

TERCERA PARTE
POLÍTICAS SECTORIALES Y LOCALES

Libre mercado y protección ambiental. De la ordenación administrativa de actividades económicas a la contratación pública verde¹

J. JOSÉ PERNAS GARCÍA

Sumario.— I. INTRODUCCIÓN.—II. EL “EFECTO LIBERALIZADOR” DE LAS POLÍTICAS DE ACCESO A LA ACTIVIDAD ECONÓMICA Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO AMBIENTAL. UN “JUEGO DE LA SOGA” QUE ESTÁ DERIVANDO EN UNA PROGRESIVA PÉRDIDA DE PRESENCIA DE LAS POLÍTICAS AMBIENTALES Y EN LA REDUCCIÓN DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA AMBIENTAL.—III. EL MEDIO AMBIENTE COMO FACTOR LIMITATIVO Y REDEFINIDOR DE LAS LIBERTADES DE CIRCULACIÓN ECONÓMICA.—1. *El Derecho ambiental como límite a las libertades de circulación económicas en el contexto de las políticas de liberalización económica y simplificación administrativa.*—2. *El medio ambiente como elemento “redefinidor” de los objetivos del Derecho administrativo económico. Especial referencia a las novedades del nuevo paquete de Directivas contratación pública.*—A) Consideraciones generales.—B) Análisis particularizado del uso de criterios ambientales en las nuevas Directivas de contratación pública.—a) Voluntad política creciente de fomento de la contratación pública como un instrumento de mercado de apoyo a las políticas ambientales y sociales.—b) Reafirmación expresa de la estrategia de doble enfoque.—c) Clarificación del uso de criterios y cláusulas ambientales e instrumentos de mercado en el marco de los procedimientos de contratación pública.—d) El reforzamiento del papel del Derecho de contratos públicos como un instrumento complementario para velar por el cumplimiento del Derecho ambiental.—BIBLIOGRAFÍA

* * *

1. Este estudio ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación “Mercado interior, libertades económicas y medio ambiente” (DER2011-28994), 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. véase el sitio Web del Proyecto: proyectomilema.wordpress.com.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es analizar la relación entre el Derecho ambiental, destinado a garantizar un uso racional de los recursos naturales, y el Derecho administrativo económico, orientado a la garantía de las libertades de circulación económica comunitarias y de la unidad de mercado.

Por una parte, el Derecho administrativo económico se encuentra inmerso en un proceso de simplificación administrativa y de **liberalización** de la actividad económica de creciente intensidad, empujado por las políticas de reactivación de la actividad económica. Este proceso está repercutiendo en el Derecho ambiental; inicialmente de forma limitada, pero progresivamente de modo cada vez más intenso y regresivo. Con todo, ello no nos predispone necesariamente en contra de modo automático de las políticas de simplificación administrativa –necesarias ante la complejidad de las normas y procedimientos administrativos–, sino de su uso como justificación de verdaderos objetivos de reducción del nivel de protección ambiental y de penetración normativa de planteamiento ideológicos neoliberales y regresivos en términos de protección del interés general.

Este proceso liberalizador, externo al Derecho ambiental, pero con incidencia en él, como veremos, se ha desarrollado –y sigue desarrollándose– en tres momentos:

1. La transposición de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante DIRSE), mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (en adelante, “Ley Paraguas”), la Ley 25/2009, de 22 de diciembre (“Ley Omnibus”) y la multitud de normas que llevaron a cabo el proceso de revisión del Derecho administrativo español a nivel estatal², autonómico y local. En términos generales ha tenido un impacto reducido en el Derecho ambiental, centrado fundamentalmente en el mayor protagonismo de la comunicación previa como técnica de control de las actividades de menor impacto.
2. Las políticas de respuesta a la crisis económica desarrolladas desde el año 2008. Las medidas derivadas de estas actuaciones refuerzan los principios y técnicas derivadas de la Directiva de servicios, extendiéndolas de forma ambiciosa a otros sectores del Derecho administrativo. La incidencia de este proceso liberalizador ha sido menos ordenado, coherente y previsible y más intenso que el derivado de la DIRSE y ha abierto el camino a la reducción de las exigencias de las exigencias del Derecho ambiental, en pro de la eliminación de “trabas administrativas” para la reactivación de la actividad económica.

2. En materia ambiental destaca el Real Decreto 367/2010, de 26 de marzo, relativo a la modificación de diversos reglamentos del área de medio ambiente para su adaptación a la Ley 17/2009 y a la Ley 25/2009, ha hecho lo propio a nivel reglamentario.

3. La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la Unidad de mercado (LGUM) pretende eliminar los “costes” empresariales derivados de la “fragmentación” que subsiste en el mercado español, y de los “obstáculos y trabas derivados del crecimiento de la regulación”, que “ha sido una de las principales demandas que los operadores económicos han venido trasladando en los últimos años” (Exposición de motivos). La norma quiere eliminar las “restricciones, barreras o trabas” a la circulación de productos y la prestación de servicios que dificulta la unidad de mercado en el territorio nacional. La LGUM potencia las medidas liberalizadoras de la DIRSE y de las políticas de respuesta a la crisis económica.

Este proceso se inició de forma equilibrada y razonable con la DIRSE, que situaba al medio ambiente al amparo de su proceso liberalizador. El legislador estatal y autonómico ha realizado una transposición ambiciosa de la Directiva, aunque con una incidencia inicial limitada en el Derecho ambiental. De la mano de las políticas de respuesta a la crisis económica, se ha intensificado el proceso liberalizador e iniciado el camino para la reducción del nivel de protección ambiental en beneficio de la reactivación de la actividad económica. El último paso de este proceso, la LGUM, ha dado una nueva vuelta de tuerca a las medidas de simplificación y liberalización, trasladando los principios y reglas de la DIRSE todos los sectores de la actividad económica y realizando una lectura radical de su contenido con consecuencias desreguladoras y regresivas en términos de protección ambiental. En todo caso, para valorar de forma global la incidencia de la LGUM es preciso realizar un seguimiento del proceso de revisión de la normativa de acceso a las actividades económica que acaba de poner en marcha esta Ley.

De otra parte, la protección del medio ambiente actúa sobre las libertades de circulación económicas con un doble efecto, “limitativo” y “redefinidor”, cuya incidencia se ve claramente atenuada en el contexto actual por las intensas políticas de respuesta a la crisis económica y de garantía de la unidad de mercado.

En primer lugar, la protección ambiental genera un “**efecto limitativo**” de la actividad económica. Actúa como excepción a la prohibición comunitaria de restricciones a las libertades de circulación comunitarias. El medio ambiente se ha consolidado como una razón imperiosa de interés general justificativa de restricciones a la actividad económica, convirtiéndose en uno de los pocos reductos donde la intervención administrativa previa sigue teniendo una presencia protagonista.

No obstante, las tendencias liberalizadoras y simplificadoras del Derecho administrativo actual están teniendo una clara manifestación en el desarrollo de normas ambientales. Las normas ambientales más recientes están reduciendo la intensidad de la intervención administrativa con la finalidad de dinamizar la actividad económica, mediante la eliminación de requisitos administrativos entendidos como “trabas”, “obstáculos” y “barreras” administrativas. En algunos casos nos encontraremos con la supresión de duplicidades injustificadas o la integración de procedimientos con un

mismo objeto, pero en otros podemos apreciar excesos en la aplicación rigurosa del principio de proporcionalidad con efecto ambiental regresivo.

En segundo lugar, el medio ambiente actúa como un elemento de penetración en el Derecho administrativo económico, lo que hemos denominado “**efecto redefinidor**”. Por efecto del principio de integración ambiental (art. 11, TFUE), el medio ambiente además de un sector del Derecho administrativo se ha convertido en un elemento horizontal de redefinición de políticas sectoriales, normas y técnicas administrativas.

Esto se aprecia de forma clara en la normativa de contratación pública. Desde finales de los noventa hemos pasado de una perspectiva puramente economicista de los contratos públicos, a la consideración de esta como un instrumento de apoyo a las políticas ambientales y sociales, mediante la adquisición de prestaciones eficientes en un plano no solo económico sino también social o ambiental. No obstante, estamos en pleno proceso de desarrollo de esta nueva perspectiva. El nivel de implantación de la compra verde en Europa y en España sigue siendo reducido y desigual, si bien se aprecia una tendencia cada vez más intensa hacia su desarrollo. Las posibilidades están ya en la regulación, falta mayor voluntad política para impulsar el proceso.

En otros ámbitos del Derecho administrativo económico, como la Directiva de servicios, el principio de integración ambiental ha permitido consolidar la protección del medio ambiente en el derecho administrativo económico como una razón imperiosa de interés general que actúa como excepción a las libertades de circulación económica. No obstante, en un contexto marcado por intensas políticas de liberalización económica y pérdida de presencia de las políticas ambientales, la integración de la perspectiva ambiental en las políticas y normas sectoriales ha actuado más como elemento de resistencia de la intervención administrativa previa en este ámbito, que como un elemento de ecologización efectiva de las políticas sectoriales.

De acuerdo con el esquema de esta introducción, en el desarrollo del trabajo vamos a analizar en primer lugar la incidencia directa del Derecho del mercado interior y de garantía de la unidad de mercado en el Derecho ambiental, que ha derivado en la modificación de normas ambientales en el marco de los procesos de revisión normativa de liberalización de la actividad económica (epígrafe II).

En la segunda parte del trabajo analizaremos como la protección ambiental actúa como límite externo de las libertades de circulación económica, y como elemento interno que penetra el Derecho administrativo económico, redefiniendo sus objetivos. Así, desde la perspectiva del Derecho ambiental, vamos a tratar su papel de límite de las libertades de circulación económicas, aunque poniendo especial atención al impacto indirecto de los procesos de liberalización en el desarrollo de normas ambientales. El contenido de las nuevas normas están claramente condicionado por el contexto actual, guiado por políticas de liberalización, mejora regulatoria y simplificación administrativa (epígrafe III.1). Finalmente, trataremos el rol de la protección ambiental como un factor interno de redefinición de las políticas y normas de Dere-

cho administrativo económico. El principio de integración ambiental exige que las normas reguladoras del mercado interior y de las libertades de circulación económica, contribuyan a la consecución del objetivo del desarrollo sostenible. Nos centraremos especialmente en el régimen de la contratación, que es el ámbito de la regulación de mercado interior donde se ha producido una integración más intensa de la perspectiva ambiental (epígrafe III.2).

II. EL “EFECTO LIBERALIZADOR” DE LAS POLÍTICAS DE ACCESO A LA ACTIVIDAD ECONÓMICA Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO AMBIENTAL. UN “JUEGO DE LA SOGA” QUE ESTÁ DERIVANDO EN UNA PROGRESIVA PÉRDIDA DE PRESENCIA DE LAS POLÍTICAS AMBIENTALES Y EN LA REDUCCIÓN DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA AMBIENTAL

El Derecho administrativo comunitario regulador de la intervención administrativa en la economía está orientado, de forma cada vez más intensa, a la garantía de la libertad de circulación de servicios y de mercancías. Estas normas prohíben con carácter general las restricciones nacionales a las libertades económicas. El Derecho ambiental por su parte persigue la utilización sostenible de los recursos naturales, mediante la limitación y el control de la incidencia ambiental de las actividades económicas. Esta integrado en consecuencia por normas de ordenación administrativa restrictivas de las libertades económicas.

