

**LIBRE MERCADO
Y PROTECCIÓN AMBIENTAL**
Intervención y orientación ambiental
de las actividades económicas

**LIBRE MERCADO
Y PROTECCIÓN AMBIENTAL**
Intervención y orientación ambiental
de las actividades económicas

Directores

F. Javier Sanz Larruga
Marta García Pérez
J. José Pernas García

Prólogo

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Autores

Isabel Caro-Patón Carmona	José María Rábade Blanco
Lucía Casado Casado	Mariola Rodríguez Font
César García Novoa	Ángel Ruiz de Apodaca Espinosa
Marta García Pérez	Nicolas de Sadeleer
José Carlos Laguna de Paz	F. Javier Sanz Larruga
Blanca Lozano Cutanda	Íñigo Sanz Rubiales
Manuela Mora Ruiz	Marc Tarrés Vives
José Manuel Pérez Fernández	Íñigo Urrutia Libarona
J. José Pernas García	

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

MADRID, 2013

Colección: MONOGRAFÍAS

FICHA CATALOGRÁFICA DEL CENTRO
DE PUBLICACIONES DEL INAP

LIBRE mercado y protección ambiental [Texto impreso] : intervención y orientación ambiental de las actividades económicas / directores, F. Javier Sanz Larruga, J. José Pernas García ; prólogo, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz ; autores, Isabel Caro-Patón Carmona ... [et al.]. – 1ª ed. – Madrid : Instituto Nacional de Administración Pública, 2013. – 512 p. ; 24 cm. – (Monografías)

Incluye referencias bibliográficas

ISBN 978-84-7088-837-3. – NIPO 635-13-014-6

1. Derecho ambiental-España. 2. Desarrollo sostenible-España. I. Sanz Larruga, Francisco Javier, dir. II. Pernas García, Juan José, dir. III. Rodríguez-Arana Muñoz, Xaime, pr. IV. Caro-Patón Carmona, Isabel. V. Instituto Nacional de Administración Pública (España). VI. Serie

349.6(460)

338.2:504(460)

Primera edición: julio, 2013

Catálogo general de publicaciones oficiales:
<http://publicacionesoficiales.boe.es>

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal).

Edita:

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

www.inap.es

ISBN: 978-84-7088-837-3 (formato papel); 978-84-7088-840-3 (formato electrónico)

NIPO: 635-13-014-6 (formato papel); 635-13-015-1 (formato electrónico)

Depósito Legal: M-11760-2013

Preimpresión: Composiciones RALI, S.A.

Impresión: Publidisa

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública.

SUMARIO

Presentación	21
Prólogo	23

Primera Parte

EL MEDIO AMBIENTE COMO FACTOR DE LIMITACIÓN DEL MERCADO. MERCADO INTERIOR Y MEDIDAS ADMINISTRATIVAS DE ORDENACIÓN AMBIENTAL

AUTONOMÍA REGULADORA AMBIENTAL Y LIBRE CIRCULACIÓN DE BIENES, <i>Nicolas de Sadeleer</i>	37
I. Introducción	37
II. Barreras arancelarias a la libre circulación de bienes	40
1. Observaciones preliminares	40
2. Prohibición de derechos de aduana y de exacciones de efecto equivalente con arreglo a los artículos 28 y 30 TFUE	42
A. Ámbito de actuación	42
B. Gravámenes admisibles	43
3. Prohibición de tributos internos discriminatorios con arreglo al artículo 110 TFUE	46
A. Consideraciones generales	46
B. Análisis de las similitudes entre productos nacionales e importados	48
C. Sistema diferenciado de tributación	51
III. Prohibición de medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación y exportación	54
1. Observaciones preliminares	54
2. Ámbito de aplicación personal de los artículos 34 y 35 TFUE ..	55

3. Ámbito de aplicación material de los artículos 34 y 35 TFUE.	56
A. MEE sobre importaciones.	57
a) De Dassonville a Keck.	57
b) <i>Remolques y Embarcaciones suecas</i> : un enfoque con tres vertientes del concepto de MEE.	59
c) Medidas reguladoras del uso de productos que se incluyen en el ámbito de aplicación del artículo 34 TFUE	63
d) Límites al ámbito de aplicación material del artículo 34 TFUE	65
B. MEE sobre exportaciones	66
4. Alcance territorial	68
5. Excepciones a la libre circulación de bienes.	68
A. Artículo 36 TFUE y las exigencias imperativas	69
B. Interpretación restrictiva del artículo 36 TFUE y las exigencias imperativas	71
C. Derechos fundamentales y valores constitucionales nacionales	72
6. La proporcionalidad de las medidas medioambientales contrarias a los artículos 34 y 35 TFUE	72
IV. Conclusiones	75
Bibliografía	76

LA COMPETENCIA ESTATAL PARA LA APROBACIÓN DE NORMAS ADICIONALES DE PROTECCIÓN AMBIENTAL EN ÁMBITOS ARMONIZADOS EN EL NIVEL COMUNITARIO: ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LOS ARTÍCULOS 114 Y 193 TFUE, <i>Manuela Mora Ruiz</i>	79
I. Introducción: la posición del medio ambiente en los tratados y su relación con el funcionamiento del mercado interior como cuestión previa	79
II. El art. 114 TFUE y la armonización para la realización del mercado interior: el medio ambiente como elemento de <i>derogación</i> del régimen armonizado	82
1. Sentido y alcance del mercado interior: la armonización normativa como clave de su realización	82
2. El sistema de excepciones a la armonización del funcionamiento del mercado interior	85
III. El art. 193 TFUE y la armonización para la protección del medio ambiente: el elevado nivel de protección como justificación de la <i>suspensión</i> del régimen armonizado	91
1. El marco jurídico-positivo del artículo 193	91

2. El régimen de suspensión de la norma armonizadora en tanto que garantía de un nivel elevado de protección ambiental	96
IV. Consideraciones finales	103
Bibliografía	104
LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LAS ACTIVIDADES DE BAJA INCIDENCIA EN EL ENTORNO. COMPLEJIDAD Y EVOLUCIÓN DE LA TÉCNICA DE LA COMUNICACIÓN AMBIENTAL, <i>Mariola Rodríguez Font</i>	107
I. Introducción	107
II. Las primeras regulaciones de la figura de la comunicación ambiental.	110
III. La comunicación ambiental en las leyes autonómicas de prevención y control de la contaminación	112
1. Objeto y ámbito de aplicación	112
2. Eficacia	116
3. Responsabilidad y control.	117
IV. La comunicación ambiental en las ordenanzas municipales	119
1. Ámbito de aplicación de la comunicación ambiental: las actividades poco contaminantes e inocuas y la funcionalidad de la declaración responsable	120
2. Los procedimientos simplificados de tramitación	123
3. Las «cauteladas»: los certificados de compatibilidad urbanística y las consultas	127
4. El procedimiento	129
5. El silencio administrativo	134
V. Conclusiones	135
Bibliografía	140
INSPECCIÓN AMBIENTAL Y LIBERALIZACIÓN DE SERVICIOS Y ACTIVIDADES ECONÓMICAS, <i>Lucía Casado Casado</i>	143
I. Introducción	143
II. Las transformaciones de la actividad de control e inspección ambiental derivadas de los procesos de liberalización de servicios y actividades económicas	144
1. La sustitución de autorizaciones y licencias ambientales por comunicaciones previas y declaraciones responsables. El avance de los regímenes de comunicación y declaración responsable en materia ambiental	144

