron los siguientes. El Plan plurianual neerlandés de eliminación de residuos peligrosos de junio de 1993 había atribuido en exclusiva a la empresa AVR Chemie la gestión de estos residuos, en particular, era designada como la única operadora final para la incineración de residuos peligrosos en un horno giratorio de alto rendimiento. Esta atribución se tradujo en la prohibición de que pudieran exportarse residuos valorizables de tal manera que debían confiarse en exclusiva a la empresa AVR Chemie por lo que esta empresa salía favorecida, al mismo tiempo que el mercado sufría una importante limitación.

A la vista de las circunstancias expuestas, el Tribunal se pregunta si la obligación indicada (con las consiguientes repercusiones en lo que atañe a la libre competencia e incluso a la libre circulación de mercancías) podía encontrar justificación en una misión de interés económico general en el sentido del apartado 2 del artículo 90 del Tratado. El Tribunal recuerda que «de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que dicha disposición puede invocarse para justificar una medida contraria al artículo 86 del Tratado adoptada en favor de una empresa a la que el Estado ha concedido derechos exclusivos, si dicha medida es necesaria para permitir a la empresa el cumplimiento de la misión específica a ella confiada y si no afecta al desarrollo de los intercambios de una forma contraria al interés de la Comunidad» (apartado 65).

El Gobierno neerlandés alega que la normativa controvertida persigue la reducción de los costes de la empresa encargada de la incineración de los residuos peligrosos para permitirle ser viable desde el punto de vista económico. Ahora bien, para que tal justificación pueda surtir los efectos legítimos señalados, debe justificarse por quien la alega, en este caso el Gobierno neerlandés, que la atribución de tales derechos exclusivos es una solución obligada en orden a alcanzar el servicio de interés

general que se le ha atribuido. En consecuencia «el apartado 2 del artículo 90 del Tratado sólo puede aplicarse si se demuestra que, de no existir la medida controvertida, la empresa de que se trata no podría cumplir la tarea que se la ha encomendado» (apartado 67). En otros términos, la protección ambiental puede justificar la atribución de derechos exclusivos a una empresa. Sin embargo, debe justificarse exhaustivamente, lo que es obvio dado que se trata de una excepción al principio general de libertad de competencia.

VI. CONCLUSIÓN

La relación entre competencia y medio ambiente debe establecerse en el seno de un nuevo marco institucional caracterizado por la sostenibilidad del desarrollo, la internalización de las exigencias de la protección ambiental en todas las políticas y la utilización de instrumentos de protección tanto los tradicionales jurídicos basados en la ordenación-control-sanción como los nuevos instrumentos basados en el mercado. Ahora bien, respecto de éstos no puede olvidarse que su utilidad radica en su misma condición instrumental. En consecuencia, al ser instrumentos su utilización debe insertarse en un marco institucional como el expuesto basado, en última instancia, en el principio de que el medio ambiente no es una mera externalidad del mercado sino la internalidad del sistema social, inclusive, el económico.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas nos muestra que la protección ambiental puede justificar restricciones a la libre circulación de mercancías y a la libre competencia entre empresas. Ahora bien, debe ser una restricción razonable y proporcionada. No puede afirmarse en términos absolutos ni que la competencia siempre entra en conflicto con el medio ambiente ni que cualquier medida de protección ambiental puede justificar legítimamente la restricción de la competencia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUILAR FERNÁNDEZ, Susana, *El reto del medio ambiente. Conflictos e intereses en la política medioambiental europea*, Alianza Editorial, Madrid, 1997.

BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Las Administraciones independientes*, ed. Tecnos, Madrid, 1994.

CMMAD (Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo), *Nuestro futuro común*, Alianza Editorial, Madrid, 1987. Este documento es también conocido como Informe Brundtland en honor a su Presidenta. Fue encargado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a una Comisión Internacional.

COASE, R.H., *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza Editorial, Madrid, 1994.

COMMONER, Barry, *En paz con el planeta*, ed. Crítica, Barcelona, 1992.