El desarrollo de ambos sistemas se produce sobre el sustrato de la clásica tensión entre liberalización de la actividad económica e intervención pública ambiental en la economía, que se evidencia en la redacción del 3.3, TFUE.

Desde la perspectiva comunitaria, la libre circulación de bienes y servicios es la regla general. La protección del medio ambiente está configurada como una razón imperiosa de interés general que exceptúa esa regla, que permite restringir las libertades económicas si se cumplen las exigencias de los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad. Además, el Derecho ambiental comunitario, que prevé diversos instrumentos de intervención preventiva sobre la actividad económica, goza de una amplia regulación que queda excluido del ámbito de aplicación de las normas comunitarias de acceso a las actividades de servicios y de sus consecuencias liberalizadoras. En coherencia con esto la LGUM entiende que se cumple la exigencia de necesidad y proporcionalidad en el establecimiento de un régimen autorizatorio, cuando así esté previsto en una norma de derecho de la Unión Europea o tratados o convenios internacionales, “incluyendo la aplicación, en su caso, del principio de precaución” (art. 17.1, letra b). Esta referencia al principio de precaución, si bien no es muy clara, parece deberse al ánimo de enfatizar la existencia de normas ambientales comunitarias e internacionales que se fundan en la aplicación del principio de precaución.

Esto no ha impedido que la ambiciosa transposición de la Directiva de servicios y los procesos de revisión, derivados directa o indirectamente de ella, hayan tenido un efecto reseñable y cada vez más patente en el Derecho ambiental.

La Directiva de servicios tuvo un impacto limitado en el régimen de prevención y control de las actividades económicas. Las políticas de liberalización y de respuesta a la crisis económica, legitimadas por las urgencias económicas y las exigencias de los sectores económicos, ha dotado de mayor intensidad a las medidas de simplificación administrativa y de eliminación de requisitos administrativos. Han reducido, en consecuencia, la intensidad del Derecho ambiental como medio de limitación previa de las actividades económicas. El último eslabón de este proceso lo representa la LGUM cuya terminológica y contenido reflejan una intensa voluntad política de liberalización de la actividad económica, más profunda que la percibida hasta ese momento, y un planteamiento de máximos en la reducción de la intervención administrativa en la economía por razones imperiosas de interés general.

La LGUM dispone que acceso a las “actividades económicas” y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional (art. 16, LGUM). Como regla general están prohibidos por tanto los límites o requisitos administrativos restrictivos de la iniciativa económica, como las autorizaciones. Sólo podrá limitarse la actividad económica de acuerdo con lo establecido por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), por la normativa de la Unión Europea o en los tratados y convenios internacionales (art. 16, *in fine*). La norma acoge pues un planteamiento de máximos en la defensa de la unidad de mercado y las libertades económicas, y de mínimos en la extensión de la capacidad de intervención administrativa previa. La LGUM reinicia el proceso de revisión normativa derivado de la DIRSE con los mismos parámetros de la Ley Paraguas, aunque aplicándolos de modo más ambicioso y extenso, mediante la puesta en marcha de un *Plan de Racionalización Normativa*.

El panorama actual presenta una suerte de “juego de la soga” entre ambos sistemas y políticas, en donde la protección ambiental cede terreno paso a paso, ante la progresiva intensidad de los procesos de simplificación, liberalización y desregulación administrativa. La incidencia directa –en el epígrafe III.2 analizaremos su efecto indirecto– de las normas de acceso a las actividades económicas y de garantía de la unidad de mercado sobre el Derecho ambiental puede sintetizarse, a nuestro juicio, en los siguientes puntos:

1. Eliminación de regímenes autorizatorios y su sustitución por el régimen de comunicación previa. La transposición de la Directiva de servicios ha eliminado autorizaciones de carácter reglado y las ha sustituido por regímenes de comunicación previa. Este proceso ha afectado al régimen de las licencias municipales de actividad y apertura, cuya regulación autonómica ha ido sometiendo a mera comunicación a las actividades clasificadas de menor incidencia. Es el caso, por citar un ejemplo, de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, general de protección del medio ambiente del País Vasco, modificada en este sentido por la Ley 7/2012, de 23 de abril, de modificación de diversas leyes vascas para su adaptación a la DIRSE. En este sentido, se han eliminado también las licencias de inicio y desarrollo de pequeñas actividades comerciales y servicios –Ley 12/2012, de 26 de septiembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios–.

2. Supresión de los límites temporales. El proceso de transposición de la DIRSE ha supuesto la eliminación de límites temporales de las autorizaciones ambientales, pese a que la DIRSE y la propia Ley Paraguas prevén la posibilidad de mantener estos límites por razones imperiosas de interés general. Así ha ocurrido con las autorizaciones de valorización y eliminación de residuos, que se renuevan ahora automáticamente. Ya no es precisa la renovación periódica a instancia de parte. Esta medida tiende a generalizarse en las nuevas normas ambientales. La Ley 5/2013, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación (LPCIC), ha eliminado el límite temporal de 8 años de validez de la autorización ambiental integrada.

3. Eliminación de los límites territoriales a la autorizaciones ambientales. El reconocimiento de eficacia en todo el territorio nacional fue introducido en la legislación de residuos en el marco del proceso de revisión del Derecho español para su adaptación a la DIRSE, pese a que esta norma permitía el mantenimiento de límites territoriales cuando estuviera justificado por una razón imperiosa de interés general. Esta es una manifestación del enfoque ambicioso del legislador estatal a la hora de transponer la Directiva.

La LGUM ha generalizado la validez extraterritorial de las autorizaciones personales autonómicas de actividades autonómicas (arts. 18.2, letra b, y 19). Las “autoridades competentes” de una CA no podrán someter a autorización administrativa a los operadores económicos autorizados en otra Comunidad. En este mismo sentido, la Ley ha eliminado la posibilidad de que las CCAA pudieran someter las actividades de servicios a autorización de eficacia limitada a su territorio, al modificar el art. 7.3 de la Ley Paraguas. Por todo ello, la LGUM ha restringido el ámbito subjetivo de aplicación de todas las leyes autonómicas que establezcan autorizaciones personales en materia ambiental, haciendo inaplicables sus obligaciones a los operadores económicos autorizados en otras CCAA.

Cuando la normativa del lugar de destino exija medios de intervención u otros requisitos a los operadores económicos distintos de los exigidos u obtenidos al amparo de la normativa del lugar de origen, la autoridad de destino asumirá la plena validez de éstos últimos, “aunque difieran en su alcance o cuantía”. Este libre ejercicio operará incluso en la normativa del lugar de origen no exija requisito de control, cualificación o garantía alguno (art. 19.1, LGUM). En consecuencia, la CA de destino no podrá garantizar el nivel de protección ambiental que haya definido en su territorio de acuerdo con su competencia para aprobar normas adicionales de protección. La LGUM no garantiza, a nuestro juicio, un adecuado equilibrio entre el interés de los operadores económicos y la garantía de la unidad de mercado, y el respeto de la competencia ambiental autonómica y la consiguiente diversidad normativa a la que hace referencia el TC³.

3. El Consejo General del Poder Judicial señaló sobre el Anteproyecto que “(...) de mantenerse la proyectada regulación, la compatibilización entre el principio de unidad económica y la diversidad

Si bien el principio de proporcionalidad no pone en tela de juicio el objetivo político de protección del interés general definido por la legislación, sino la idoneidad o necesidad de los medios que se pretenden utilizar, el principio de eficacia en todo el territorio nacional, entendida como un absoluto por la LGUM, sí lo hace al dejar sin efecto real los medios de intervención y requisitos más exigentes de la CA de destino, con relación a los operadores establecidos en otra CA. Desde la perspectiva de la protección ambiental, el principio de eficacia territorial nacional entendido, en términos absolutos como hace la LGUM, es regresivo. Supone un incentivo a la competencia de requisitos a la baja entre CCAA y al desarrollo de políticas desreguladoras, especialmente en el contexto de crisis económica en el que vivimos.

En este contexto, el Derecho ambiental comunitario se convierte en garante de un mínimo nivel de protección ambiental indisponible para los Estados, como el español, que están siendo guiados actualmente por intensas políticas de liberalización y desregularización de la actividad económica, auspiciadas paradójicamente por la UE.

Finalmente, es preciso notar que las autorizaciones reales en materia ambiental, las que afectan a instalaciones o infraestructuras físicas, no se ven afectadas por el principio de eficacia en todo el territorio nacional (arts. 17.1, 20.4 LGUM). La LGUM permite establecer un régimen autorizador a las instalaciones o infraestructuras físicas que sean “susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano”. Cada instalación o infraestructura deberá disponer por tanto de una autorización individual, lo cual está justificado por la necesidad de llevar a cabo una evaluación individual de cada establecimiento.

La LBRL prevé también entidades locales puedan exigir regímenes autorizatorios a instalaciones o infraestructuras físicas, que sean “susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano” (art. 84 bis, apartado 2º, LBRL). Sin embargo,

normativa a que hace referencia la doctrina constitucional puede quedar en entredicho”. Además el CGPJ considera que esta regulación “puede dar lugar a situaciones de desigualdad material entre operadores económicos que realicen una determinada actividad en un mismo territorio, pues mientras quienes se hayan establecido en un lugar de origen distinto del de destino quedarán sujetos al régimen jurídico del lugar de procedencia – que puede ser menos severo que el del lugar de destino–, mientras que para aquellos operadores para los que el lugar de origen y destino sea coincidente, necesariamente quedaran sujetos al único régimen jurídico que les es aplicable” (Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de ley de Garantía de la Unidad de Mercado, p. 52). El Comité Económico y Social considera que la norma “(...) puede ser de difícil aplicación y dar lugar a una gran litigiosidad porque afecta a un buen número de competencias autonómicas y locales. Esta circunstancia puede derivar en la proliferación de conflictos competenciales entre el Estado y las Administraciones Territoriales, pero también entre las propias comunidades y las entidades locales, al establecer la prevalencia de la regulación de la Administración territorial de origen del operador económico, con independencia del lugar en el que el mismo desarrolle efectivamente su actividad” (*Dictamen 5/2013 del Comité Económico y Social sobre el Anteproyecto de ley de Unidad de Mercado*, sesión ordinaria del pleno 18 de abril de 2013, pp. 8 y 9). Por otra parte, el Consejo de Estado consideró que “no afecta al anteproyecto como tal a competencias autonómicas ni locales (...) sino que (...) se promueve la eficiencia regulatoria, removiendo obstáculos a las libertades de establecimiento y circulación” (*Dictamen de 27 de junio de 2013 de la Comisión Permanente del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*).

la LBRL introduce una novedad. Concreta criterios para determinar cuándo concurren algunas de estas razones imperiosas justificativas de la imposición de regímenes autorizatorios. Así antes de establecer una exigencia autorizatoria se deberá realizar una “evaluación de riesgos” “en función de las características de las instalaciones”. La LBRL cita, entre otras, una serie de características ambientales como la potencia eléctrica o energética de la instalación, la contaminación acústica, la composición de las aguas residuales, o la existencia de materiales inflamables o contaminantes (art. 84 bis, apartado 2º, LBRL). La Ley Paraguas, tras las modificaciones realizada por la LGUM, establece también la necesidad de realizar una evaluación de riesgos de acuerdo con las características técnicas de las instalación, para determinar la proporcionalidad de una exigencia autorizatoria (art. 7.3, LGUM).