2.	Las repercusiones de estos mecanismos de intervención administrativa sobre la actividad de control e inspección en materia ambiental	147
A.	Los principales cambios desde la perspectiva del particular . .	148
B.	Los principales cambios desde la perspectiva de la Administración pública: la función de control <i>ex post</i> de la Administración en el marco de actividades sometidas a comunicación o declaración responsable	152
3.	La colaboración privada en el ejercicio de funciones de control e inspección ambiental	157
A.	Las entidades colaboradoras de la Administración (remisión)	157
B.	La colaboración de los propios titulares de las actividades: la proliferación de fórmulas de autocontrol privado	159
4.	La apertura a otras formas de colaboración: el papel de los Colegios Profesionales	160
III.	El marco jurídico de la actividad de control e inspección en materia ambiental en el nuevo contexto liberalizador: su regulación en la normativa de intervención ambiental sobre las actividades	165
1.	La normativa estatal y autonómica reguladora del control y la inspección ambiental de actividades: aproximación general . .	165
A.	La normativa estatal: las escasas previsiones recogidas en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación y en la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios	166
B.	La normativa autonómica: mayor regulación de la inspección ambiental pero insuficiencia del marco jurídico actual para dar respuesta a las necesidades de control de las comunicaciones y declaraciones responsables	167
2.	La futura transposición de la Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010, sobre las emisiones industriales y su impacto sobre el régimen de inspección ambiental	174
IV.	El control e inspección de actividades por entidades colaboradoras de la administración: realidad y perspectivas	177
V.	Reflexiones finales: las principales carencias de la normativa vigente y los retos de la regulación de la inspección ambiental en el actual contexto liberalizador	184
	Bibliografía	186

COMUNICACIÓN PREVIA E INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: ACCESO A LA JUSTICIA DE TERCEROS AFECTADOS POR ACTIVIDADES CON INCIDENCIA AMBIENTAL EN EL ÁM- BITO LOCAL, <i>Marta García Pérez</i>	193
I. Planteamiento	193
II. Comunicación previa y silencio administrativo	199
1. Comunicación previa y silencio positivo	199
2. Comunicación previa y silencio negativo	201
III. Comunicación previa y denuncia de tercero	203
IV. La vía civil contra el comunicante	205
V. Publicidad registral e impugnación de la comunicación	207
VI. La pretensión de condena en el proceso contencioso-administrativo . .	209
1. La pretensión del recurrente	210
2. Las dificultades que plantea la pretensión de condena en el marco de un proceso provocado por una actividad comunicada ilegal	210
3. La jurisprudencia superadora de las trabas procesales para el ejercicio de la pretensión de condena	215
A. La sentencia del TSJ de Valencia de 7 de abril de 2006 (RJCA 2006/808)	215
B. La sentencia del TSJ de Madrid de 26 de enero de 2012 (RJCA 2012304)	218
4. Propuestas de <i>lege ferenda</i>	221
5. Aspectos procesales a tener en cuenta en relación con la preten- sión de condena	222
VII. A modo de conclusión	223
Bibliografía	224
LA INTEGRACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN LOS PROCESOS DE NORMALIZACIÓN Y LA PREVENCIÓN DE RESTRIC- CIONES AL MERCADO INTERIOR, <i>Marc Tarrés Vives</i>	227
I. Introducción	227
II. Las normas técnicas y la defensa de espacios jurídico-públicos en el marco de la globalización	229
III. La complejidad de las normas técnicas en su elaboración y aplica- ción	234

IV.	Una breve nota sobre el sistema europeo de normalización en materia de seguridad de los productos y la consideración de los aspectos medioambientales.	237
V.	Normalización y prevención de restricciones al mercado interior por razones medioambientales.	240
VI.	Un ejemplo: el papel de la normalización en el comercio y seguridad de los productos modificados genéticamente	243
	1. Necesidad y dificultad en el establecimiento de normas técnicas sobre bioseguridad	243
	2. Bioseguridad y comercio internacional.	245
VII.	A modo de conclusión	248
	Bibliografía	248

URBANISMO COMERCIAL Y MEDIO AMBIENTE: EL RETO DE UN MODELO URBANO SOSTENIBLE, *José Manuel Pérez Fernández*

I.	Introducción	251
II.	La Directiva de servicios y su incidencia en el nuevo marco legal del urbanismo comercial	254
	1. La Directiva de Servicios: transposición y cuestión competencial	254
	A. La transposición formal y material de la Directiva de Servicios en el sector del comercio	255
	B. La cuestión competencial: la priorización de los títulos de ordenación económica frente a la ordenación del territorio y la tutela medioambiental	259
	2. El control de la instalación de equipamientos comerciales: el problema de los grandes equipamientos comerciales o cuando la excepción se convierte en regla general	261
III.	El medio ambiente como razón imperiosa de interés general en la nueva regulación del urbanismo comercial: la búsqueda de un modelo urbano sostenible	264
	1. La tutela del medio ambiente y la ordenación territorial y urbanística como razones imperiosas de interés general que justifican el nuevo marco legal del urbanismo comercial	265
	2. La tutela del medio ambiente en los criterios de otorgamiento de la autorización (o informe) comercial.	269
	3. La planificación territorial del equipamiento comercial: una vía idónea para garantizar la tutela del medio ambiente en el marco de un modelo urbano sostenible	271
IV.	Conclusiones	277
	Bibliografía	278

COMERCIALIZACIÓN DE TRANSGÉNICOS Y MEDIO AMBIENTE, <i>Íñigo Urrutia Libarona</i>	281
I. Introducción	281
II. El marco jurídico: autorizaciones de comercialización de transgénicos	284
1. Fundamento jurídico de la intervención de la UE	284
2. El marco jurídico	286
A. Autorización de liberación voluntaria de OMG	287
B. Autorización de comercialización de productos que consistan o que contengan OMG	289
C. Autorización de comercialización de OMG cuyo destino es el alimento humano o los piensos animales	290
III. El control ambiental	292
1. Controles <i>ex ante</i>	292
2. Controles <i>ex post</i>	296
3. Controles ambientales en razón del lugar (áreas protegidas) ..	298
IV. Libre circulación de productos transgénicos autorizados	300
V. Procedimientos especiales para limitar la circulación y el cultivo .	303
VI. Instrumentos para limitar la presencia accidental de transgénicos en otros cultivos	304
VII. La propuesta de cláusula de excepción	308
VIII. Conclusiones	311
Bibliografía	314
LA PROTECCIÓN AMBIENTAL NO DEBE DISTORSIONAR LA COMPETENCIA, <i>José Carlos Laguna de Paz</i>	317
I. ¿Son compatibles las políticas ambiental y de defensa de la competencia?	317
II. Regulación y autorregulación	319
III. Principio de libre iniciativa y sus límites	321
IV. Adjudicación administrativa de derechos de uso	323
V. Criterios ambientales en la contratación pública	324
VI. La protección ambiental en la aplicación del Derecho de la Competencia	326
VII. Ayudas estatales para la protección del medio ambiente	327
VIII. Conclusiones	329
Bibliografía	330