COSTAS, A. y BEL, G., «Regulación y desregulación en la economía europea actual», en VELARDE *et al.*, *Regulación y competencia en la Economía española*, ed. Civitas, Madrid, 1995, pp. 33-63.

DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de medio ambiente», en *I Congreso Nacional de Derecho Ambiental, Ponencias*, Sevilla, 1995, pp. 203-216.

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 4.^a ed., ed. Civitas, Madrid, 1993, tomo II.

GREENWALD, B. C. y STIGLITZ, J. E., «Externalities in economies with imperfect information and incomplete markets», *Quarterly Journal of Economics*, vol. 101, 1986, pp. 229-264. Citado por COSTAS y BEL, 1995.

HARPER, M. Bruce, «Trust but Verify: Innovation in Compliance Monitoring as a Response to the Privatization of Utilities in Developed Nations», *Administrative Law Review*, vol. 48, núm. 4, 1996, pp. 593-626.

JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio, «Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 84, 1994, pp. 589-602.

JONES, Douglas N. y TYBOUT, Richard A., «Environmental Regulation and Electric Utility Regulation: Compatibility and Conflict», *B.C. Environmental Affair Law Review*, 14, 1986, p. 32.

KAY, John A. y VICKERS, J., «Regulatory reform in Britain», *Economy Policy*, n.º 7, 1988, pp. 285-351. Citado por COSTAS y BEL, 1995.

KRÄMER, Ludwig, «La protección del medio ambiente, libre circulación de las mercancías y mercado interior», en PAREJO ALFONSO, Luciano, KRÄMER, Ludwig y otros, 1996, pp. 89-105.

MALTHUS, Thomas, *Definitions in political economy, preceded by an inquiry into the rules which ought to guide political economists in the definition and use of their terms; with remarks on the deviation from these rules in their writings*, Londres, 1827. La cita que recogemos en el texto está incluida en NAREDO, 1992, p. 11.

MCGARITY, Thomas O., *Reinventing Rationality*, 1991. Citado por HARPER, 1996.

NAREDO, José Manuel, «Los cambios en la idea de naturaleza y su incidencia en el pensamiento económico», *Información Comercial Española. Revista de Economía*, n.º 711, noviembre 1992, pp. 11-30.

NAREDO, José Manuel, *La economía en evolución. Historia y perspectivas de las categorías básicas del pensamiento económico*, 2.ª edición, ed. Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 1996.

NINO, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1994.

PAREJO ALFONSO, Luciano, KRÄMER, Ludwig y otros, *Derecho medioambiental de la Unión Europea*, MacGraw-Hill, Madrid, 1996.

PAREJO ALFONSO, Luciano, «Origen y desarrollo del Derecho medioambiental en el Ordenamiento comunitario-europeo», en PAREJO ALFONSO, Luciano, KRÄMER, Ludwig y otros, 1996, pp. 41-69.

PAREJO ALFONSO, Luciano, «Mercado de servicios en libre competencia y servicio público en el orden comunitario europeo», en CASES, Ll. (dir), *Anuario de la Competencia 1996*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1998.

REICH, Norbert, *Mercado y Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1985. Trad. castellana de FONT, A. de la edición alemana publicada por Hermann Luchterhand Verlag, 1977.

SELDON, Arthur, *Capitalismo*, Unión Editorial, Madrid, 1994. Esta obra es la traducción española de la edición inglesa publicada bajo el título *Capitalism*, Basil Blackwell, Oxford, UK, 1990.

SFULBER, D.F., *Regulation and Markets*, MIT Press, Cambridge, Mass, 1989.

TOMAIN, Joseph P. y SHAPIRO, Sidney A., «Analyzing Government Regulation», *Administrative Law Review*, 49(2), 1997, pp. 377-414.

VON WEIZSÄCKER, Ernst Ulrich, HUNTER LOVINS, L. y LOVINS, Amory B., *Factor 4. Duplicar el bienestar con la mitad de los recursos naturales*, Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores, Barcelona, 1997.

WIETHÖLTER, Rudolf, *Rechtswissenschaft*. Citado por REICH, 1985.