La eficacia extraterritorial de las autorizaciones se circunscribe, por tanto, a las autorizaciones personales que afectan a los operadores económicos y a la circulación de productos (art. 19, LGUM). Esta cuestión no es baladí si tenemos en cuenta que las actividades económicas con mayor incidencia ambiental están vinculadas con instalaciones o establecimientos físicos. Además, las propias exigencias del Derecho ambiental comunitaria preventivas el impacto de instalaciones o infraestructuras limita en este sentido las ansias liberalizadoras y desreguladoras del legislador estatal.

4. Introducción de distorsiones en el régimen de evaluación de impacto ambiental.

La adaptación del Derecho ambiental a la DIRSE ha introducido diversas distorsiones en la regulación de evaluación ambiental, que ya hemos tenido oportunidad de comentar en trabajos previos. La asignación del carácter de órgano sustantivo al órgano receptor de la comunicación además no adecuarse a la propia lógica instrumental del procedimiento de evaluación ambiental, reduce el potencial de la técnica de evaluación ambiental como instrumento de prevención ambiental. En el caso de actividades sometidas a evaluación ambiental y no a autorización sustantiva, lo más razonable es su conversión o integración en una autorización ambiental única o integrada, como han hecho algunas CCAA. La LEA ha corregido en parte estas distorsiones al prever “las funciones atribuidas al órgano sustantivo deberá realizarlas el órgano ambiental”, en el caso de proyectos de competencia estatal (Disposición adicional primera).

5. Eliminación de requisitos ambientales, con la finalidad de contribuir a la reactivación de la actividad económica. La transposición de la DIRSE y, especialmente, las políticas de respuesta a la crisis económica han supuesto la eliminación o reducción de requisitos administrativos en materia ambiental (distancias mínimas, mejores técnicas disponibles, informes de ambientales, evaluación estratégica, etc.). Se han eliminado requisitos de inscripción previa en registros con efectos habilitantes, en los supuestos de concurrencia con obligaciones de autorización o comunicación. Es el caso de la regulación de residuos, ámbito en el que las obligaciones de registro e inscripción, a instancia de parte, de los gestores de residuos han dejado paso a los deberes de registro de oficio de los actos y documentos que se deriven de la aplicación de su legislación, a los efectos de información y comunicación entre Administraciones públicas.

La LGUM establece en este sentido que la inscripción de registros con carácter habilitante tendrán a todos los efectos el carácter de autorización (art. 17.1, LGUM). Por ello, la exigencia de una autorización ambiental y de inscripción en un registro habilitante con el mismo objeto no supera las exigencias del principio de proporcionalidad, por vulneración del criterio de necesidad, ni los requerimientos de simplificación administrativa de la LGUM (art. 14).

6. Integración y simplificación de los procedimientos autorizatorios. El proceso de revisión normativa derivado de la Ley Paraguas ha supuesto la eliminación de duplicidades, como la eliminación de la doble exigencia de autorización de instalación y de apertura en la legislación autonómica de actividades clasificadas, o de autorización e inscripción habilitante en registro en la regulación de residuos.

La LGUM establece una reglas destinadas a evitar la duplicidad de títulos autorizatorios o cargas administrativas (art. 14). Asimismo, dispone que se exigirá un “único medio de intervención”, bien sea la presentación de una comunicación o una declaración responsable o la solicitud de una autorización (art. 17.4, LGUM). La Ley positiviza un criterio que ha inspirado el Derecho ambiental autonómico desde mediados de los noventa: para cada actividad o instalación, debe ser exigible un único medio de intervención administrativa, más o menos restrictivo en atención a su potencial impacto en el interés general.

7. Introducción de la regla del silencio administrativo positivo, con la finalidad de agilizar los procedimientos de autorización o evaluación ambiental (Ley 15/2009, Navarra, Decreto 2/2012, Baleares; Ley 9/2013, de 19 de diciembre, de emprendimiento y competitividad de Galicia), de licencia municipal (Decreto 86/2013, de 1 de agosto, Canarias) u otras autorizaciones (Ley 9/2011, Cataluña). Además de la inadecuación de la técnica del silencio positivo para procedimiento orientados a la prevención de riesgos ambientales, es profundamente desafortunado prever esta consecuencia jurídica cuando no se ha emitido en plazo informes o evaluaciones ambientales. De acuerdo con la jurisprudencia del TS, la LEA es clara en este sentido: “(...) la falta de emisión de la declaración ambiental estratégica, del informe ambiental estratégico, de la declaración de impacto ambiental o del informe de impacto ambiental, en los plazos legalmente establecidos, en ningún caso podrá entenderse que equivale a una evaluación ambiental favorable” (preámbulo).

III. EL MEDIO AMBIENTE COMO FACTOR LIMITATIVO Y REDEFINIDOR DE LAS LIBERTADES DE CIRCULACIÓN ECONÓMICA

En el apartado anterior hemos analizado el efecto directo de las normas del mercado interior y de garantía de la unidad de mercado sobre el Derecho ambiental, que ha supuesto la revisión y modificación de múltiples normas. Este apartado puede entenderse como una continuación del anterior. Analizaremos el efecto indirecto de estas políticas liberalizadoras en el Derecho ambiental. No el efecto directo derivado de las modificaciones de la normas ambientales producidas por las normas del mercado in-

terior o unidad de mercado, sino la penetración de estos planteamiento ideológicos y políticos en el propio desarrollo, en el sustrato, del Derecho ambiental ordenador de las actividades económicas. Veremos pues como las nuevas regulaciones ambientales, no derivadas expresamente de modificaciones para la aplicación de la DIRSE o de la LGUM, han venido igualmente integrando los objetivos de las políticas de reactivación de la actividad económica y unidad de mercado.

1. EL DERECHO AMBIENTAL COMO LÍMITE A LAS LIBERTADES DE CIRCULACIÓN ECONÓMICAS EN EL CONTEXTO DE LAS POLÍTICAS DE LIBERALIZACIÓN ECONÓMICA Y SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea reconoce la libertad de circulación de mercancías (art. 34 y ss. TFUE), y las Libertades de establecimiento (art. 49 y ss. TFUE) y de libre prestación de servicios (art. 56 TFUE). La doctrina del TJUE ha dejado claro que las libertades económicas del mercado interior de la UE no pueden ser interpretadas de forma absoluta. Pese a las carencias del Tratado, el TJUE ha reconocido desde los años ochenta y de forma progresiva, el carácter del medio ambiente como exigencia imperativa o razón imperiosa de interés general. Los Estados miembros pueden adoptar medidas ambientales más restrictivas de las libertades económicas, que las previstas a nivel comunitario, cuando se cumplan las exigencias de los principios de igualdad y proporcionalidad.

La normativa de garantía de las libertades de circulación y unidad de mercado ha ido excluyendo progresivamente la intervención pública sobre la base de diversas razones de interés general. No ha sido así en materia ambiental. El medio ambiente tiende a consolidarse como una razón imperiosa de interés general justificativa de restricciones a la actividad económica, convirtiéndose en uno de los pocos reductos de la clásica actividad de ordenación administrativa previa de actividades económicas. La intervención administrativa previa sigue teniendo un papel protagonista en materia ambiental, si bien con carácter general tiende a adquirir un rol residual.

No obstante, la LGUM ofrece una interpretación estricta del medio ambiente como razón imperiosa de interés general justificativa de la exigencia de regímenes autorizatorios. Dispone que “se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de autorización”, “cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o *protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad [la cursiva es nuestra] (...)*” (art. 17.1, letra a, LGUM). En términos muy similares está redactado el artículo 84 bis de la LBRL, introducido por la Ley 27/2013, 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

La LGUM –y la LBRL– incluye un matiz que pueda dar lugar a limitar la capacidad de intervención administrativa previa en materia ambiental. La LGUM alude a la “protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad”. Se añade un coletilla, sin duda no inocente, que no está recogida en los textos que

han servido de inspiración a la LGUM, la Directiva de servicios y la Ley Paraguas. Desconocemos concretamente cuál ha sido la intención del legislador –o más bien del Ministerio en la elaboración del Anteproyecto–, aunque puede intuirse un ánimo de limitar la capacidad administrativa de ordenación reglamentaria ambiental de las actividades económicas. Algunos regímenes autorizatorios ambientales están parcialmente orientados a la protección del medio ambiente en lugares alejados del entorno de las actividades afectadas o a restringir las emisiones de sustancias contaminantes que no inciden directamente en el entorno de las actividades, como las emisiones con efecto invernadero o de carácter transfronterizo. En todo caso, esta comprensión limitada de la razón imperiosa de la protección del medio ambiente, en ningún caso puede suponer un límite al desarrollo de actuaciones administrativas que den cumplimiento a obligaciones de Derecho comunitario.

A continuación, en este apartado, trataremos el efecto indirecto de estas políticas y del contexto de desarrollo actual del Derecho administrativo en el Derecho ambiental, apuntado algunas ideas fuerza o tendencias. Destacaremos una serie de reflexiones generales sobre los procesos y tendencias que se están manifestando en el Derecho ambiental como factor limitativo de la libertad de empresa. Las políticas de liberalización económicas y simplificación administrativa vinculados con la aplicación de la Directiva de servicios y la respuesta a la crisis no solo ha tenido un impacto directo en el Derecho ambiental, como hemos señalado en el epígrafe anterior, sino que también indirecto al definir un sustrato ideológico que impregnan el desarrollo de las nuevas normas ambientales.

Para no reiterar cuestiones ya analizadas en trabajos previos vamos a ejemplificar estas inercias aludiendo a dos normas recientes, especialmente importantes y representativas de la evaluación del Derecho ambiental actual: la Ley 5/2013, de 11 de junio, por la que se la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación (LPCIC), y la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (LEA). También aludiremos a algunas normas autonómicas aprobadas en 2012 o 2013 que dan prueba de las tendencias que dirigen el Derecho administrativo actual.