Segunda Parte

**MEDIO AMBIENTE COMO FACTOR DE ORIENTACIÓN
DEL MERCADO. LOS INSTRUMENTOS ECONÓMICOS Y
DE MERCADO PARA INCENTIVAR COMPORTAMIENTOS
SOCIALMENTE RESPONSABLES Y GESTIONAR DE MODO
EFICIENTE LOS RECURSOS NATURALES**

EL PAGO POR SERVICIOS AMBIENTALES PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DEL MEDIO RURAL: LOS CONTRATOS TERRITORIALES, <i>Blanca Lozano Cutanda, Jose María Rábade Blanco</i> . .	337
I. Introducción: ¿quién debería pagar por los servicios de los ecosistemas? El nuevo principio <i>quien se beneficia paga</i>	337
II. Los sistemas de pagos por servicios ambientales (PSA)	339
III. Los compromisos agroambientales del segundo pilar de la política agrícola común	341
IV. Los contratos territoriales como sistema PSA para el desarrollo sostenible del medio rural	346
1. Definición y naturaleza jurídica	349
2. Finalidades del contrato territorial	353
3. Posibles beneficiarios	353
4. Compromisos del beneficiario	354
5. Procedimiento para la convocatoria de los contratos	355
6. Informe anual nacional del estado de aplicación del contrato territorial	355
Bibliografía	355
POSIBILIDADES Y LÍMITES PARA EL USO DE LAS ETIQUETAS AMBIENTALES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, <i>J. José Pernas García</i>	359
I. Introducción	359
II. El uso de los sistemas de ecoetiquetado en las distintas fases del procedimiento de contratación pública	361
1. El papel de las etiquetas ambientales en la determinación y comprobación del cumplimiento de las prescripciones técnicas	361
A. La etiquetas ambientales como elemento de apoyo para elaborar las prescripciones técnicas	361
B. Las etiquetas ambientales como medio de prueba de cumplimiento de las cláusulas o criterios ambientales	365
2. Sobre la posibilidad de utilizar las etiquetas ambientales como criterio de adjudicación de los contratos públicos	366

3. La determinación de condiciones de ejecución del contrato por referencia a etiquetas ambientales.	368
4. Límite al uso de etiquetas ambientales derivado de los principios de igualdad y de transparencia	372
A. Los criterios o cláusulas derivadas de etiquetas ambientales deben estar vinculadas al objeto del contrato. No es posible recurrir a especificaciones detalladas para la concesión de una etiqueta que hagan referencia a condiciones subjetivas, es decir, que aludan al comportamiento ambiental o ético del operador económico y no a las características del producto	372
B. El órgano de contratación no puede exigir una etiqueta determinada como especificación técnica, o establecer un criterio de adjudicación por referencia exclusiva a un concreto sistema de etiquetado	374
C. Sobre la posibilidad de determinar cláusulas o criterios ambientales (o sociales) por referencia global y expresa a una concreta etiqueta ecológica en los documentos contractuales.	378
5. El fomento de la contratación pública verde a través de las normas comunitarias reguladoras de sistemas públicos de etiquetado	383
III. Conclusiones	385
Bibliografía	386
TRANSPARENCIA EMPRESARIAL E INFORMACIÓN AMBIENTAL, <i>Ángel Ruiz de Apodaca Espinosa</i>	387
I. Introducción	387
II. El derecho a la información ambiental.	389
III. Las obligaciones legales de los sujetos en relación con la información ambiental	391
1. Instalaciones obligadas a suministrar la información al PRTR	393
2. Auténtica obligación legal de transparencia que exige la correspondiente veracidad de los datos suministrados	394
IV. Los sistemas voluntarios de gestión ambiental y la difusión de la información ambiental	394
1. El Reglamento EMAS y la declaración ambiental	396
A. La declaración ambiental	397
B. Contenido de la declaración ambiental en el sistema EMAS y su verificación	398
2. La ISO 14001 y la inexistencia de declaración ambiental	400
3. El sistema de ecoetiquetado	401
V. La responsabilidad social corporativa y la transparencia ambiental de las organizaciones	402

1. La transparencia ambiental en las cuentas anuales de las empresas	406
2. La Recomendación 2001/43/CE, relativa al reconocimiento, medición y la publicación de cuestiones ambientales en las cuentas anuales	407
3. El <i>Global Reporting Initiative</i> (GRI). Criterios para la elaboración de una memoria de sostenibilidad pública	409
4. Otros índices relativos a la transparencia ambiental de determinadas organizaciones y empresas	413
A. <i>Carbon Disclosure Project</i>	413
B. <i>Newsweek Green Ranking</i>	414
C. Informe Reporta	415
VI. Conclusiones	415
Bibliografía	417

ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE LA ECO-INNOVACIÓN Y EL DISEÑO ECOLÓGICO, <i>Francisco Javier Sanz Larruga</i>	421
I. Introducción	421
II. La decidida apuesta por la eco-innovación en la Unión Europea ..	422
1. El concepto de la eco-innovación	422
2. Los hitos fundamentales en la implantación de la eco-innovación en la Unión Europea	424
A. El «Plan de acción para las tecnologías ambientales» de 2004.	424
B. El «Programa Marco para la Innovación y la Competitividad (2007-2013)»	427
C. El Plan de Acción sobre Consumo y Producción Sostenibles y una Política Industrial Sostenible de 2008	428
D. La «Estrategia Europa 2020» y el fomento del crecimiento sostenible	429
E. Iniciativa emblemática de Europa 2020. «Unión por la innovación»	430
F. Una política industrial integrada para la era de la globalización: poner la competitividad y la sostenibilidad en el punto de mira	431
G. Una Europa que utilice eficazmente los recursos. Iniciativa emblemática con arreglo a la Estrategia Europa 2020	433
H. Plan de Acción sobre Eco-innovación (Eco-AP)	436
3. Breve referencia al régimen jurídico de la eco-innovación en España	439