1. Protagonismo creciente de los de los objetivos de reactivación de la actividad económica en las normas ambientales desde el inicio de la crisis económica, así como una progresiva pérdida de fuerza de las políticas ambientales. Esta prevalencia de objetivos económicos se plasma en medidas de simplificación administrativa, eliminación de requisitos administrativos o reducción de los plazos para la tramitación de los procedimientos. Ejemplo más que representativo de esta circunstancia es el hecho de que en Galicia el régimen ambiental de las actividades clasificadas –denominado evaluación de incidencia ambiental– está regulado en la Ley 9/2013, de 19 de diciembre, de emprendimiento y competitividad de Galicia.

La Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental dedica una parte considerable de su exposición de motivos a justificar su adopción sobre la base de

consideraciones económicas, particularmente la necesidad de armonizar las legislaciones autonómicas, simplificar los procedimientos y reducir las cargas administrativas como un medio de incremento de la productividad. No es más que un ejemplo de las múltiples normas ambientales que en los últimos años justifican su existencia en la necesidad de simplificar trámites y reducir requisitos administrativos para dinamizar la actividad económica y favorecer las inversiones.

A esta tendencia se une el hecho de que el Derecho ambiental ha renunciado, en buena medida, a la definición de los aspectos sustantivos exigibles a las instalaciones ambientales, centrándose en la mera determinación de procedimientos administrativos para prevenir el impacto de las actividades. Las exigencias sustantivas vienen determinadas en buena medida por procedimientos comunitarios de intercambio de información sobre las MTD, que se concretan en la aprobación consensual de los documentos de referencia para las MTD, en los que tienen especial protagonismo los sectores afectados y la empresas implicadas en el desarrollo de tecnologías ambientales.

2. Refundición de normas ambientales. El Derecho comunitario ha avanzado desde la aprobación de normas sectoriales en los años setenta a la adopción de Directivas “madre” e integradoras de procedimientos en los años noventa, para llegar finalmente al momento actual centrado en la simplificación normativa y la refundición de textos normativos⁴. Este enfoque se deriva de las políticas comunitarias de mejora regulatoria, orientadas a la reducción de la complejidad del Derecho ambiental y a la simplificación de procedimientos, y a la reducción de costes administrativos y a las actividades económicas. Muestra de ello, en el Derecho ambiental español más reciente, es la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Esta norma reúne en un único texto el régimen jurídico de la evaluación de planes, programas y proyectos, y establece un conjunto de disposiciones comunes destinadas a aproximar y facilitar la aplicación de ambas regulaciones (preámbulo, párr. 5º).

3. Eliminación de la diferencias de aplicación en la UE y homogeneización normativa interna, con la finalidad de suprimir distorsiones de la competencia y de la unidad de mercado. El Derecho comunitario siempre ha tenido como prioridad armonizar los requisitos ambientales con la finalidad de evitar distorsiones en la competencia derivados de la exigencia de diferentes niveles nacionales de protección ambiental. Por ello uno de los objetivos de la Directiva 2010/75, de 24 de noviembre, de emisiones industriales, es mejorar la aplicación de las mejores técnicas disponibles, estándar

4. La Directiva 2008/50/CE, de 21 de mayo de 2008, relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa refundió la citada Directiva 96/62 sobre calidad del aire y tres de sus directivas hijas. La Directiva 2008/98/CE, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos, codifica las Directivas marco residuos, de residuos peligrosos y de aceites usados. A finales de 2008, se aprobó la Directiva 2008/105/CE, de 16 de diciembre de 2008, relativa a las normas de calidad ambiental en el ámbito de la política de aguas, que sustituye a cinco directivas comunitarias de los años 80. La Directiva 2010/75/CE, de 24 de noviembre de 2010, sobre emisiones industriales refunde los textos de siete directivas sobre control integrado de la contaminación, grandes instalaciones, incineración, disolventes orgánicos y dióxido de titanio.

técnico que ha sido aplicado de forma poco homogénea por los Estados, a la hora de fijar las condiciones de funcionamiento de las actividades industriales.

En el Derecho español se aprecia una tendencia hacia la armonización u “homogeneización” de la normativa orientada a la garantía de la unidad de mercado –bajo la que se esconde en cierta medida un planteamiento recentralizador, crítico como el modelo de Estado autonómico–, que está teniendo diferentes manifestaciones en el Derecho ambiental:

- a) **Eficacia de las licencias o autorizaciones en todo el territorio nacional.** Este denominado “principio” por la LGUM reduce el ámbito de aplicación de los regímenes autonómicos de autorizaciones personales, excluyendo a la actividades económicas autorizadas en otra CA. Este “principio” puede tener como consecuencia una armonización a la baja de la regulación ambiental. Las CCAA sin ningún interés en desarrollar normas de desarrollo o adicionales de protección en materia ambiental, como ha sido la Gallega desde hace décadas, pueden marcar la pauta en el marco de la competencia normativa a la baja que se puede derivar de la implantación de este principio. En este contexto, la legislación básica del estado y la puesta en marcha de fórmulas de cooperación interadministrativa en la elaboración de normas se convierten así en la única vía de compensación de las eventuales consecuencias regresivas del principio de eficacia en todo el territorio nacional.
- b) **Revitalización de la legislación básica estatal.** La excesiva diversidad normativa y procedimental se presenta hoy en día como una de las consecuencias de los excesos del Estado autonómica, para justificar determinadas medidas recentralizadoras. No obstante, el Estado tiene una responsabilidad importante de los efectos perniciosos de una diversidad normativa innecesaria. Se ha derivado en buena medida de una legislación básica pobre o en algunos casos inexistente. El Estado no ha desarrollado una norma o código básico de intervención ambiental, que hubiera contribuido a armonizar el régimen de ordenación ambiental de actividades económicas, o ha derogado el RAMINP sin ofrecer una alternativa regulatoria a la licencia municipal de actividades clasificadas. En todo caso, la legislación básica debería haber garantizado un mínimo común denominador ambiental en la prevención y el control de las actividades económicas. Esto no se ha hecho o se ha hecho de forma deficiente.

Ahora, en el contexto ya conocido, se quiere revitalizar la legislación básica como medio de armonización de la normativa ambiental autonómica. La Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental es un buen ejemplo de ello. Su lectura nos sugiere también los eventuales riesgos de vulneración de la competencia de las CCAA para la aprobación de normas adicionales de protección, si el Estado, incurriendo en excesos regulatorios, estrecha al máximo el margen de desarrollo normativo de aquellas:

“(…) estos procedimientos [evaluación ambiental de proyectos y evaluación de planes y programas] se regulan de manera exhaustiva, lo cual aporta dos

ventajas: por una parte puede servir de acicate para que las comunidades autónomas los adopten en su ámbito de competencia, sin más modificaciones que las estrictamente necesarias para atender a sus peculiaridades, y por otra parte, hace que el desarrollo reglamentario de la ley no resulte imprescindible” (Exposición de motivos).

Siguiendo la dinámica reciente del legislador estatal de trasladar los principios y reglas del Derecho comunitario, en buena medida interestatal, al ámbito interno –lo podemos observar claramente en la LGUM–, la LEA prevé una especie de “plazo de transposición” para las CCAA con regulación propia en materia de evaluación ambiental. La norma prevé un plazo de un año para que las CA adapten su regulación a las previsiones básicas de la LEA. Las CA pueden hacerlo antes del año. “Las Comunidades Autónomas podrán optar por realizar una remisión en bloque a esta ley, que resultará de aplicación en su ámbito territorial como legislación básica y supletoria”. Si no realizan la adaptación en el plazo indicado, serán aplicables los artículos de la LEA, salvo los no básicos, a todas las Comunidades Autónomas (Disposición final undécima). El planteamiento exhaustivo de la legislación básica de la LEA pretende desincentivar el desarrollo de normas adicionales y aspira a convertirse en marco jurídico común único para la evaluación de impacto ambiental de competencia autonómica.

- c) **Mejora de la cooperación interadministrativa en la elaboración de normas, para armonizar u “homogeneizar” la normativa autonómica y ofrecer mayor seguridad jurídica.** La LEA sitúa la “concertación de la normativa de evaluación ambiental en todo el territorio nacional” (preámbulo), como un objetivo central para ofrecer mayores cotas de seguridad jurídica a los operadores económicos. Este objetivo se pretende conseguir a través de la cooperación en el marco de la conferencia sectorial de medio ambiente, que “determinará el desarrollo de una legislación *homogénea* en todo el territorio nacional” (preámbulo). Para la Ley esto permitirá “(...) a los promotores conocer de antemano cuáles serán las exigencias legales de carácter medioambiental para la tramitación de un plan, u programa o un proyecto, con independencia del lugar donde pretendan desarrollarlo”, y “evitará procesos de deslocalización” (preámbulo).

Esta concertación normativa se llevará a cabo en el marco de la Conferencia Sectorial de Medio Ambiente, con la finalidad de conseguir un “alto grado de *homogeneidad* entre las normas aplicables” (preámbulo). En ella se analizarán y propondrán las medidas normativas necesaria, que podrán consistir en modificaciones, derogaciones o refundiciones normativas autonómicas existentes o “la remisión a esta ley, con las particularidades que exijan sus particularidades organizativas”. En su seno se propondrán grupos de trabajo para la creación de guía metodológicas que permitan estandarizar procedimientos, suponemos que con la finalidad facilitar la aplicación concurren de diferentes procedimientos autorizatorios o de evaluación con relación a un mismo proyecto.

4. Incremento de la transparencia administrativa. Las normas ambientales más recientes continúan reforzando la transparencia de las decisiones públicas sobre la autorización de las actividades económicas, facilitando el acceso a los documentos administrativos derivados del procedimiento, incrementado la participación ciudadana y exigiendo a la Administración pública que justifique en qué medida se han tenido en cuenta las alegaciones del público. Es representativa la modificación de la LPCIC realizada por la Ley 5/2013, de 11 de junio.

5. Sustitución de las licencias municipales de actividades clasificadas por la exigencia de comunicación previa en el caso de las actividades de menor incidencia. Como hemos apuntado, este efecto ha sido producido por la transposición de la Directiva de servicios. No obstante, la política ambiental, guiada por sus propios procesos de simplificación administrativa, ha ido dando cada vez mayor presencia a esta técnica. La Leyes autonómicas de intervención integral aprobadas o modificadas desde principios de este siglo han ido definiendo el espacio de la comunicación, más o menos amplio en atención a la voluntad liberalizadora del legislador autonómico. No obstante, es evidente que la actividad administrativa de prevención de riesgos ambientales se centrar cada vez más en las actividades de mayor repercusión ambiental. El régimen de comunicación previa tiende a generalizarse como instrumento de intervención en el ámbito de las actividades clasificadas, de tal modo que la exigencia de autorización resulte excepcional.⁵

6. Integración de los procedimientos autorizatorios. Desde la aprobación de la Directiva IPPC en el año 1996, se ha introducido en el Derecho ambiental la idea de la conveniencia de integrar procedimientos ambientales, con la finalidad de evitar solapamientos y duplicidades autorizatorias. Las normas de intervención ambiental aprobadas esta siglo parten en la mayor parte de los supuestos de una premisa clara, con independencia del éxito que hayan tenido en la consecución del objetivo: cada actividad con incidencia ambiental debe estar sometida a una única técnica de intervención (autorización, comunicación), cuya intensidad varía dependiendo de la incidencia ambiental de la actividad.

7. Simplificación administrativa. La Exposición de motivos de la Ley 5/2013 indica que “surge la necesidad de revisar la legislación sobre instalaciones industriales a fin de simplificar y esclarecer las disposiciones existentes”, y “reducir cargas administrati-

5. Por destacar algún ejemplo reciente de estas tendencias, podemos hacer referencia a la Ley 13/2012, de 20 de noviembre, de las Islas Baleares de medidas urgentes para la activación económica en materia de industria y energía, nuevas tecnologías, residuos, aguas, otras actividades y medidas tributarias; Ley 7/2013, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de instalación, acceso y ejercicio de actividades en las Illes Balears; la Ley 9/2013, de 19 de diciembre, de emprendimiento y competitividad de Galicia; Decreto 86/2013, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de actividades clasificadas y espectáculos públicos de las Islas Canarias; la Orden nº 1/2013, de 22 de enero, del Consejero de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente, por la que se exceptúan de licencia ambiental determinadas actividades del Anexo V del Decreto 62/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo del Título I, Intervención Administrativa de la Ley 5/2002 de La Rioja.

vas innecesarias” (párr. 5º). Este es otro de los objetivos más presentes en el preámbulo de la LEA. Esta justificación no es excepcional. Se repite como un mantra en las exposiciones o preámbulos de las normas ambientales, estatales y autonómicas, que está surgiendo en el contexto de la crisis.

Veamos algunos cambios realizados en la LPCIC representativos de esta tendencia. La modificación reciente de la LPCIC han eliminado, por ejemplo, obligaciones de presentación de documentación e información ya en poder de las Administraciones públicas, en los procedimientos de modificación de las autorizaciones (art. 25.1, párrafo segundo, LPCIC). Se ha suprimido también la obligación de solicitar nueva autorización en los casos de modificación sustancial. Sólo será exigible la adaptación de la autorización vigente (art. 9, LPCIC). La Ley 5/2013 ha eliminado el límite temporal de ocho años para la autorización ambiental integrada. Como vemos se trata de modificaciones destinadas a reducir la intensidad de la intervención administrativa sobre los titulares de actividades industriales. Esta por ver si estas nuevas previsiones permiten alcanzar niveles similares de prevención ambiental.

Por su parte, la LEA reúne en un único texto el régimen jurídico de la evaluación de planes, programas y proyectos. Aproxima la terminológica de la técnica de la evaluación ambiental estratégica a la utilizada de forma tradicional en la normativa de evaluación ambiental de proyecto, haciéndola así más clara. Articula los procedimientos de evaluación ambiental estratégica y evaluación de proyectos, mediante la previsión de un esquema común. Define un procedimiento común de evaluación ambiental, sobre la base de la experiencia adquirida intentando dar respuesta a algunos problemas que retrasaban su tramitación. Entre otras medidas de simplificación podemos destacar que se elimina el carácter obligatorio del trámite previo de determinación del alcance del estudio de impacto ambiental.

8. Necesidad de desarrollar el régimen de inspección y creciente externalización de funciones de control. El reforzamiento del régimen y medios de inspección es la gran asignatura pendiente del Derecho ambiental. Además, el contexto liberalizador actual y el avance de la comunicación en materia ambiental hacen más necesario aún dar respuesta a esta cuestión. Sin duda no parece que sea el contexto actual –debilitamiento de las estructuras administrativas y de pérdida de presencia de las políticas ambientales– el idóneo para esperar notables avances en este sentido. Con todo, es oportuno indicar algunos avances en el plano normativo. La Directiva de emisiones ha creado una régimen comunitario de inspección –hasta ahora sólo existían recomendaciones a los Estados– y algunas medidas destinadas a garantizar el cumplimiento de las condiciones del permiso, que han sido incorporadas en 2013 a la LPCIC y especialmente a su reglamento de desarrollo el Real Decreto 815/2013, de 18 de octubre.

También se aprecia en la regulación estatal y autonómica una mayor exigencia de medidas de autoevaluación y autocontrol que deben cumplir los titulares de las instalaciones más contaminantes (p.e., art. 22.1, LPCIC).

Asimismo, la externalización al sector privado de determinadas funciones de la potestad inspectora es creciente. La nueva versión de la LPCIC dispone, por ejemplo, que los órganos competentes en materia de inspección podrán designar entidades que demuestren la capacidad técnica adecuada, para la realización, en su nombre, de actuaciones materiales de inspección “que no deban ser desempeñadas” por funcionarios públicos (art. 29.1, párrafo 2º, LPCIC). Otro ejemplo reciente, la Ley 9/2013, de 19 de diciembre, de emprendimiento y competitividad de Galicia, que crea las entidades de certificación de conformidad municipal.

9. Reducción de plazos de tramitación de procedimientos. Las normas ambientales han reducido plazos de resolución de procedimientos de autorización o evaluación ambiental, con la finalidad de agilizar el acceso a las actividades económicas. La Ley 5/2013 ha reducido de diez a nueve meses el plazo para la resolución del procedimiento de concesión de la autorización ambiental integrada –según la CEOE el plazo medio efectivo se sitúa en torno a los 30 meses, Informe “Las cargas administrativas por las empresas española: estudio de la Autorización Ambiental Integrada”–. La LEA ha reducido notablemente los plazos normativos de la evaluación ordinaria de impacto ambiental de proyectos. Se encontraba en torno a 18 meses, se ha reducido a 4 meses, pero la realidad efectiva indica que la media de tramitación de los procedimientos de evaluación se encuentra en 24 meses. Esta notable reducción de los plazos nos plantea dudas sobre si la técnica de evaluación ambiental permite conseguir el objetivo de prevención ambiental pretendido, especialmente en un momento en el que la Administración ha perdido medios y capacidad y en el que la política ambiental no representa precisamente una prioridad a efectos presupuestarios.

En este sentido también destaca la aprobación autonómica de regímenes de planes o proyectos de interés estratégico, que suponen una reducción considerable de los plazos de tramitación de procedimientos ambientales o su tramitación integrada.

2. EL MEDIO AMBIENTE COMO ELEMENTO “REDEFINIDOR” DE LOS OBJETIVOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO. ESPECIAL REFERENCIA A LAS NOVEDADES DEL NUEVO PAQUETE DE DIRECTIVAS CONTRATACIÓN PÚBLICA

A) Consideraciones generales

La base jurídica de este efecto “redefinidor” en clave ambiental del Derecho administrativo económico se encuentra en el artículo 11, TFUE. Esta disposición recoge el principio de integración ambiental: “[l]as exigencias de protección ambiental deberán integrarse en la definición y en la realización de todas las políticas y acciones de la Comunidad, en particular con objeto de fomentar el desarrollo sostenible”. Este principio ha dado lugar desde finales de los noventa al desarrollo de una estrategia comunitaria de integración del medio ambiente en el resto de políticas ambientales, entre ellas la política de mercado interior.

Esta ha motivado que la Directiva de servicios tenga como uno de sus objetivos la protección ambiental (considerando 1) y que el medio ambiente aparezca en su contenido como excepción a prácticamente todas las medidas de liberalización de la actividad económica planteadas por ella. Así, por efecto del principio de integración, el proceso de transposición de la Directiva y la revisión nacional de los procedimientos de acceso a las actividades de servicios deben de contribuir a velar por el objetivo comunitario de desarrollo sostenible. El texto final de la Directiva de servicios alcanza así un razonable equilibrio entre liberalización de la actividad económica y protección del medio ambiente. Con todo, si bien su impacto inicial ha sido leve y medido, el desbordamiento de sus principios de su estricto ámbito de aplicación y, especialmente, su ambiciosa aplicación no ha situado precisamente al desarrollo sostenible en un lugar central de este proceso. El modelo flexible de la Directiva y el contexto social, económico e ideológico en el que se ha aplicado ha dado lugar en España a una expresión radicalizada y expansiva de sus previsiones liberalizadoras.

Este efecto integrativo del medio ambiente también ha tenido expresión en el mercado público. La estrategia de integración ambiental en la política de mercado interior ha generado que, a lo largo de este siglo, el medio ambiente se haya integrado progresivamente en el régimen general de la contratación pública. Lo que se ha venido denominando como contratación pública verde. A finales del siglo pasado era una mera posibilidad vista con recelo por la Comisión Europea y los que defendían una perspectiva estrictamente economicista de la contratación pública. Hoy en día la contratación pública verde se presenta desde el ámbito comunitario como instrumento de mercado de la estrategia “Europa 2020”, para garantizar la utilización racional y eficiente de los recursos y contribuir a la reactivación de la actividad económica y el fomento de la innovación.

B) Análisis particularizado del uso de criterios ambientales en las nuevas Directivas de contratación pública

En el 15 de enero de 2014, el Parlamento Europeo ha aprobado, en primera lectura, los textos provisionales de las nuevas Directivas sobre contratación pública:

- Texto provisional de la Propuesta de Directiva relativa a la contratación pública (P7_TA-PROV(2014)0025), que deroga la Directiva 2004/18, de 31 de marzo.
- Texto provisional de la Propuesta relativa a la adjudicación de contratos de concesión (P7_TA-PROV(2014)0024).
- Texto Provisional de la Propuesta relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que deroga la Directiva 2004/17 (P7_TA-PROV(2014)0026).

Nos centraremos en el análisis de las previsiones del Texto Provisional de la Directiva de Contratación Pública (TPDCP).

El TPDCP se basa en un doble objetivo: simplificar y flexibilizar los procedimientos para una mayor eficiencia de la contratación pública; y permitir a los operadores económicos el uso de los contratos como un instrumento de apoyo para la consecución de objetivos sociales, como “(...) la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles”. Este texto nos remite a la tensión que están en la base del planteamiento de este artículo. La normativa de contratos pretende reducir los obstáculos al acceso de los operadores económicos a los contratos públicos, y a un tiempo es cada vez más intensa su voluntad de integración de los objetivos de las políticas ambientales y sociales, que permite excluir a los operadores económicos que ofrecen estándares ambientales o sociales menores o ilegales.

El Derecho de la contratación pública y el Derecho ambiental se prestan servicios mutuos. La integración de consideraciones ambientales y sociales generan riesgos de discriminación y de uso fraudulento y opaco de la contratación pública, debido al amplio margen de apreciación y, en algunos casos, la dificultad aplicativa que plantean criterios de bases científico-técnica.