III.	El diseño ecológico como aplicación primordial de la eco-innovación. Aproximación a su régimen jurídico.	440
1.	Concepto y antecedentes del diseño ecológico o «eco-diseño»	440
2.	La «política integrada de productos» de la Unión Europea como base fundamental del diseño ecológico.	442
A.	El Libro Verde sobre la política de productos integrada.	442
B.	El desarrollo del concepto de ciclo de vida medioambiental	445
3.	El grupo normativo que incorpora la metodología del diseño ecológico de productos	448
A.	Precedentes	448
B.	La regulación sobre el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a productos relacionados con la energía.	448
a)	Base normativa: las Directivas 2005/32/CE y 2009/125/CE. Ámbito de aplicación	448
b)	Fines y objetivos principales	450
c)	Fundamento y enfoque normativo. El análisis del ciclo de vida	450
d)	Las medidas de ejecución y los requisitos de diseño ecológico. La solución alternativa de la autorregulación	451
e)	Libertad de circulación de los productos y su previa declaración de conformidad.	453
f)	Actividad de control de los productos por parte de los Estados miembros	455
g)	Responsabilidad del importador y régimen sancionador	457
4.	Las normas técnicas y el certificado ambiental «eco-diseño»	458
IV.	Algunas conclusiones.	459
	Bibliografía	461
LOS MERCADOS ARTIFICIALES DE RECURSOS NATURALES, <i>Íñigo Sanz Rubiales, Isabel Caro-Patón Carmona</i>		
I.	Introducción: las razones de la creación de mercados para proteger el medio ambiente	463
1.	Mercado y policía	464
2.	Mercados e impuestos.	465
3.	Los mercados afrontan tanto problemas cuantitativos (escasez del propio recurso natural) como cualitativos (límites máximos de contaminación). Enfoque adoptado	466
II.	Requisitos para crear un mercado de derechos de uso de recursos naturales	466
1.	Requisitos jurídicos.	467
A.	No tiene por objeto bienes <i>extra commercium</i> (aunque sí derechos sobre esos bienes)	467

B. Conveniencia de inexistencia previa de derechos privados .	468
C. Una adecuada regulación, que incluya instrumentos de control	468
2. Requisitos económicos	469
A. Escasez del recurso	469
B. Inducción de la demanda.	470
3. Requisitos físicos	471
A. Homogeneidad y mensurabilidad del recurso	471
B. ¿Renovabilidad del recurso?	473
III. El uso del mercado para la protección cuantitativa: ¿sirve el caso del Alto Guadiana como paradigma?	473
1. Antecedentes del Plan Especial del Alto Guadiana	475
2. El Plan Especial	477
A. Medidas destinadas a convertir a todos los usuarios en concesionarios	477
B. El mercado del agua	478
C. La última reforma de la Ley 11/2012	479
3. Qué ingredientes ha de tener el mercado para que funcione.	480
A. Requisitos jurídicos	480
B. Requisitos económicos: escasez y demanda	481
C. Requisitos físicos.	482
IV. Algunos mercados de protección cualitativa de recursos naturales	483
1. Atmósfera: mercado europeo de emisiones de gases de efecto invernadero	483
2. ¿Un mercado para la prevención de la contaminación difusa de las aguas?	486
V. Conclusión	487
Bibliografía	487

FISCALIDAD DE LOS DERECHOS DE EMISIÓN. UN PUNTO DE ENCUENTRO ENTRE LA TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE Y EL REGIMEN DE PROTECCION DE LAS LIBERTADES COMUNITARIAS, <i>César García Novoa</i>	489
I. Introducción	489
II. La protección del medio ambiente es un principio asumido en el Derecho de la Unión, que se superpone y coexiste con las libertades comunitarias	490
III. La protección del medio ambiente en materia de protección contra emisiones atmosféricas.	491
IV. La naturaleza jurídica de los derechos de emisión.	494

V.	Métodos de asignación y transmisión de derechos de emisión de gases de efecto invernadero y libertades europeas	497
VI.	Cuestiones fiscales relativas a los derechos de emisión en el ordenamiento interno español	501
	1. La tributación de las transmisiones y adquisiciones de derechos de emisión con ámbito exclusivamente interno	502
	A. Impuesto sobre Sociedades	502
	B. Impuesto sobre el Valor Añadido	508
VII.	La tributación internacional de los derechos de emisión	510
	Bibliografía	512

PRESENTACIÓN

El objetivo de llevar a cabo el presente libro colectivo surgió en el marco del proyecto «Mercado interior, libertades económicas y medio ambiente» (DER2011-28994)¹, concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación en el marco de la convocatoria de Proyectos de Investigación, Subprograma de Proyectos de Investigación Fundamental No Orientada (en adelante Proyecto MILEMA).

Este proyecto analiza, por un lado, las tensiones jurídicas entre las libertades económicas comunitarias y las actuaciones nacionales de protección del medio ambiente, con la finalidad de precisar cuándo y con qué condiciones pueden ser establecidas estas medidas administrativas, sin que ello represente una medida contraria a las libertades del mercado interior. Por otra parte, pretende precisar el potencial del Derecho ambiental para incentivar comportamientos socialmente responsables o favorecer una gestión eficiente de los recursos naturales, mediante el recurso a instrumentos económicos y de mercado como la contratación pública verde, las ayudas estatales, los mercados de recursos naturales o los sistemas de eco-etiquetado. El proyecto se centra, por tanto, en el estudio del medio ambiente como, por una parte, factor limitativo y, por otra, factor orientador del mercado.

Antes de la publicación de este libro, el proyecto se ha desarrollado a través de diversas publicaciones sobre contratación pública verde o sobre la incidencia de la Directiva de servicios o, en términos más generales, de los procesos de simplificación y liberalización en el Derecho ambiental². Estas cuestiones no

¹ Véase más información sobre el proyecto en su sitio web: <http://proyectomilema.wordpress.com>. También han colaborado en el desarrollo del trabajo el proyecto «Derecho ambiental y libertad de servicios en el mercado interior: nuevos retos, transformaciones y oportunidades» (DER2010-19343), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

² Citamos, por ejemplo, PERNAS GARCÍA, J. José, «El efecto desregulador de la Directiva de servicios y su incidencia en la ordenación administrativa ambiental», en NOGUEIRA LÓPEZ, Alba (Dir.), *La termita Bolkestein, Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2012; *Contratación pública verde*, La Ley, Madrid, 2012; «Los procesos de liberalización y simplificación administrativa y su incidencia en las técnicas de intervención administrativa ambiental», en L. CASADO CASADO, J. R. FUENTES I GASÓ, J. GÍFREU FONT (Dirs.), *Prestación de servicios, administraciones públicas y derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

son abordadas de la misma forma en el presente trabajo. Por ello, aunque se puedan echar en falta algunas cuestiones, nos ha parecido más coherente evitar reiteraciones, por lo que hemos centrado los temas de estudio de este libro en cuestiones no previamente tratadas en el proyecto o, simplemente, que habían sido abordadas de modo excesivamente general.

El libro colectivo siguiendo la coherencia lógica del proyecto se estructura en dos partes. La primera parte –«El medio ambiente como factor de limitación del mercado»– analiza diversas cuestiones referidas a la ordenación normativa y administrativa de las actividades económicas en materia ambiental, en el marco de las exigencias de las libertades de circulación económica del mercado interior. La segunda parte –«El medio ambiente como factor de orientación del mercado»– trata diferentes mecanismos ambientales destinados a modificar y orientar el comportamiento de los operadores económicos del mercado.

El libro colectivo pretende ser, por tanto, una aportación a la clarificación jurídica del papel del sistema ambiental como elemento externo de limitación y ordenación de las libertades económicas, para evitar o reducir los riesgos ambientales, o como factor de cambio y orientación del mercado, con la finalidad de fomentar nuevos modelos de producción y consumo. Estos objetivos son particularmente interesantes en un momento como el actual en el que las tendencias del ordenamiento jurídico, el contexto de la crisis y las políticas imperantes tanto plantean riesgos de desregularización o liberalización injustificada o desproporcionada y, en consecuencia, de cierta regresión ambiental, como ofrecen la oportunidad de aprovechar el potencial de políticas e instrumentos jurídico-ambientales capaces de impulsar modelos sostenibles e innovadores de desarrollo socio-económico.