Si bien la integración del medio ambiente introduce mayor discrecionalidad en la actividad contractual, el Derecho ambiental compensa estos riesgos ofreciendo al Derecho de la contratación pública instrumentos que permiten aplicar criterios o cláusulas ambientales de forma objetiva, transparente y segura. Es el caso de las ecoetiquetas, que permiten determinar de forma objetiva las características ambientales de prestaciones o introducir la perspectiva del ciclo de vida de los prestaciones, sin necesidad de aplicar metodologías complejas. Asimismo, la solvencia técnico-ambiental para gestionar la ejecución de un contrato con repercusiones en el medio ambiente se puede acreditar mediante el cumplimiento de las normas reguladoras de sistemas de gestión ambiental.

Por otra parte, el Derecho de contratos públicos contribuye a velar por la mejor aplicación del Derecho ambiental. Ofrece recursos, especialmente tras la aprobación definitiva del TPDCP, que permiten excluir las ofertas u operadores económicos que no cumplen con la legislación ambiental. El reforzamiento progresivo de estas exigencias es un medio complementario para contribuir a solventar el problema crónico del Derecho ambiental, su falta de aplicación efectiva. El riesgo de verse excluido del mercado público es un notable incentivo al cumplimiento del Derecho ambiental por los operadores económicos, siempre, claro esta, que estos perciban esta exclusión como posible, lo cual dependerá del rigor con el que los entes del sector público apliquen estas previsiones.

Entre el Derecho ambiental y el Derecho de la contratación pública se establece por tanto una relación simbiótica con efectos positivos mutuos; mejor aplicación del Derecho ambiental y garantía de objetividad y transparencia para el uso estratégico de la contratación pública.

El análisis del TPDCP permite sacar algunas conclusiones, que esbozamos en los siguientes epígrafes.

a) *Voluntad política creciente de fomento de la contratación pública como un instrumento de mercado de apoyo a las políticas ambientales y sociales*

El texto refleja una voluntad política decidida para fomentar usar la contratación pública como un instrumento de mercado de apoyo a los objetivos de las políticas públicas. El uso estratégico de la contratación pública es uno de los dos pilares de la nueva Directiva. Esta voluntad política tiene su expresión en los considerandos de la Directiva. Veinte de ellos aluden a la integración de consideraciones ambientales. El considerando número 2 realiza toda una declaración de principios:

“La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020 (...) como uno de los instrumentos de mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando a un mismo tiempo un uso eficiente de los fondos públicos”.

b) *Reafirmación expresa de la estrategia de doble enfoque*

El TPDCP mantiene y reafirma la estrategia seguida hasta el momento desde las instituciones comunitarias para la implantación de la contratación pública verde.

El Derecho comunitario de la contratación pública se basa en un enfoque voluntario. No obliga a los poderes adjudicadores a integrar la perspectiva ambiental ni social. Simplemente capacita a los poderes adjudicadores para que puedan hacerlo en las diferentes fases del procedimiento de contratación (preparación y adjudicación) y en la propia ejecución del contrato. Este planteamiento general se ha ido completando poco a poco con la obligación de usar criterios o cláusulas ambientales para concretas prestaciones, que se ha ido introduciendo desde el Derecho ambiental comunitario u otros ámbitos sectoriales. Así, recientes normas comunitarias exigen la adquisición de productos, prestaciones u obras con características de ahorro y eficiencia energética. Es decir, se está introduciendo la obligación de contratación verde en aquellos espacios en donde es posible conseguir una doble ganancia: alcanzar objetivos ambientales como la lucha contra el cambio climático y la reducción de la contaminación y, al mismo tiempo, conseguir un uso eficiente de los recursos públicos, obteniendo ahorros económicos para los poderes adjudicadores.

Este planteamiento estratégico se deducía ya de las actuaciones y normas aprobadas estos últimos años desde las instancias comunitarias, pero ahora se explicita en los considerandos del TPDCP:

“La contratación pública debe “(...) permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes” (cdo. 2)

“Es de capital importancia aprovechar plenamente las posibilidades que ofrece la contratación pública para alcanzar los objetivos de la Estrategia Europa 2020. En este

contexto, es preciso recordar que la contratación pública es crucial para impulsar la innovación, que, a su vez, es de gran importancia para el crecimiento futuro en Europa. Sin embargo, ante las grandes diferencias existentes entre los distintos sectores y mercados, no sería apropiado imponer a la contratación unos requisitos medioambientales, sociales y de innovación de carácter general y obligatorio.

El legislador de la Unión ya ha establecido unos requisitos de contratación obligatorios para la obtención de objetivos específicos en los sectores de los vehículos de transporte por carretera (Directiva 2009/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo) y los equipos ofimáticos (Reglamento (CE) n.º 106/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo). Por otro lado, la definición de métodos comunes para el cálculo de los costes del ciclo de vida ha progresado considerablemente.

Parece oportuno, por tanto, continuar en esta línea y dejar que sea la legislación sectorial específica la que fije objetivos obligatorios en función de las políticas y las condiciones particulares imperantes en el sector de que se trate, y fomentar el desarrollo y la utilización de enfoques europeos para el cálculo del coste del ciclo de vida como refuerzo para el uso de la contratación pública en apoyo del crecimiento sostenible.” (cdo. 95)

c) *Clarificación del uso de criterios y cláusulas ambientales e instrumentos de mercado en el marco de los procedimientos de contratación pública*

La norma clarifica las posibilidades de uso de criterios y cláusulas ambientales y sociales en los procedimientos de contratación. Se otorga mayor claridad en el uso de instrumentos de mercado ambiental, como las ecoetiquetas o los sistemas de gestión, como medios objetivos, seguros y transparentes para integrar consideraciones ambientales en diferentes fases del procedimiento. El TPDCP genera mayor seguridad jurídica en el uso estratégico de la contratación pública, contribuyendo a eliminar así la reticencia de los poderes adjudicadores a usar criterios ambientales ante la falta de claridad y el consiguiente el riesgo de eventuales conflictos jurídicos.

c.1) La determinación de especificaciones técnicas referidas a características ambientales de la prestación

El TPDCP ofrece mayor claridad en el uso de especificaciones técnicas referidas a características ambientales de las prestaciones⁶. Señala expresamente que las características “podrán referirse” al “proceso o método específico de producción o prestación de las obras, los suministros o los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios” (art. 42.1). Siguiendo la doctrina

6. Con todo, la definición de especificación técnica de la Directiva 2004/18 ya se refería explícitamente a los “procedimientos y métodos de producción” (anexo VI), por lo que admitía igualmente la definición de especificaciones técnicas referidas a la fase de producción del producto.

del TJUE, el TPDCP dispone que estas características deben estar vinculadas al objeto del contrato y “guardar proporción con el valor y los objetivos de este”.

Esta última referencia, como la progresiva introducción de criterios o cláusulas ambientales o sociales en los procedimientos de contratación, va a suponer un incremento progresivo del protagonismo del principio de proporcionalidad como test jurídico de valoración de la legalidad de estas cláusulas contractuales. El uso estratégico de la contratación pública supone trasladar al seno de la regulación de contratos públicos la clásica tensión entre libre circulación económica e intervención pública ambiental, que como sabemos se solventa jurídicamente mediante el recurso al principio de proporcionalidad.

c.2) El uso de etiquetas ambientales en el procedimiento de contratación

La Directiva 2004/18 permite que los poderes adjudicadores puedan utilizar las etiquetas ecológicas para definir características técnicas en términos de rendimientos o exigencias funcionales en los pliegos de prescripciones técnicas (art. 23.6). Las etiquetas utilizadas como referencia deben ser apropiadas para definir las características de una prestación que sea objeto del contrato, estar basadas en información científica, ser el resultado de una amplia participación y ser accesibles a todas las partes interesadas. En definitiva, el uso de las etiquetas debe permitir la integración de criterios ambientales objetivos y transparentes. No generar riesgos de incumplimiento de los principios básicos del régimen de la contratación pública, igualdad y transparencia.

El TPDCP reitera estas mismas exigencias aunque con una redacción más clara y coherente con la doctrina del TJUE. La redacción de los requisitos que deben cumplir las etiquetas es un poco más abierta teniendo en cuenta que la nueva Directiva admite no sólo el uso de etiquetas ambientales, como la anterior, sino también las de carácter social, que tienen notas y características propias. Se introduce un nuevo requisito que deben cumplir los sistemas de etiquetado utilizados como referencia para la integración de exigencias ambientales o sociales. Los requisitos aplicables a efectos de la etiqueta deben haber sido fijados por “un tercero sobre quien el operador económico no pueda ejercer una influencia decisiva” (art. 43.1, letra e), para garantizar así los riesgos derivados de la utilización de autodeclaraciones de empresas como etiquetas de referencia.

De acuerdo con la sentencia de 10 de mayo de 2012, asunto C-368/10, *Comisión Europea/Reino de los Países Bajos*, los poderes adjudicadores no pueden exigir a las empresas que estén adscritas a un determinado sistema de ecoetiquetado. El poder adjudicador debe indicar expresamente en los pliegos de condiciones las características ambientales detalladas derivadas de un sistema de ecoetiquetado determinado. No puede hacer una referencia expresa y global al cumplimiento de los criterios de concesión de un concreta etiqueta, sino que debe concretarlos en los pliegos.

El TPDCP cambia este último criterio. Ofrece un planteamiento más abierto. Los poderes adjudicadores “podrán exigir” que las obras, los suministros o los servicios lleven etiquetas específicas que certifiquen determinadas características medioambienta-

les, sociales o de otro tipo, siempre que acepten también etiquetas o medios de prueba equivalentes (art. 43). Esto permitiría simplificar la labor de definición de las cláusulas técnicas ambientales por parte del poder adjudicador, permitiendo que éste se remita directamente a una concreta etiqueta, pero sin exigirla. El TPDCP no limita el recurso a las etiquetas en las especificaciones técnicas, sino que lo extiende, siguiendo la doctrina del TJUE, a los criterios de adjudicación o a las condiciones de ejecución. Asimismo, el TPDCP prevé la posibilidad de exigir total o parcialmente una concreta etiqueta. El poder adjudicador podrá demandar sólo algunos de los requisitos de un concreto sistema de etiquetado. En ese caso, los poderes adjudicadores indicarán en los pliegos a qué requisitos se está haciendo referencia (art. 43).

Los criterios de concesión de etiquetas públicas multicriterio solo pueden integrar las prescripciones técnicas de un contrato público cuando estén vinculadas al objeto del contrato. Nunca cuando hagan referencia al comportamiento ambiental del operador económico. En el caso de que las etiquetas se basen en criterios de concesión objetivos –vinculados a características de un producto o proceso productivo o de servicios– y subjetivos –referidos al comportamiento de los sujetos beneficiarios–, el TPDCP permite un uso parcial de los sistemas de ecoetiquetado. Así prevé que cuando una etiqueta, que cumplan los requisitos del artículo 43, establezca criterios no vinculados con el objeto del contrato, “(...) los poderes adjudicadores no exigirán la etiqueta como tal, pero podrán definir las especificaciones técnicas por referencia a las especificaciones detalladas en esa etiqueta o, en su caso, a partes de esta, que estén vinculadas al objeto del contrato y sean adecuadas para definir las características del objeto del contrato” (art. 43).