El trabajo ha sido llevado a cabo en parte por integrantes del Proyecto MILE-MA, particularmente los profesores Marta García Pérez, Manuela Mora Ruiz y Ángel Ruiz de Apodaca Espinosa. No obstante, el proyecto de libro colectivo no habría podido ser llevado a cabo sin la participación de colegas y amigos, como los profesores Isabel Caro-Patón Carmona, Lucía Casado Casado, César García Novoa, José Carlos Laguna de Paz, Blanca Lozano Cutanda, José Manuel Pérez Fernández, José María Rábade Blanco, Mariola Rodríguez Font, Nicolas de Sadeleer, Íñigo Sanz Rubiales, Marc Tarrés Vives e Íñigo Urrutia Libarona. Queremos agradecer la generosidad y la implicación de todos ellos para conformar este libro colectivo, mediante trabajos de gran interés y calidad. Asimismo, agradecemos la generosidad del profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz por la realización del Prólogo de esta obra.

Francisco Javier Sanz Larruga
José Pernas García
A Coruña, 8 de abril de 2013

PRÓLOGO

El libro colectivo que tengo el honor de prologar sobre libre mercado y protección ambiental, dirigido y coordinado por los profesores Francisco Javier Sanz Larruga y José Pernas García, constituye una valiosa aportación en materia de Derecho público económico que los especialistas de esta materia agradecerán sobremedida. No solo por la categoría académica de sus autores, profesoras y profesores españoles y extranjeros bien conocidos en la comunidad científica del Derecho público, sino por el enfoque y metodología que lo preside, bien cercano al pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario que tanto ayuda a la investigación en el Derecho administrativo. En efecto, las relaciones entre la libertad y el poder público, entre la intervención pública y los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, conforman uno de los puntos cardinales desde el que se alumbra un nuevo Derecho administrativo que, como diría GONZÁLEZ NAVARRO, se nos presenta como el Derecho del poder para la libertad o, más en concreto, como el Derecho del poder público para la libertad solidaria.

El libro que el lector tiene en sus manos estudia temas tan relevantes como el de las restricciones al mercado europeo consecuencia de la dimensión ambiental, analiza los aspectos relativos a la inspección ambiental, a la proyección de la directiva de servicios y el medio ambiente. Además, trata aspectos tan fundamentales para comprender el sentido social del mercado como puede ser la transparencia o la creación de mercados para la protección del medio ambiente.

El sentido de la libertad económica y el alcance de la presencia del Estado en la economía es un tema permanente del debate acerca de las relaciones entre libertad y Estado. En el caso del Derecho de la Unión Europea, la pugna entre libertades económicas, libertad de circulación de personas, bienes o servicios y el interés general constituye un botón de muestra bien elocuente de la tensión que siempre ha existido entre libertad e intervención pública. El equilibrio entre las libertades económicas y la cohesión social, qué duda cabe, es precisamente uno de los grandes desafíos de la construcción europea que, por la preponderan-

cia de la dimensión mercantil, está dando al traste con la propia personalidad e identidad de un continente que fue capaz de comprender durante largo tiempo la relevancia de la libertad solidaria, la importancia del sentido del límite.

En efecto, las libertades tienen límites. El interés general también tiene límites. Las libertades a veces colisionan unas con otras y es menester realizar una tarea de ponderación que permita, en cada caso, preservar la dignidad del ser humano. Y, en ocasiones, las más, el despliegue operativo de esas libertades puede lesionar el interés general, tantas veces, como se demuestra en las páginas de este libro, residenciado en el derecho al medio ambiente, que también es un derecho fundamental del ciudadano. En materia agraria, en materia ganadera especialmente, las normas comunitarias, directivas y reglamentos, limitan, en algunos casos prohíben, la libre circulación de animales o plantas que puedan ocasionar atentados al medio ambiente. En estos supuestos, el Tribunal de Justicia, cuando ha tenido que conocer de alguna cuestión prejudicial, ha dejado bien claro, como no podía ser de otra manera, que esos límites deben estar acreditados, argumentados, motivados.

Que la regla general sea la un mercado interior con libertad de circulación de personas, bienes y servicios no quiere decir, ni mucho menos, que no existan excepciones. Unas excepciones que cobran sentido porque ayudan a entender el juego de la libertad desde la perspectiva de los valores comunitarios. Si la libertad económica y la cohesión social son los dos componentes básicos de la identidad europea, es lógico que las libertades económicas y comerciales se entiendan desde este punto de vista. Es más, una concepción absoluta de la libertad económica no sería comunitaria pues atentaría gravemente a la esencia de los Tratados fundacionales. En el mismo sentido, una idea ilimitada del interés general, sin concreción y sin argumentación, igualmente constituiría una profunda quiebra de la sustancia comunitaria.

Desde mi particular aproximación a las ciencias sociales a partir de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, se entiende francamente bien la funcionalidad del mercado interior en la UE y su necesaria interacción con aspectos nucleares del interés general como pueden ser la protección del medio ambiente y la preservación de la salud. Libertad e interés general no son realidades contrapuestas o que se relacionen únicamente desde la confrontación. Más bien son dos realidades complementarias, que se entienden desde la integración y la armonía al servicio de la dignidad del ser humano, que es, como todos sabemos, la piedra de toque del Ordenamiento fundacional europeo.

Los artículos 34 y 35 del Tratado, como es bien sabido, prohíben en el comercio entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación, así como todas las medidas de efecto equivalente. El principio es la libertad de circulación y la excepción la restricción. Es decir, tanta libertad como sea posible y tanta restricción como sea necesaria para garantizar la libertad de circulación de forma objetiva y adecuada. El Tribunal de

Justicia ha entendido, en reiterada jurisprudencia, que debe considerarse como medida de efecto equivalente a la restricción cuantitativa, cualquier normativa comercial de los Estados miembros que pueda obstaculizar de forma directa o indirecta, real o potencialmente, el comercio intracomunitario. Sin embargo, como señala la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 1998, el Tratado no será un obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación cuando estas se justifiquen, en particular, por razones de protección de la salud de las personas, con la condición de que tales prohibiciones o restricciones no constituyan ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros.

Por ejemplo, la Directiva 94/25, en su artículo 4 párrafo 1 (versión modificada por la Directiva 2003/44) dispone que los Estados miembros no prohibirán, restringirán ni impedirán la comercialización y/o puesta en servicio en su territorio de determinados productos, en este caso las motos acuáticas. Por su parte, un reglamento sueco sancionó a varios particulares por conducir motos acuáticas fuera de las vías de navegación pública. La cuestión que se le planteó al Tribunal es, obviamente, si tal norma interna que prohíbe el uso de motos acuáticas en determinadas zonas en contraria al Derecho comunitario. O, mejor, si los artículos 28 a 30 del Tratado se oponen a normas limitadoras de los Estados miembros por motivos de protección ambiental. El Tribunal lo tiene claro pues entiende, en sentencia de 4 de junio de 2009, que una normativa nacional puede estar justificada por el objetivo de la protección ambiental mientras respete en términos generales la directiva. Por eso concluye el Tribunal de la UE que los artículos 28 a 30 del Tratado no se oponen al reglamento sueco siempre que las autoridades nacionales competentes estén obligadas a adoptar las medidas de aplicación previstas para designar las zonas situadas fuera de las vías de navegación públicas en las que pueden utilizarse las motos acuáticas, siempre que dichas autoridades hayan ejercido efectivamente la competencia que les ha sido conferida a este respecto y hayan designado las zonas que cumplen los requisitos establecidos en la normativa nacional, y siempre que tales medidas hayan sido adoptadas en un plazo razonable tras la entrada en vigor de dicha normativa.