El TPDCP dispone que “los poderes adjudicadores que exijan una etiqueta deberán aceptar todas las etiquetas que confirmen que las obras, suministros o servicios cumplen requisitos equivalentes a efectos de la etiqueta” (art. 43.1). Los órganos de contratación no podrán restringir la posibilidad de utilizar etiquetas equivalentes por los operadores económicos para acreditar el cumplimiento de las especificaciones técnicas –criterios de adjudicación o condiciones de ejecución–. No obstante, restringe la posibilidad de utilizar medios equivalentes de prueba, a los casos en que el operador económico le resulte “manifiestamente imposible” disponer de la etiqueta de referencia o una equivalente dentro de los plazos aplicables. Además el operador económico interesado deberá demostrar que la prestación cumple los requisitos de la etiqueta referenciada en los pliegos. El TPDCP restringe la posibilidad del uso de medios equivalente de prueba, distintos a la etiqueta utilizada de referencia u otras etiquetas equivalente. Esto supone un impulso del uso de etiquetas como medio idónea para acreditar el cumplimiento de criterios o cláusulas ambientales previstas en los pliegos de contratos públicos.

c.3) La exigencia de medidas de gestión ambiental para acreditar la solvencia técnica para ejecutar prestaciones con incidencia ambiental

El TPDCP mantiene el núcleo de la regulación del artículo 50 de la Directiva 2004/18, con algunos cambios destinados a mejorar y simplificar la redacción (art.

62.2, TPDCP). Lo más novedoso se refiere a la posibilidad de presentar pruebas de medios equivalentes de gestión ambiental, cuando el operador no disponga del certificado utilizado de referencia o de otro equivalente. La Directiva 2004/18 prevé que se “(...) aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de gestión ambiental que presenten los operadores económicos”. Sin más. El TPDCP restringe la posibilidad de uso de medios equivalentes, seguramente por la dificultad que plantea a los poderes adjudicadores comprobar que los operadores no certificados disponen de una solvencia técnico equiparable a los operadores certificados por algún sistema, público o privado, europeo o internacional, y el consiguiente riesgo de conflicto jurídico:

“(...) Si el operador económico puede demostrar que no tiene acceso a certificados de este tipo, o que no tiene la posibilidad de obtenerlos dentro del plazo fijado por causas que no le sean atribuibles, el poder adjudicador también aceptará otras pruebas de medidas de gestión medioambiental, a condición de que el operador económico demuestre que dichas medidas son equivalentes a las exigidas con arreglo al sistema o norma de gestión medioambiental aplicable.” (art. 62.2, TPDCP).

Este planteamiento restrictivo y la propia dificultad para los operadores económicos de acreditar que sus medidas de gestión ambiental son equivalentes a las exigidas por el sistema o norma aplicable a la concreta prestación, supone sin duda una impulso a la implantación de los sistemas públicos o privados de gestión ambiental en los sectores u operadores económicos implicados en el mercado público.

c.4) El recurso a características ambientales como criterio de valoración de las ofertas

El TPDCP refuerza y clarifica el uso de criterios ambientales para la valoración de las ofertas. Debido especialmente al impulso del Parlamento Europeo, el TPDCP marca un nuevo enfoque orientado a realizar valoraciones económicas de las ofertas con una perspectiva más amplia, no centradas necesariamente el precio de compra, y más abierto a fomentar el uso de criterios de calidad (art. 67). De hecho destaca que el texto prevé que los Estados miembros puedan disponer que “(...) los poderes adjudicadores no tenga la facultad de utilizar solamente el precio o coste como único criterio de adjudicación o podrán limitar la aplicación de este criterio a determinadas categorías de poderes adjudicadores o a determinados contratos”. Parece marcarse una línea de tendencia hacia la reducción del protagonismo del precio más bajo como criterio de valoración de las ofertas. Por el contrario los criterios cualitativos y, especialmente, el coste del ciclo de vida irán adquiriendo progresivamente más presencia, a medida que se simplifiquen las metodologías para su cálculo.

Siguiendo el enfoque voluntario de la Directiva 2004/18, la oferta económica más ventajosa “podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate” (art. 67.2). Dichos criterios incluirán “características sociales, ambientales e innovadoras” (art. 67.2, letra a). De acuerdo con la perspectiva ya apuntada en el proceso de reflexión previo a la elaboración

de la Propuesta de Directiva, el TPDCP acoge un enfoque estratégico aludiendo no sólo a las consideraciones ambientales, sino también a las sociales o innovadoras, no presentes en la Directiva 2004/18.

En segundo término, el TPDCP prevé una interpretación amplia de lo que se entiende por vinculación con el objeto del contrato:

“3. Se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, *en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida*⁷, incluidos los factores que intervienen:

- a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios; o
- b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida,

incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material” (art. 67.3)

La posibilidad de utilizar cláusulas o criterios ambientales vinculados a los “procesos o métodos de producción” era posible en el marco de la Directiva 2004/18. El TJUE se pronunció sobre esta cuestión en el asunto *Wienstrom* (2003), admitiendo con carácter general que la valoración del origen renovable de la energía suministrada podía ser utilizado como criterio de adjudicación vinculado con el objeto del contrato.

No obstante, esta cuestión necesitaba ser clarificada en el texto de la Directiva. Como vemos el TPDCP recoge expresamente esta opción con un enfoque amplio. El texto alude a los procesos específicos de cualquier etapa del ciclo de vida de la prestación, incluida la producción, prestación o comercialización, “incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material”. Este planteamiento amplio permite la integración no sólo de aspectos vinculados con el proceso productivo de un producto (agricultura biológica, maderas de producción sostenible, energía derivada de fuente renovables, etc.), sino también de criterios ambientales referidos a los procesos de prestación de un servicio o a los procesos de comercialización vinculados con prácticas de comercio justo.

Si esta posibilidad ya existía, el TPDCP ofrece mayor claridad jurídica y un enfoque amplio de los factores o criterios que se entiende vinculados con el objeto del contrato. En todo caso, quedan fuera el recurso a cláusulas o criterios vinculados exclusivamente al comportamiento o compromiso ambiental o social del operador económico.

En cuarto lugar, los poderes adjudicadores podrán basar sus decisiones de compra en el coste del ciclo de vida de los productos, los servicios o las obras (art. 67.1), que puede integrar tanto costes económicos vinculados con la adquisición, utilización,

7. La cursiva es nuestra.

mantenimiento y final de vida, como costes imputados a externalidades ambientales⁸. El TPDCP dispone que en el supuesto de que un acto legislativo haga obligatorio un método común para calcular los costes de ciclo de vida, ese método se aplicará a la evaluación de los costes del ciclo de vida (art. 68.3). Por el momento, sólo ha sido aprobado el método común de cálculo de ciclo de vida de los vehículos de transporte por carreteras previsto en la Directiva 2009/33, de 23 de abril (anexo XIII, TPDCP). La aprobación de métodos comunes para el cálculo del ciclo de vida es un elemento central para objetivar y simplificar la aplicación de criterios de valoración ambientales complejos y evitar su aplicación arbitraria, opaca y discriminatoria. La labor de la Comisión Europea va a ser fundamental en el desarrollo de estas metodologías.

Como hemos comentado al hablar de las especificaciones técnicas ambientales, el carácter complejo de los criterios o cláusulas ambientales plantea problemas de verificación del cumplimiento a los órganos de contratación. Desde la perspectiva de los criterios de valoración, es fundamental determinar las metodologías de evaluación de las ofertas, siempre que se garantice la libertad del licitador para recurrir a métodos equivalentes de prueba. En caso contrario, la introducción de criterios de valoración que no permitan hacer una valoración clara y objetiva de las ofertas y que impidan a los licitadores conocer cómo se van a aplicar pueden suponer una vulneración del principio de transparencia. El TPDCP ha adquirido plena conciencia de esta cuestión, recogiendo en buena medida la doctrina del TJUE:

“Los criterios de adjudicación no tendrán por efecto conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada. Garantizarán la posibilidad de una competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, los poderes adjudicadores deberán comprobar de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores” (art. 67.4, TPDCP).

Asimismo, cuando se utilice el cálculo del coste de ciclo de vida en la valoración de ofertas, los pliegos de contratación indicarán “los datos que deban facilitar los licitadores, así como el método que utilizará el poder adjudicador para determinar los costes de ciclo de vida sobre la base de dichos datos” (art. 68.2).

Finalmente, el cálculo del coste del ciclo de vida de las prestaciones podrán incluir los costes imputados a externalidades medioambientales vinculadas al producto, ser-

8. “El cálculo de coste del ciclo de vida incluirá en una medida pertinente la totalidad o una parte de los costes siguientes a lo largo del ciclo de vida de un producto, un servicio o una obra:
a) costes sufragados por el poder adjudicador o por otros usuarios, tales como: i) los costes relativos a la adquisición, ii) los costes de utilización, como el consumo de energía y otros recursos, iii) los costes de mantenimiento; iv) los costes de final de vida, como los costes de recogida y reciclado;
b) los costes imputados a externalidades medioambientales vinculadas al producto, servicio u obra durante su ciclo de vida, a condición de que su valor monetario pueda determinarse y verificarse; esos costes podrán incluir el coste de las emisiones de gases de efecto invernadero y de otras emisiones contaminantes, así como otros costes de mitigación del cambio climático” (art. 68.1, TPDCP).

vicio u obra durante su ciclo de vida, “a condición de que su valor monetario pueda determinarse y verificarse” (art. 68.1, TPDCP). Esos costes podrán incluir el coste de las emisiones de gases de efecto invernadero y de otras emisiones contaminantes, así como otros costes de mitigación del cambio climático (art. 68.1, TPDCP). La TPDCP establece condiciones que deben cumplir los métodos utilizados para la evaluación de los costes imputados a externalidades ambientales, con la finalidad de evitar que la compleja valoración económica de los efectos ambientales de una prestación, se convierta en una vía de entrada al favoritismo, la discriminación o la opacidad (art. 68.2)⁹.

d) *El reforzamiento del papel del Derecho de contratos públicos como un instrumento complementario para velar por el cumplimiento del Derecho ambiental*

El TPDCP refuerza el papel de la normativa de contratación como un medio para velar por el mejor cumplimiento del Derecho ambiental. La integración de consideraciones ambientales en los contratos públicos permite a los órganos de contratación exigir o valorar estándares ambientales que van más allá de las exigencias legales básicas. No obstante, el régimen de contratación ofrece también instrumentos que permiten contribuir a una mejor aplicación de la legislación ambiental en la ejecución del contrato por parte de los diferentes operadores económicos que intervienen en ella.

Uno de los aspectos más novedosos del TPDCP es el reforzamiento del papel del Derecho de contratos como medio para velar por el cumplimiento de la legislación ambiental:

“En aras de la integración adecuada de los requisitos medioambientales ambientales (...), resulta especialmente importante que los Estados miembros y los poderes adjudicadores tomen las medidas pertinentes para velar por el cumplimiento de sus obligaciones en el ámbito de la legislación medioambiental (...) tanto nacionales como de la Unión Europea” (cdo. 37, TPDCP).