En este caso, pues, la excepción a la libertad de circulación de motos acuáticas por razones de medio ambiente, perfectamente coherente, ha de concretarse y argumentarse de forma y manera que la norma interna que limita en su territorio la libertad económica por razones de protección ambiental debe especificar las zonas navegables no aptas para estos productos. La protección del medio ambiente se nos presenta como una condicionante relevante al despliegue operativo de la libertad económica por razones fácilmente entendibles.

Probablemente, los límites a la libertad de circulación de mercancías resulten bien patentes cuando se trata de la protección de la salud de las personas. En un caso bien elocuente, el Tribunal de Justicia entendió, por sentencia de 11 de julio de 200, que una normativa nacional que establece por un lado la prohibición de

usar tricloroetileno (sustancia con potencial cancerígeno) con fines profesionales y, por otro, un sistema de excepciones individuales y condicionadas está justificado con arreglo al artículo 36 del Tratado por razones de salud de las personas.

En otras ocasiones, el Tribunal de Justicia de la UE ha entendido, sentencia de 5 de febrero de 2004, que una normativa nacional que exige que la comercialización de determinados bienes se supedite a la inclusión previa de estos en una lista positiva, dificulta y encarece su comercialización y, en consecuencia, obstaculiza los intercambios entre los Estados miembros. Sin embargo, las excepciones a esta regla general del mercado interior deben ser justificadas en razones de protección de la salud y vida de las personas y de los animales, siempre que dichas prohibiciones, restricciones o limitaciones, dice la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de mayo de 1999, no constituyan ni un medio de discriminación arbitrario ni una restricción encubierta del comercio interior en la UE. Además, como señala esta última sentencia, según el artículo 30 del Tratado, lo dispuesto por los artículos 28 y 29, la protección de la salud y la vida de los animales constituye una exigencia fundamental reconocida en el Derecho comunitario que permite justificar tales restricciones. La sentencia del Tribunal de justicia de 12 de octubre de 2000 recuerda que las restricciones a la libre circulación de mercancías pueden estar justificadas por exigencias imperativas como la protección del medio ambiente.

Las limitaciones deben ser razonables, lo que significa que la arbitrariedad en la restricción no es posible. En efecto, la restricción debe estar adecuadamente razonada, motivada, justificada. En el caso de la protección ambiental, el Tribunal se refiere a exigencia imperativa. Es decir, se trata de hechos que se imponen por sí mismos. En el caso de la sentencia de 19 de junio de 2008, la posibilidad de que determinados mamíferos puedan subsistir en libertad representa una amenaza ecológica, situación que encaja en el concepto de exigencia imperativa.

Parece, a juzgar por la realidad actual y, sobre todo, por la evolución que ha tenido en Europa esta cuestión, que deberíamos releer con más profundidad, desde una perspectiva más amplia, a los profesores de la Escuela de Friburgo, a los inventores del concepto de la economía social de mercado o de economía de mercado social. Sobre todo cuando formulaban aquella máxima tan célebre, y tan relevante: tanta libertad como sea posible y tanta intervención como sea imprescindible. La intervención pública en esta materia solo tiene sentido para garantizar el ejercicio de los derechos y libertades desde parámetros de racionalidad y objetividad. El mercado tiene reglas. Sin reglas el mercado sería la selva. La libertad tiene límites, como también las tiene la intervención pública. El equilibrio, la ponderación, la mesura en los espacios de complementariedad entre estas dos realidades, ayuda a encontrar las soluciones a las tensiones que se producen entre el ánimo de lucro y la necesidad de preservar el interés general, tantas veces situado en cuestiones de salud o de medio ambiente. Por eso, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se refiere a discriminaciones arbitra-

rias, restricciones encubiertas o exigencias imperativas. Porque la limitación de la libertad, que es la regla, debe ser razonada. Más todavía, el grado de racionalidad de la limitación vendrá exigido por la intensidad de la libertad de comercio en el sector de que se trate. Por eso, el riesgo de una amenaza ecológica como consecuencia de la libre circulación de especies animales peligrosas o potencialmente dañinas para el medio ambiente es, qué duda cabe, una exigencia imperativa para la limitación.

En los trabajos expuestos en esta obra colectiva se pone de manifiesto de forma ejemplar que el medio ambiente, la protección medioambiental, es un asunto de obvio y evidente interés general que limita, como es lógico, la libertad de comercio de la UE. La jurisprudencia, se comprueba a lo largo de todo el libro, ha sido bien clara y rotunda para limitar en determinados supuestos esta libertad comercial reconocida en los Tratados fundacionales cuando efectivamente existen razones adecuadas, proporcionadas, justificadas que así lo demanden.

En efecto, la protección medioambiental es, desde luego, un asunto de evidente y obvio interés general. De un interés general que como he escrito recientemente en mi libro sobre *Interés general, Derecho Administrativo y Estado de bienestar*, existe, para el Estado de Derecho, en forma concreta y argumentada. De ahí que las limitaciones de las libertades económicas por razones de medio ambiente, también con objeto de la protección de la salud de las personas, han de estar no solo previstas en las normas, sino presentarse de forma puntual y justificadamente.

En realidad, tras la existencia de límites a las libertades reconocidas en los Tratados fundacionales se encuentra la misma construcción de los derechos fundamentales en el Estado social y democrático de Derecho. Tema al que en el pasado he prestado alguna atención y que me parece que está en la médula del entendimiento del sentido moderno del Derecho público económico. En el fondo, en esta construcción doctrinal, y jurisprudencial, del sentido de las libertades en el Estado social y democrático está la clave para comprender el papel de la libertad y de la intervención, la función del derecho fundamental de la persona y del Estado, el entendimiento de para mí la noción clave: la libertad solidaria. Por eso, dejo para el final del prólogo a esta gran obra colectiva, una serie de consideraciones acerca del juego de los derechos fundamentales y el papel del Estado que me parece que pueden ayudar a comprender mejor el sentido de las limitaciones que en el propio Derecho comunitario existen a la libertad de comercio entre los Estados miembros. Libertad económica y cohesión social, libertad e interés general son conceptos que se entienden desde la complementariedad. Desde el Derecho administrativo constitucional se comprende cabalmente el sentido de los límites al ejercicio de las libertades como proyecciones de su entendimiento desde la cláusula del Estado social y democrático de Derecho. Veamos.