“Ninguna disposición en la presente Directiva debe impedir la imposición o ejecución de medidas necesarias para proteger (...) la vida humana y animal y la conservación de las especies vegetales o de otras medidas ambientales, en particular teniendo en cuenta el desarrollo sostenible, siempre que dichas medidas sean conformes con el TFUE” (cdo. 41)

El Texto Provisional dispone en el artículo 18.2, titulado “Principios de la contratación”, que los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución del contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obliga-

9. “(...) El método utilizado para la evaluación de los costes imputados a externalidades medioambientales cumplirá todas las condiciones siguientes: a) estar basado en criterios verificables objetivamente y no discriminatorios; en particular, si no se ha establecido para una aplicación repetida o continuada, no favorecerá o perjudicará indebidamente a operadores económicos determinados; b) ser accesible para todas las partes interesadas; c) todo operador económico normalmente diligente, incluidos los operadores económicos de países terceros, que sea parte en el Acuerdo o en otros acuerdos internacionales que vinculen a la Unión, ha de poder facilitar los datos exigidos con un esfuerzo razonable.” (art. 68.2, TPDCP).

ciones aplicables en materia medioambiental establecidas en el Derecho comunitario o nacional o en los convenios internacionales previstos en el anexo X¹⁰. La inclusión de esta previsión en el Capítulo II de “Normas Generales” y particularmente en este artículo, referido a los principios de la contratación, indica el compromiso de esta Directiva con el uso de los contratos públicos como apoyo a las políticas públicas. No obstante, este compromiso se debilita en cierta medida cuando observamos algunas de las previsiones de la Directiva para hacerlo operativo:

1. En primer lugar, los poderes adjudicadores “podrán decidir” no adjudicar un contrato al licitador que presente la oferta económica más ventajosa cuando hayan comprobado que la oferta no cumple las obligaciones del Derecho ambiental comunitario o nacional o de los convenios internacionales del anexo X (art. 56.1, *in fine*¹¹). Si bien es cierto que esto supone un avance con relación al texto de la Directiva 2004/18, no se exige el rechazo de las ofertas, sino simplemente se prevé una posibilidad en manos de los Estados miembros.
2. En segundo lugar, los poderes adjudicadores “podrán excluir” del procedimiento a un operador económico de la participación en un procedimiento, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, “cuando pueda demostrar por cualquier medio apropiado” que se han incumplido obligaciones de Derecho ambiental comunitario o nacional o los convenios internacionales recogidos en el anexo X (art. 57.4, letra a).

La Directiva 2004/18 no hacía expresa esta facultad de exclusión en los supuestos de vulneración de la legislación ambiental. No obstante, esto no va a suponer una especial novedad en nuestra legislación de contratos con relación a las prohibiciones de contratación. El TRLCSP establece expresamente una prohibición de contratación con personas hayan sido condenados mediante sentencia firme por “delitos relativos a la protección del medio ambiente” (artículo 60.1, letra a), o que hayan sido sancionadas “con carácter firme” por infracción “grave” en materia medioambiental (art. 60.1, letra c). Con todo, la transposición puede suponer alguna modulación como la ampliación de la relación de Leyes nacionales de cuyo incumplimiento se puede derivar una prohibición de contratación, o la integración de la prohibición de contratar en caso de vulneración del Derecho comunitario o internacional –los concretos convenios del anexo X–. Puede ser la oportunidad para potenciar la prohibición de contratación con empresas que hayan sido sancionadas por infracciones graves en materia ambiental.

-
10. Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono y su Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono; Convenio para el control de la eliminación y el transporte transfronterizo de residuos peligrosos (Convenio de Basilea); Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes (COP); Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional (PNUMA/FAO) (Convenio PIC), Rotterdam, 10.9.1998, y sus tres Protocolos regionales.
 11. El artículo 56, TPDCP, recoge los principios generales de la fase de selección de los participantes y adjudicación de los contratos.

El TPDCP prevé también que los poderes adjudicadores “podrán” excluir a un operador económico, “en cualquier momento del procedimiento”, si se comprueba el incumplimiento de las obligaciones de Derecho ambiental comunitario o nacional o de los convenios internacionales recogidos en el anexo X. Esta exclusión puede ser por decisión propia o a instancia de otro Estado miembro. Este incumplimiento puede deberse a “actos cometidos u omitidos antes del procedimiento o durante el mismo” (art. 57.5).

Finalmente, el TPDCP prevé la posibilidad de que los operadores económicos adopten medidas de cumplimiento destinadas a “reparar las consecuencias de las infracciones penales o las faltas que hayan cometido y a prevenir eficazmente que vuelvan a producirse conductas ilícitas” (cdo. 102). En ese caso, “cuando estas medidas ofrezcan garantías suficientes, se deberá dejar de excluir por estos motivos al operador económico de que se trate” (cdo. 102). Desde la perspectiva ambiental, ello nos remite a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental, que establece el marco para la definición de las medidas de reparación del daño ambiental. Esta norma debe ser pues el parámetro interno para la aplicación de las previsiones del TPDCP sobre levantamiento de la prohibición de contratación en caso de reparación de las consecuencias de infracciones ambientales. Recordemos que la citada norma no admite la reparación mediante una mera indemnización dineraria.

3. En tercer término, el poder adjudicador exigirá al operador económico que explique el precio o los costes propuestos en la oferta cuando las ofertas parezcan anormalmente bajas para las obras, los suministros o los servicios de que se trate (art. 69.1). Estas explicaciones podrán referirse al cumplimiento de las obligaciones de la legislación ambiental comunitaria o nacional o de los convenios internacionales de protección del medio ambiente recogidos en el anexo X (art. 69.2, letra d, en relación con el art. 18.2). Cuando los poderes adjudicadores comprueben que una oferta es anormalmente baja debido a que no cumple la legislación ambiental citada, la “rechazarán” (art. 69.3). En este caso la Directiva es más firme. No se prevé una mera posibilidad. Los poderes adjudicadores deben rechazar la oferta.
4. En cuarto, la nueva Directiva recoge una previsión interesante. El medio ambiente está previsto en la norma como causa de exclusión o prohibición de contratación con los operadores económicos. Ya lo hemos visto. Pero además la norma comunitaria prevé que el medio ambiente puede servir de excepción a las causas de exclusión obligatoria de la contratación:

“Los Estados miembros podrán establecer una excepción a la exclusión obligatoria prevista en los apartados 1 y 2, con carácter excepcional, por razones imperiosas de interés general como la salud pública o la protección del medio ambiente.” (art. 57.3)

Este artículo da cabida a situaciones accidentales o de contaminación importante en las que por razones técnicas sólo exista un operador económico con capacidad para afrontar la prestación, que se encuentre afectado por alguna de las causas de

exclusión obligatoria. El medio ambiente no actúa como factor de restricción del mercado público, sino de ampliación reintegrando a operadores excluidos, cuando concurra una razón ambiental que merezca mayor protección que el interés protegido por la causa de exclusión que afecta al operador. La aplicación de esta previsión requerirá someter la decisión a un juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

5. En quinto lugar, la Directiva establece que “se podrán” tomar medidas para evitar el incumplimiento por parte de los subcontratistas de las obligaciones previstas en el Derecho ambiental o nacional o en los convenios internacionales previstos en el anexo X. Particularmente, en todo caso, si el Derecho nacional dispone un “mecanismos de responsabilidad conjunta” entre el subcontratista y contratista principal, el Estado miembro “se asegurará” de que en la ejecución del contrato se aplique las normas ambientales citadas (art. 70.6, letra a). Además, los poderes adjudicadores “podrán comprobar”, por decisión propia o a petición de los Estados miembros, si los subcontratistas están afectados por motivos de exclusión del artículo 57. En ese caso, el poder adjudicador “exigirá” que el operador económico sustituya al subcontratista que haya incurrido, de acuerdo con la comprobación realizada, en causas de exclusión obligatoria (art. 70.6, letra b). Esta previsión es novedosa y extiende las posibilidades de exigir el cumplimiento del Derecho ambiental a todos los agentes que intervienen en la ejecución del contrato. Esta previsión permite potenciar el uso de los contratos públicos para reforzar el deficiente cumplimiento del Derecho ambiental y fomentar comportamientos socialmente responsables.

Este texto clarifica las posibilidades de los poderes de adjudicación para excluir de los procedimientos de adjudicación a los operadores no respetuosos con la legislación ambiental. Esto unido a la prohibición de contratar con operadores que hayan sido condenados o sancionados en firme por delitos o infracciones ambientales graves, permite enviar al mercado un mensaje claro sobre el nivel de responsabilidad social que deben alcanzar los operadores que quieran acceder a los contratos públicos e, indirectamente, contribuir a reducir el principal problema de la política y el derecho ambiental actual: el nivel de incumplimiento de la legislación ambiental.

BIBLIOGRAFÍA

- CASADO CASADO, L., “Excepciones al marco normativo de la libre prestación de servicios. La protección del medio ambiente como razón imperiosa de interés general”, en CASADO CASADO, L., FUENTES I GASÓ, J. R., GIFREU FONT, J., *Prestación de servicios, administraciones públicas y Derecho administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- CASADO CASADO, L., FUENTES I GASÓ, J. R., GIFREU FONT, J., *Prestación de servicios, administraciones públicas y Derecho administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

GARCÍA PÉREZ, M., SANZ LARRUGA, F. J., PERNAS GARCÍA, J. J. (coord.), *Libre mercado y protección ambiental. Intervención y orientación ambiental de las actividades económicas*, INAP, Madrid, 2013.

GIMENO FELIÚ, J. M., “Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, REDA núm. 159, 2013.

PERNAS GARCÍA, J. J.:

—“Posibilidades y límites para el uso de las etiquetas ambientales en los procedimientos de contratación pública”, GARCÍA PÉRE, M., SANZ LARRUGA, F. J., PERNAS GARCÍA, J. J. (coord.), *Libre mercado y protección ambiental. Intervención y orientación ambiental de las actividades económicas*, INAP, Madrid, 2013.

—“Los procesos de liberalización y simplificación administrativa y su incidencia en las técnicas de intervención administrativa ambiental” en CASADO CASADO, L., FUENTES I GASÓ, J. R., GIFREU FONT, J., *Prestación de servicios, administraciones públicas y Derecho administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

—“La transposición de la directiva de emisiones industriales y su incidencia en la ley 16/2002 de prevención y control integrados de la contaminación”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, 13 de junio de 2013.

URRUTIA LIBARONA, I., “Crisis económica, estabilidad presupuestaria y recentralización de competencias”, conferencia en el seminario “Os Dereitos sociais na crise. A crise dos Dereitos sociais”, celebrado en Santiago de Compostela los días 10 e 11 de outubro de 2013.