Como es bien sabido, los derechos fundamentales de la persona constituyen la esencia misma del régimen constitucional y acompañan, lógicamente, a la definición del Estado social y democrático de Derecho porque constituyen,

efectivamente, una de las claves hermenéuticas para entender el entero sistema constitucional, su contenido y sus límites.

La íntima relación existente entre derechos fundamentales de la persona y la cláusula del Estado social de Derecho permite, a mi juicio, avanzar algunas consideraciones sobre la operatividad de un Derecho administrativo que encuentra en los derechos fundamentales de la persona los principios informadores de todo su Ordenamiento jurídico en la medida en que prácticamente todo el conjunto de los principios generales del Derecho en un Estado de Derecho traen su causa, de una u otra manera, precisamente de la centralidad de los derechos fundamentales de la persona, que constituyen la proyección jurídica de la centralidad de la noción de la dignidad de la persona.

La Constitución española de 1978 ha supuesto, como todos sabemos, evidentes impactos sobre los pilares de nuestro Derecho administrativo. En efecto, tales influencias permiten, como ya hemos avanzado, hablar de un Derecho administrativo constitucional presidido precisamente por una necesaria interpretación del interés general en armonía con los valores constitucionales. Un Derecho administrativo constitucional en el que juegan un papel estelar los derechos fundamentales de la persona, principios y límites a los que debe someterse el poder público en un Estado de Derecho.

El artículo 103 de la Constitución, como sabemos, comienza señalando que «la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales». El artículo 9.2 manda a los poderes públicos que promuevan las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas y de los grupos en que se integren sean reales y efectivas impidiendo los obstáculos a su cumplimiento. El artículo 10.1 dispone que la dignidad de la persona y sus derechos inviolables son el fundamento de la paz social y del orden político. Es decir, esos intereses generales vienen definidos, entre otros contenidos, por la efectividad de los derechos fundamentales que, en el Estado social y democrático de Derecho, constituyen la razón de ser de la Administración pública. Hasta el punto de que si hay un espacio indisponible en el concepto de interés general este es el que se refiere a la promoción y protección del derecho fundamental. En otras palabras, el Derecho administrativo constitucional está llamado a potenciar y hacer posibles los derechos fundamentales de las personas a través del conjunto de categorías, conceptos e instituciones que integran esta rama del Derecho público.

Los derechos fundamentales de la persona han jugado un papel de primer orden en la configuración del constitucionalismo. Las normas que los regulan, unidas a las que definen el sistema económico y a las que articulan el modelo de Estado constituyen, sin duda, la parte de la Constitución de la que se deduce el modelo constitucional de sociedad. En su origen, los derechos fundamentales de la persona se concebían como auténticos límites frente al poder público. Es decir, imponían un ámbito de libre determinación individual completamente exento del poder del Estado. Esta dimensión de los derechos fundamentales de la persona era la lógica consecuencia del establecimiento de los postulados del

Estado liberal de Derecho en el que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana en su estricta dimensión individual. Por eso, el Derecho público al regular la gestión y administración de los diferentes intereses colectivos se encontraba siempre con un ámbito vedado a su actuación que venía definido por las esferas y espacios de libertad de los ciudadanos, que no podían ser de ninguna manera afectados.

Sin embargo, el tránsito del Estado liberal de Derecho al Estado social y democrático de Derecho ha traído consigo una nueva dimensión del papel y funcionalidad de los derechos fundamentales de la persona. Nueva orientación que encuentra su apoyo en la superación de la clásica emancipación entre Estado y Sociedad. En efecto, ya no son los derechos fundamentales de la persona exclusivamente barreras a la acción de los poderes públicos. Más bien, se configuran como un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos.

Otro elemento, de carácter general, que ayuda a una comprensión de la funcionalidad de los derechos fundamentales en el Estado social y democrático de Derecho, se encuentra en los denominados «derechos económicos y sociales». Hace algún tiempo, tales derechos eran derivados de los llamados principios rectores de la política social y económica, obligaciones de los poderes públicos en esta materia, por ejemplo. Sin embargo, poco a poco, algunos de estos derechos, o, si se quiere, algunas de las prestaciones del Estado han ido adquiriendo una notable relevancia. Es el caso, por ejemplo, del derecho a la vivienda o del derecho al medio ambiente según en qué Ordenamientos constitucionales.

Los derechos económicos y sociales, que gravitan sobre el valor igualdad, tienen una función que se encuentra al servicio de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad. Es decir, el polémico binomio libertad-igualdad no se encuentra en franca oposición. Se complementa, eso sí, al servicio del pleno desarrollo de la subjetividad humana. Quizás por ello, insisto, la expresión libertad solidaria, que he utilizado en trabajos de ciencia política, tenga su sentido y justificación. Hoy, en plena crisis financiera y económica a consecuencia de una forma demasiado individualista de entender la libertad económica, la reflexión sobre la solidaridad y la racionalidad es, si cabe, más relevante, sobre todo para entender desde una perspectiva más amplia el propio concepto de la libertad.

Nuestro Tribunal Constitucional, el del reino de España, ha precisado con claridad el alcance y la trascendencia de los derechos fundamentales de la persona como elementos clave del Ordenamiento jurídico y, en este sentido, como principios informadores del conjunto del sistema normativo. En efecto, es doctrina ya consolidada que constituyen la escena misma del régimen constitucional, que son de aplicación directa, sin que sea necesaria para su efectividad un desarrollo legislativo, o que son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que,

por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política. Por ejemplo, tal y como ha señalado solemnemente la sentencia de 14 de julio de 1981, «la Constitución reserva a las Cortes Generales todo cuanto se refiere al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, que constituyen el fundamento mismo del orden político-jurídico del Estado en su conjunto». Afirmaciones, todas ellas, que responden, desde un punto de vista objetivo, a erigir a los derechos fundamentales como elementos esenciales sobre los que debe apoyarse el ordenamiento jurídico en su conjunto. Subjetivamente, tienden a tutelar la libertad, autonomía y seguridad de la persona no solo frente al poder, sino también frente a los demás miembros del cuerpo social.

La doctrina del Tribunal Constitucional ayuda a entender en sus justos términos que la promoción y efectividad de los derechos fundamentales de la persona se erige en elemento capital y central de la esencia de lo que deba entenderse en cada caso como «servicio objetivo al interés general». Los derechos fundamentales de la persona ponen de manifiesto que el mantenimiento de la libertad se erige en fin del mismo Estado. Afirmación que debe entenderse a partir de la función del Estado como garante de la libertad. Por eso, el Estado, la Administración pública, además de superar las dificultades u obstáculos que impidan el ejercicio de la libertad solidaria, ha de procurar, desde una perspectiva positiva, hacer posible el libre ejercicio solidario de todos y cada uno de los derechos fundamentales por todas y cada una de las personas. Es decir, el Derecho administrativo constitucional, desde una perspectiva positiva, demanda una actitud positiva del legislador que «haga posible la realización de dicho fin y asegure en la práctica su efectividad». Principio de efectividad que es una de las auténticas manifestaciones de la «vis expansiva» de los derechos fundamentales de la persona en el Estado social y democrático de Derecho.

En otras palabras, el artículo 9.2 de la Constitución es un precepto que compromete la acción de los Poderes Públicos, por lo que, como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, la operatividad de los derechos fundamentales se dirige hacia la organización de prestaciones positivas del Estado a favor del ciudadano que hagan permanentemente posibles su existencia, su libre desarrollo y el mantenimiento de su papel central en el sistema.

Desde esta perspectiva, DOHERING ha podido afirmar que la cláusula del Estado social en la Ley Fundamental alemana equivale al establecimiento de «la oportunidad del libre desarrollo del ciudadano en la sociedad». En España, el citado artículo 10.1 de la Constitución de 1978 señala también con claridad que el orden político y la paz social se fundamentan en el libre desarrollo de la personalidad. O lo que es lo mismo, el Estado social se apoya sobre el libre y solidario desarrollo de la persona en la Sociedad.

Los derechos fundamentales, como el interés general, no son absolutos. Tienen límites, salvo que entremos en lo que KRIELE denominaba espacios de indisponibilidad por estar íntimamente ligados a la sustancia de la dignidad del

ser humano. En efecto, la existencia de límites en el ejercicio de los derechos fundamentales ayuda a entender su operatividad en el Estado social. La vinculación de los derechos fundamentales y libertades públicas a los intereses generales precisamente garantiza su existencia. La existencia de límites afecta no solo a los derechos fundamentales, excluido claro está el derecho a la vida, sino también al propio concepto y funcionalidad del interés general.

Así, por ejemplo, la sentencia citada del Tribunal Constitucional del reino de España de 17 de julio de 1981 señala que «los derechos ejercitados bajo la presión de la posible eventual limitación, abstractamente existente, no se hacen valer con la misma libertad con la que se utilizan aquellos otros en los que tal previsión no existe. Sin embargo, creemos que esta observación no es decisiva. Los derechos continúan ejercitándose libremente. La libertad no resulta coartada por el hecho de que eventuales medidas correctoras puedan ponerse en práctica, como no deja de haber realidad donde hay margen de riesgo».

El razonamiento del Tribunal Constitucional se entiende a partir de que «existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales». Esos límites operan además de como elementos constitutivos del mismo derecho, como elementos vitales. Entre otras razones porque los intereses generales se encuentren orientados precisamente hacia la consecución y hacia el efectivo servicio de la libertad solidaria de todos los ciudadanos en sociedad. En el caso de libertades económicas, como la de comercio al interior de la UE, tal razonamiento es fácilmente comprensible porque un ejercicio ilimitado, absoluto, de tal libertad de comercio podría poner en cuestión los mismos fundamentos de la construcción europea.

Por tanto, ni los derechos fundamentales o libertades públicas ni sus límites son absolutos, salvando, eso sí, ese núcleo de indisponibilidad que presentan determinados derechos que se consideran fundantes de la misma libertad. El principio constitucional de libertad y sus limitaciones precisamente se constituyen en «medios» para alcanzar el orden político y la paz social, puesto que «los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades. Tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja una restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto estas derivan del respeto a la Ley a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 de la Constitución como «fundamento del orden político y la paz social» (Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986).

Los derechos fundamentales constituyen la esencia misma del régimen constitucional, y son elementos esenciales de un Ordenamiento objetivo de la Comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una conviven-

cia humana justa y pacífica. Dan sus contenidos básicos a dicho Ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal, son un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, establecen una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna.

Los derechos fundamentales, por tanto, se constituyen en pieza clave del sistema constitucional. De ahí que la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de octubre de 1984 señale con contundencia «el destacado interés general que concurre en la protección de los derechos fundamentales». No se trata, esta, de una consideración aislada de nuestro Alto Tribunal. Todo lo contrario. Afortunadamente, la afirmación de que el interés general se orienta hacia la protección de los derechos fundamentales puede decirse que se encuentra perfectamente consolidada en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

En efecto, la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986, con cita de la de 14 de julio de 1981, señala que «los derechos fundamentales resultan ser elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la Comunidad nacional, reiterando el destacado interés público que se halla en la base de la tutela de los derechos fundamentales».

Igualmente, la sentencia de 13 de febrero de 1985 estableció que el respeto a los derechos fundamentales consagrados por la Constitución constituye «un componente esencial del orden público». Es decir, la tarea de protección y promoción de los derechos fundamentales debe ser asumida por el Estado hasta el punto de constituir una de sus principales funciones:

Los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política....

Por tanto, como señala la sentencia del Tribunal Constitucional del reino de España de 12 de diciembre de 1986, «tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto se derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el artículo 101.1 de la Constitución como fundamento del orden político y de la paz social». De ahí que, como sigue diciendo esta misma sentencia, «resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras (derechos fundamentales) y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción».

Ahora bien, como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, el Estado social y democrático de Derecho impide que la propia Administración pública monopolice la asunción del interés general: «la configuración del Estado como social de Derecho viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad» (sentencia de 7 de febrero de

1984). Es decir, los límites son límites, no son ni pueden ser la regla. La regla es la libertad, que podrá ser limitada, como enseña la jurisprudencia comunitaria en el caso de la libertad de comercio entre los Estados miembros, por razones justificadas, siempre que tales limitaciones no constituyan una discriminación arbitraria o una restricción encubierta a la libertad de comercio. En determinados casos, el de la protección ambiental entre ellos, cuando tales límites supongan exigencias imperativas. Es decir, razones de tal peso y obviedad que se imponen por sí mismas. Ahí está la clave, en la justificación de los límites, en la racionalidad de las restricciones; en definitiva, en la argumentación del uso de la cláusula del interés general.

El derecho Comunitario Europeo tiene, en sí mismo, que conciliar diferentes tradiciones jurídicas: la continental de inspiración francesa y la anglosajona. Ambas son dos perspectivas muy distintas de la libertad. En un caso, con una concepción más liberal y en otro con una perspectiva más social. Por eso, cuando la UE, partiendo del principio de competencia declaró la guerra a los monopolios públicos y rompió el esquema básico del concepto de servicio público en la actividad económica, no se pronunció a favor de una tesis en detrimento de la otra. Tuvo, no tenía más remedio, que integrar la libertad económica con la cohesión social y alumbrar el concepto de servicio económico de interés general. Es verdad que tales actividades económicas ya no pueden ser de titularidad pública, pero no es menos cierto que la regulación a que se someten tales sectores económicos en lo que se refiere a la garantía de universalidad, asequibilidad y calidad de las prestaciones que reciben los usuarios, impiden dar por buena esa tan manida expresión de huida del Derecho Administrativo cuando lo que hay, si se exigieran de verdad tales obligaciones –de servicio público–, es una vuelta al Derecho Administrativo.

En fin, como queda demostrado en esta magnífica obra colectiva, dirigida por los profesores Javier SANZ LARRUGA y José PERNAS GARCÍA, es que la libertad de comercio en el seno de la UE encuentra en los límites, especialmente en el caso del medio ambiente como proyección paradigmática del interés general, las condiciones para un ejercicio de la libertad más razonable y más objetiva, para un ejercicio de libertad solidaria.

A Coruña, abril de 2013.

Jaime Rodríguez-Arana

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de A Coruña
Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo