

## Regulación Ambiental, mercado y competencia

JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ  
*Catedrático de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Valladolid*

### I. LA REGULACIÓN NO DEBE DISTORSIONAR LA COMPETENCIA

1. La protección del medio ambiente debe evitar o, cuanto menos, minimizar la distorsión de la competencia. Esta es una exigencia del deber que incumbe a la Unión Europea (UE) de asegurar la coherencia entre sus diferentes políticas y acciones, teniendo en cuenta el conjunto de sus objetivos (art. 7 TFUE). Entre ellos, se encuentra alcanzar un desarrollo equilibrado y sostenible, basado en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente (art. 3.3 TUE), que debe integrarse en las demás políticas comunitarias (art. 11 TFUE)<sup>1</sup>. Sin embargo, el vigor de la política ambiental no debe hacernos olvidar que la creación del mercado interior (art. 3.3 TUE), basado en las libertades comunitarias, forma parte del núcleo mismo del proyecto europeo. Este objetivo no puede ser alcanzado sin proteger la competencia<sup>2</sup>, que se incluye entre las atribuciones exclusivas de la Unión [art. 3.1.b) TFUE]. Se trata, pues, de *potenciar las sinergias de ambas políticas, al tiempo que se reducen sus posibles contradicciones*.
2. Las políticas ambiental y de competencia comparten el objetivo último de promover el uso eficiente de los recursos (naturales)<sup>3</sup>. La regulación ambiental genera también nuevas oportunidades económicas. Más aún, el mantenimiento de una competencia efectiva es importante para la propia protección ambiental<sup>4</sup>. Sin embargo, *no puede ignorarse que ambas políticas persiguen fines distintos*. La regulación ambiental trata de asegurar el mejor uso posible de los recursos naturales, corrigiendo externalidades y minimizando el daño y el riesgo ambiental<sup>5</sup>. En cambio, el Derecho de la Competencia protege los intereses de los consumidores, a través del funcionamiento del mercado.

<sup>1</sup> Este mandato ha sido incorporado incluso a la Carta de Derechos Fundamentales (art. 37), que tiene fuerza vinculante (art. 6 TUE).

<sup>2</sup> Asunto C-203/96, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV e.a. tegen Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer (Dusseldorp)* [1998] ECR I-4075; asunto C-487/06 P, *British Aggregates Association v. Commission (British Aggregates Association II)*.

<sup>3</sup> *Nordic Competition Authorities (joint report), Competition policy and green growth. Interactions and challenges*, 18 (2010) [<http://www.kilpailuvirasto.fi/tiedostot/Competition-Policy-and-Green-Growth.pdf>].

<sup>4</sup> *Nordic Competition Authorities (joint report)*, 7 (2010).

De ahí resulta que, *en algunos casos, ambas políticas pueden resultar contradictorias*. Más aún, la distorsión de la competencia, con frecuencia, está en el núcleo mismo de la regulación ambiental, que establece medidas que favorecen a ciertas empresas o industrias, pero que perjudican a otras. Así, una opción política a favor de la energía eólica puede desincentivar el desarrollo de fuentes alternativas de energía renovable. Por lo mismo, la potenciación de un medio de transporte (marítimo) puede ir en detrimento de los medios de transporte alternativos (terrestre o aéreo)<sup>6</sup>. Si no existen razones que lo justifiquen, la política de transportes debe conseguir que todas las modalidades de transportes internalicen sus costes<sup>7</sup>, sin primar indebidamente unas sobre otras<sup>8</sup>.

Los problemas de competencia surgen también en relación con los llamados instrumentos de mercado (*market-based instruments*), que han alcanzado una creciente importancia en la política ambiental. Como alternativa a las tradicionales medidas imperativas, estos mecanismos tratan de corregir los fallos del mercado de manera más eficaz, al incidir en los precios (impuestos, ayudas) o restringir ciertas actividades a límites cuantitativos (derechos de emisión)<sup>9</sup>. Sin embargo, lo cierto es que estos instrumentos pueden distorsionar la competencia. Así, por ejemplo, los impuestos pueden variar en función del uso que se vaya a hacer de los productos derivados del petróleo (agricultura, pesca, transporte). Un inadecuado diseño y/o ejecución de un régimen de derechos de uso puede distorsionar la competencia, al favorecer a ciertas empresas en detrimento de otras<sup>10</sup>.

3. Por otra parte, es preciso encontrar el *adecuado equilibrio entre la protección ambiental, la defensa de la competencia y la competitividad de la industria*. Las autoridades estatales pueden sentir la tentación de aprobar normas ambientales, pero sin prestar suficiente atención al impacto que dichas decisiones tienen en la economía<sup>11</sup>. La regulación ambiental con frecuencia incrementa las barreras de acceso al mercado, ya que resulta de más difícil cumplimiento para las pequeñas empresas<sup>12</sup>. Ello podría llevar a mercados más concentrados, posiblemente, en perjuicio de los consumidores. Si no se coordina a nivel internacional, la normativa ambiental puede debilitar también la competitividad de la industria nacional.

<sup>5</sup> B. Lozano Cutanda, *Derecho ambiental administrativo*, 10ª edic. (La Ley, 2010).

<sup>6</sup> Libro Blanco sobre la política europea de transportes de cara al 2010 [COM(2001) 370 final, de 12.12.2001]. J.C. Laguna de Paz, *Competencia en transportes: si las expectativas son razonables, los resultados pueden ser aceptables*, en E. Carbonell Pórras, T. Cano Campos (coords.), *Derecho Público del Transporte en la Ciudad: renovación y nuevas perspectivas de la movilidad urbana* (2009), 58-59.

<sup>7</sup> *Communication from the Commission, "A sustainable future for transport: Towards an integrated, technology-led and user friendly system"*, COM(2009) 279/4, 11-12, marginales 55-57.

<sup>8</sup> A este respecto, se ha denunciado que la política de transportes favorezca al ferrocarril, en detrimento del autobús. M. Moratíel Llarena, Prólogo al libro de G. Fernández, *Los transportes por carretera y competencia*, en la obra por él mismo dirigida: *Transporte y competencia. Los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestre y la aplicación del Derecho de la competencia* (Civitas, 2004), 25-26.

<sup>9</sup> *European Commission, Green paper on market-based instruments for environment and related policy purposes*, COM(2007) 140 final, 3. Vid. sobre el tema I. Sanz Rubiales (dir.), *El Mercado europeo de derechos de emisión* (Lex Nova, 2010) y *El mercado de derechos a contaminar* (Lex Nova, 2007).

<sup>10</sup> D. Wilsher, *Reducing Carbon Emissions in the Electricity Sector: a Challenge for Competition Policy Too? An Analysis of Experience to Date and Some Suggestions for the future*, 6:1 The Competition Law Review 31 (2009).

<sup>11</sup> *Nordic Competition Authorities (joint report)*, 67 (2010).

## II. EL PAPEL DE LA LEY

4. La regulación ambiental incide en los derechos y libertades de los ciudadanos<sup>13</sup>, por lo que está *reservada a la Ley* (art. 53.1 CE)<sup>14</sup>. En la mayor parte de los casos, el legislador nacional no hace sino incorporar exigencias previamente establecidas por la Unión Europea, que tiene amplias competencias en esta materia [art. 4.2.e) TFUE].

La evolución de la política ambiental lleva a un continuo perfeccionamiento de los instrumentos jurídico-públicos, que pueden dejar más espacio a la persuasión y, en ocasiones, a la negociación<sup>15</sup>. Sin embargo, esto no significa restar protagonismo a la Ley<sup>16</sup>, que es el principal instrumento de la intervención estatal y la mejor garantía de los derechos de los ciudadanos. Desde esta perspectiva, no parece adecuado decir que la legislación ambiental deja paso a la regulación, que —a su vez— desemboca en la gobernanza<sup>17</sup>. Esta aproximación tiende a ignorar el papel central del Estado y, consiguientemente, del Derecho, en la política ambiental. Como es natural, esto no significa que la política ambiental no deba estar basada en el análisis económico o que no pueda aplicar mecanismos de mercado, siempre que parezcan más efectivos para la consecución de los objetivos propuestos. Siempre que sea posible, la regulación debe tratar de buscar la cooperación de los ciudadanos y organizaciones en la consecución de los objetivos ambientales. No es ningún secreto que la efectividad de la normativa siempre ha descansado sobre su amplia aceptación social. La legislación no excluye tampoco la iniciativa de los ciudadanos, sino que simplemente trata de disponer lo necesario para proteger el interés general. Ahora bien, “las técnicas tradicionales de regulación y limitación de las actividades privadas continúan siendo indispensables para controlar y mantener dentro de unos límites tolerables el potencial destructivo de la civilización moderna”<sup>18</sup>.

5. La reserva de ley no resta importancia a los mecanismos administrativos de desarrollo y aplicación. El reglamento tiene un papel destacado en la mayor parte de los sectores<sup>19</sup>, en los que el legislador se limita a establecer los principios fundamentales, que son desarrollados por la Administración. A ello se añaden los variados instrumentos aplicativos, que ponen de manifiesto que la ejecución de la norma dista mucho de ser una tarea mecánica<sup>20</sup>.

<sup>12</sup> A. Heyes, *Is environmental regulation bad for competition? A survey*, 36 Journal of Regulatory Economics, 3 (2009); *Nordic Competition Authorities (joint report)*, 17 (2010).

<sup>13</sup> F. Becker, *Market Regulation and the 'Right to Property' in the European Economic Constitution*, 26 Yearbook of European Law (Oxford University Press, 2007), 255-296.

<sup>14</sup> E. García de Enterría, T.R. Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 15ª edic. (Civitas, 2011), 257-262.

<sup>15</sup> N. Gunningham, *Enforcing environmental regulation*, 23:2 Journal of Environmental Law, 169-201 (2011).

<sup>16</sup> Sobre las transformaciones de la Ley en el Derecho público contemporáneo, vid. S. Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, I, 2ª edic. (Iustel, 2006), 92-94.

<sup>17</sup> N. Gunningham, *Environment Law, Regulation and Governance: Shifting Architectures*, 21:2 Journal of Environmental Law, 179-212 (2009).

<sup>18</sup> B. Lozano Cutanda, J.C. Alli Turrillas, *Administración y Legislación ambiental. Manual y materiales complementarios*, 6ª edic. (Dykinson, 2011), 228.

<sup>19</sup> A. Betancor Rodríguez, *Instituciones de Derecho Ambiental* (La Ley, 2001), 216-226.

<sup>20</sup> J. Esteve Pardo, *Derecho del medio ambiente*, 2ª edic. (Marcial Pons, 2008), 19 y ss.

Por otra parte, la regulación pueda venir precedida de fenómenos de *autorregulación*<sup>21</sup>, que en materia ambiental pueden desplegar un valioso papel complementario<sup>22</sup> de la normativa estatal<sup>23</sup>. No obstante, debe garantizarse que la autorregulación no tiene efectos anticompetitivos, ni discriminatorios<sup>24</sup>.

### III. PRINCIPIO DE LIBRE INICIATIVA Y SUS LÍMITES

6. *Como regla, las actividades económicas —estén o no relacionadas con el medio ambiente— deben llevarse a cabo en régimen de libre competencia.* No otra cosa significa el mercado interior (art. 2 TUE), basado en las libertades económicas (arts. 26, 39.3, 52 TFUE), que solo pueden ser suspendidas por las razones de orden público previstas en el propio Tratado (arts. 36 TFUE), entre las que no se encuentra la protección ambiental<sup>25</sup>. Más aún, los Estados miembros deben liberalizar los servicios más allá de lo exigido por la normativa europea, si su situación lo permite (art. 60 TFUE).

A idénticas conclusiones conduce el ordenamiento jurídico español. En el marco de la economía de mercado, la libertad de empresa es un derecho fundamental (art. 38 CE), aunque sujeto a límites, que —en caso necesario— pueden llevar incluso a su supresión, respecto de bienes y servicios concretos (art. 128.2 CE). En consecuencia, la preservación del derecho a emprender es un fin en sí mismo, que no solo no requiere justificación, sino que se beneficia del principio general de libertad, que es fundamento de nuestro texto constitucional (art. 1.1 CE)<sup>26</sup>. En cambio, la intervención pública económica tiene carácter instrumental, por lo que solo será legítima en la medida en que sea necesaria y proporcionada para alcanzar fines de interés general.

7. En este sentido, la regulación ambiental también debe ser *necesaria, adecuada y proporcionada* para alcanzar los objetivos que se persiguen. En particular, hay que poner cuidado en no introducir diferencias entre industrias o empresas, a menos que descansen en criterios objetivos y razonables (principio de *no discriminación*). Por otra parte, la normativa puede *restringir, pero no eliminar* los derechos de los ciudadanos, a menos que se acompañe de la correspondiente indemnización compensatoria<sup>27</sup>. Cuestión distinta es que el *control judicial* de estas medidas no resulte fácil, a la vista del grado de discrecionalidad que acompaña a la definición de la política ambiental.
8. *Como excepción, hay actividades que no pueden ser desarrolladas en régimen de competencia*, principalmente, por tratarse de monopolios naturales. En la mayor parte de los casos, estas actividades se califican como *servicios de interés económico general* (SIEG), que están suje-

<sup>21</sup> J. Esteve Pardo, *Autorregulación. Génesis y efectos* (Aranzadi, 2002) y *Lecciones de Derecho Administrativo* (Marcial Pons, 2011), 83-88; J. C. Laguna de Paz, *Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación*, 185 RAP, 106-112 (2011).

<sup>22</sup> J. C. Laguna de Paz, *Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación*, 185 RAP, 87-112 (2011).

<sup>23</sup> E. Hüpkens, *Regulation, Self-regulation or Co-regulation?*, 5 Journal of Business Law 429-430 (2009); D. Schiek, *Private rule-making and European governance – issues of legitimacy*, 32 European Law Review, 443-466 (2007).

<sup>24</sup> *Nordic Competition Authorities (joint report)*, 65 (2010).

<sup>25</sup> Asunto C-2/90, *Commission v Belgium* [1992] ECR I-4431; asunto C-209/98, *Sydhamens* [2000] ECR I-3743.

<sup>26</sup> M. Bassols Coma, *Constitución y sistema económico*, (Tecnos, 1985), 171-172; S. Martín-Retortillo Baquer, *Derecho Administrativo Económico*, (La Ley, 1988), 96.

<sup>27</sup> En el asunto C-127/07, *Arzelor*, el Tribunal concluyó que el legislador comunitario no había infringido el principio de igualdad de trato al excluir a los sectores químico y de metales no ferruginosos del ámbito de aplicación de la Directiva 2003/87/CE. Aunque estos sectores están en una situación comparable a la de los sectores incluidos, la diferencia de trato se entiende objetivamente justificada. Por una parte, la exclusión del sector químico encuentra su razón de ser en tratar de hacer menos complicada la gestión del sistema de transmisión de derechos de emisión, así como de evitar incrementar la carga administrativa. Por otra parte, la exclusión del sector de metales no ferruginosos se explica por la diferencia existente entre sus niveles de emisión y los de los sectores cubiertos.

tos a un régimen jurídico específico (arts. 14 y 106.2 TFEU, art. 36 de la Carta de Derechos Fundamentales y Protocolo núm. 26). En concreto, las empresas encargadas de su prestación pueden *inaplicar las normas del Tratado* y, en particular, *las de competencia*, en la medida en que ello sea necesario para la realización de los fines específicos que tengan encomendados (art. 106.2 TFUE)<sup>28</sup>. En particular, en caso necesario, las autoridades públicas podrían conceder derechos especiales o exclusivos para la prestación del servicio.

No obstante, el art. 106.2 TFUE sólo se aplica a los servicios económicos, que son los únicos sujetos a las reglas del mercado interior. Están, pues, excluidos los servicios no económicos, así como las actividades que comporten el ejercicio de poder público<sup>29</sup>.

Además, la empresa ha de haber sido específicamente encargada del cumplimiento de una tarea de interés general. En cambio, las limitaciones generales impuestas a las empresas para la protección del medio ambiente no se consideran servicios de interés económico general<sup>30</sup>, sino que —sencillamente— establecen las condiciones en que puede realizarse la actividad.

Finalmente, no hay que olvidar que la inaplicación del Tratado no es la regla, sino la excepción. La mayor parte de los SIEG son prestados por empresas privadas, en régimen de libre competencia (arts. 106.1 y 106.2 TFUE, *a contrario sensu*). Es verdad que —en ausencia de normativa europea— los Estados tienen una amplia discrecionalidad para calificar la actividad como un SIEG, así como para definir el régimen jurídico que entiendan más adecuado. Sin embargo, al hacerlo, están vinculados a los objetivos del Tratado. De ahí que los derechos especiales o exclusivos sólo quepan en la medida en que no pueda alcanzarse el objetivo de manera satisfactoria a través de otras medidas menos restrictivas<sup>31</sup>. Además, el desarrollo del comercio no debe verse afectado de forma contraria al interés de la Unión (art. 106.2 TFUE, *in fine*).

### IV. ADJUDICACIÓN ADMINISTRATIVA DE DERECHOS DE USO

9. *El establecimiento de un régimen de derechos de uso, generalmente, transmisibles, aspira a lograr una más eficiente utilización de los recursos naturales mediante la creación de un mercado*<sup>32</sup>. Si el sistema está adecuadamente diseñado, puede contribuir a la protección del medio ambiente mediante mecanismos de intervención administrativa más flexibles. Sin embargo, como hemos avanzado, los instrumentos de mercado también comportan algunos riesgos de distorsión o debilitamiento de la competencia, que deben ser advertidos.

En primer lugar, la intervención pública requiere que las autoridades públicas dispongan de una excelente información, que es difícil y costosa de obtener. Como es natural, el sistema solo funciona si el conjunto de los permisos adjudicados es menor que la demanda global. Un exceso de derechos de uso no surtiría los efectos deseados, como ha sucedido en Europa con la primera adjudicación de certificados de emisión de gases de efecto invernadero.

<sup>28</sup> E. García de Enterría, T.R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 12ª edic. (Civitas, 2011), 250-258; J.A. Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo General*, II, 2ª edic. (Iustel, 2009), 450-451; M. Sánchez Morón, *Derecho Administrativo. Parte General*, 5ª edic. (Tecnos, 2009), 718-721.

<sup>29</sup> J. C. Laguna de Paz, *Servicios de Interés Económico General* (Thomson-Civitas, 2009).

<sup>30</sup> Asunto C-209/98, *Sydhamens*, [2000] ECR I-3743, para 75 (reciclaje de residuos).

<sup>31</sup> Asunto C-343/95, *Call & Figli*, [1997] ECR I-1547 (tareas de vigilancia anticontaminación).

<sup>32</sup> Asunto C-159/94, *Commission v France*, [1997] ECR I-5815.

En segundo lugar, la asignación de derechos no debe favorecer de manera indebida a ciertos Estados, industrias o empresas, lo que distorsionaría la competencia. A este respecto, cualquier trato diferenciado debe estar basado en razones objetivas. Sin embargo, la enorme discrecionalidad político-administrativa que acompaña a estas medidas dificulta el control judicial.

En tercer lugar, el establecimiento de un régimen de derechos de uso incrementa las barreras de acceso al mercado, al restringir el número de empresas que pueden realizar la actividad o, cuanto menos, al incrementar sus costes.

10. *El procedimiento administrativo de adjudicación de derechos de uso* resulta también crucial. A este respecto, deben destacarse los siguientes aspectos:
  - La adjudicación de derechos a las empresas que ya están en el mercado tiene un gran potencial de distorsión de la competencia, al incrementar las barreras de acceso. No obstante, este procedimiento puede ser inevitable, cuando se trata de introducir un nuevo sistema que representa un cambio sustancial respecto del régimen vigente. No sería razonable exigir un cambio sustancial en las condiciones de ejercicio de la actividad sin facilitar la adaptación. Sin embargo, a medida que maduran los mercados, deben aplicarse otros procedimientos de adjudicación.
  - La ventaja -y, al mismo tiempo, el inconveniente- del *concurso* es el amplio margen de discrecionalidad administrativa que comporta. A este respecto, hay que destacar que la presunción de que las autoridades públicas están siempre en mejores condiciones para saber lo que en cada momento reclama el interés general no siempre se corresponde con la realidad<sup>33</sup>.
  - En consecuencia, siempre que resulte posible, los derechos de uso deben ser *subastados*. Este procedimiento da a los compradores la posibilidad de pagar el teórico valor de mercado por los derechos que adquieren, facilitando el establecimiento posterior de un mercado secundario. Con ello, se excluye también el riesgo de que la adjudicación comporte ayudas estatales.

#### V. CRITERIOS AMBIENTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

11. Los contratos públicos deben ser adjudicados conforme a los principios de publicidad, transparencia, libre concurrencia y no discriminación. Con ello, no sólo se protegen los intereses del poder adjudicador, sino también los de los ciudadanos, que tienen derecho a no ser discriminados en relación con el enorme volumen de negocio que representa la contratación pública.

La cuestión es que la normativa permite que -cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa-, entre otros criterios, puedan tomarse en cuenta *características ambientales*, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato [art. 53.1.a) de la Directiva 2004/18/CE, del PE y del Consejo, de 31.3.2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, suministro y servicios]. En su aplicación, el Derecho español contempla esta posibilidad en el art. 134.1 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

La llamada contratación pública ambiental (*green public procurement*) se entiende una manifestación del deber de integrar la protección del medio ambiente en las demás políticas comunitarias (art. 11 TFUE). La Comisión Europea apoya claramente esta tendencia, destacando que la contratación pública puede crear o ampliar los mercados

<sup>33</sup> Asunto C-203/96, *Dusseldorp* (residuos peligrosos).

de productos y servicios respetuosos con el medio ambiente<sup>34</sup>. Asimismo, podría contribuir a superar las externalidades negativas derivadas de la actividad económica (por ejemplo, las relacionadas con el transporte)<sup>35</sup>. Dentro de ciertos límites, la jurisprudencia europea ha aceptado también la legitimidad de la inclusión de criterios no económicos en la contratación pública<sup>36</sup>.

Sin embargo, *no debe subestimarse el riesgo de que los criterios ambientales, de hecho, puedan acabar adquiriendo un peso indebido en la adjudicación del contrato*. Ello podría conducir a los siguientes resultados: (i) distorsión de la competencia, si se toman en cuenta criterios que no estén directamente vinculados a la prestación<sup>37</sup>; (ii) ineficiente asignación de los recursos, al reducir el número de empresas capaces de participar en la licitación, lo que -presumiblemente- incrementará el precio y reducirá la calidad de la prestación<sup>38</sup>; (iii) discriminación, si se favorece a determinadas empresas por razones que no sean su mejor cualificación para asumir la prestación; (iv) incremento de la discrecionalidad administrativa, dado que los beneficios ambientales de ciertos productos o servicios pueden ser difíciles de medir<sup>39</sup>.

En resumen, los poderes adjudicadores pueden tomar en cuenta la protección ambiental como criterio complementario para la adjudicación del contrato, siempre que -de hecho- ello no suponga encomendar su ejecución a la empresa que no esté en las mejores condiciones para asumirla, lo que acabaría negando los específicos principios de la contratación pública.

#### VI. LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

12. La definición de los objetivos del Derecho de la Competencia siempre ha resultado una cuestión discutida<sup>40</sup>. No obstante, puede aceptarse que su finalidad es la protección del proceso competitivo en el mercado, lo que -a su vez- promueve la eficiencia económica y, con ello, el bienestar de los consumidores. Con todo, el Derecho europeo de la Competencia, desde el comienzo, ha sido permeable a fines extraconcurrentiales. *La cuestión es, pues, hasta qué punto la aplicación del Derecho de la Competencia puede tomar en cuenta la protección ambiental*.
13. Los *acuerdos y prácticas concertadas* entre empresas con efectos anticompetitivos no están prohibidos por el Derecho de la Competencia [art. 101(1) TFUE], cuando comporten beneficios tangibles para los consumidores o un avance tecnológico significativo, que compense sus efectos anticompetitivos [art. 101(3) TFUE]<sup>41</sup>. En todos estos casos, hay

<sup>34</sup> J. Esteve Pardo, *El mercado de títulos administrativos. Asignación objetiva, reasignación transparente*, en L. Cosculluela Montaner (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico*, Libro Homenaje al Prof. Dr. S. Martín-Retortillo Baquer (Civitas, 2003); J.C. Laguna de Paz, *La autorización administrativa* (Civitas, 2006), 293-300 y *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*, 3ª edic. (Thomson-Aranzadi, 2010), 266-278.

<sup>35</sup> Comisión Europea, *Directrices en materia de ayudas públicas para la protección del medio ambiente* (2008), para 55.

<sup>36</sup> C. Knill, T. Bernheim, *Das Europäische Parlament zwischen Klimaschutz und Wettbewerbsfähigkeit: Entscheidungsfindung und Konfliktlinien am Beispiel der Revision der Richtlinie zum Emissionshandel*, 2 Zeitschrift für Umweltpolitik & Umweltrecht, 169 (2010).

<sup>37</sup> S. Muñoz Machado, J. Esteve Pardo (dirs.), *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación* (Iustel, 2009), 115-116.

<sup>38</sup> Commission Communication, *Public procurement for a better environment* [COM(2008) 400/2], para 1.1, 3.

<sup>39</sup> C. Hilson, *Going local? EU Law, localism and climate change*, 33 European Law Review, 194-210 (2008).

<sup>40</sup> Asunto C-513/99, *Concordia Bus* [2002] ECR I-7213; asunto C-448/01, *Wienstrom*.

<sup>41</sup> W. Frenz, *Naturschutz im europäischen Vergabericht*, 29 Natur und Recht, 107-111 (2007).

que ponderar los beneficios ambientales que resultan del acuerdo con los costes sociales asociados a la reducción de la competencia (incremento en los precios o en las barreras de acceso al mercado).

14. La regulación europea en material de *concentraciones* empresariales deja un estrecho margen para valorar si la operación debe ser autorizada tomando en consideración objetivos ambientales. A la hora de valorar la compatibilidad de una concentración, la Comisión Europea —entre otros criterios— debe tomar en cuenta su contribución al progreso técnico y económico [art. 2.1.b) del Reglamento CE núm. 139/2004, del Consejo, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas]. De manera limitada, este precepto podría dejar la puerta abierta a la toma en consideración de objetivos ambientales. Por otra parte, la normativa permite que los Estados miembros protejan otros intereses, siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario, previa valoración de su conformidad por parte de la Comisión (art. 21.4 del Reglamento CE núm. 139/2004).

En concentraciones sin dimensión comunitaria, la legislación estatal puede autorizar a las autoridades nacionales a tomar en cuenta objetivos ambientales (art. 1 del Reglamento CE núm. 139/2004). En este sentido, el art. 10.4 de la Ley 15/2007, de 3.7, de Defensa de la Competencia, permite al Consejo de Ministros valorar la operación de concentración “atendiendo a criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia”, entre los que se encuentra la protección del medio ambiente.

15. La prohibición de *abuso de posición dominante* no tiene excepciones, por lo que no pueden tomarse en cuenta objetivos ambientales (art. 102 TFUE)<sup>42</sup>. La cuestión es, pues, definir precisamente las conductas que caen dentro de la prohibición. Así, por ejemplo, los comportamientos que tienen justificación objetiva no constituyen abuso de posición dominante (exigencia de que los productos respeten ciertos requisitos ambientales).
16. Como hemos visto, los objetivos ambientales pueden ser tomados en cuenta en la aplicación del Derecho de la Competencia<sup>43</sup>, pero de forma muy restrictiva, ya que ello reduce su capacidad para proteger el mercado. Además, no pueden tomarse sólo en cuenta los pretendidos beneficios ambientales, sino también los costes sociales que resultarían de un posible debilitamiento de la competencia<sup>44</sup>. En una palabra, el Derecho de la Competencia no puede convertirse en un instrumento al servicio de la política ambiental, industrial o social. En ese caso, dejaría de cumplir su específica función, que es asegurar el funcionamiento no distorsionado del mercado, en perjuicio del interés general.

## VII. AYUDAS ESTATALES PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

17. La normativa europea maneja un concepto material de ayudas estatales, en el que se incluyen todas aquellas medidas que reducen las cargas que normalmente afectan a las empresas, con independencia de los objetivos pretendidos<sup>45</sup>. No obstante, la amplitud de dicho concepto se pone continuamente a prueba con la creciente sofisticación de

las técnicas que utilizan los Estados para la consecución de los objetivos ambientales. En concreto, la medida debe cumplir las exigencias establecidas en el art. 107.1 TFUE:

- (i) Ha de comportar una *ventaja económica* para el destinatario. Esto es lo que, por ejemplo, sucede con el otorgamiento de permisos de emisión de gases de efecto invernadero por debajo de su valor de mercado<sup>46</sup> o con la compra preceptiva de certificados ambientales (*green certificate*)<sup>47</sup>. En cambio, no existe ventaja económica cuando las medidas estatales compensan a una empresa por el coste neto que resulta de la prestación de obligaciones de servicio público<sup>48</sup>.
  - (ii) Las ventajas económicas han de ser *selectivas*, es decir, tienen que favorecer a ciertas empresas o la producción de bienes determinados<sup>49</sup>, con independencia del alcance de la medida<sup>50</sup>. No obstante, no existe selectividad cuando las ventajas o cargas resultan de la aplicación del propio sistema<sup>51</sup>.
  - (iii) Las medidas deben nutrirse de *recursos estatales*<sup>52</sup>. Esto ocurre cuando el Estado pone a disposición de las empresas permisos de emisión de manera gratuita, en lugar de venderlos o subastarlos<sup>53</sup>. Sin embargo, el Tribunal negó la calificación como ayudas estatales de la obligación que la legislación alemana imponía a los distribuidores de energía de comprar la producida con fuentes renovables, a precios superiores a su valor de mercado, por el hecho de que dicha ventaja económica no comportaba la transferencia de recursos estatales<sup>54</sup>. La carga financiera que resulta de dicha obligación debía ser distribuida entre las empresas de suministro de energía eléctrica y los operadores de red situados aguas arriba.
18. La *normativa europea admite las ayudas estatales ambientales de manera restrictiva*, por dos razones:
    - (i) En sí mismas, comportan una distorsión de la competencia, lo que explica la prohibición general del art. 107.1 TFUE<sup>55</sup>. De hecho, desde hace años, las autoridades europeas se han fijado como objetivo la progresiva reducción del volumen de ayudas públicas (“*less and better-targeted State aid*”)<sup>56</sup>.

<sup>46</sup> Asunto T-151/01, *DSD*.

<sup>47</sup> S. Lavrijssen, *What role for National Competition Authorities in Protecting Non-competition Interests after Lisbon?*, 35 *European Law Review* 636-659 (2010).

<sup>48</sup> *Nordic Competition Authorities (joint report)*, 16 (2010).

<sup>49</sup> Asunto C-487/06 P, *British Aggregates Association v. Commission (British Aggregates Association II)*; asunto C-409/00, *Spain v. Commission* [2003] ECR I-1487, para 46; asunto T-55/99 *CETM v. Commission* [2000] ECR II-3207, para 53.

<sup>50</sup> Asunto T-233/04, *Netherlands v. Commission (Netherlands Nox)*, para 74; asunto T-387/04, *EnBW* [2007] ECR II-1195, paras 131-132.

<sup>51</sup> En su Decisión de 25.7.2001 [ayuda N 550/2000, Belgium —‘Green Electricity’ Certificates (OJ 2001 C 330, p. 3)], la Comisión Europea declaró que los certificados verdes (*green certificates*) solamente ofrecían prueba de la producción de electricidad renovable (*green electricity*), pero no comprometían recursos estatales.

<sup>52</sup> Asunto C-280/00, *Altmark* [2003] ECR I-7747, J.L. Martínez López-Muñoz, *Ayudas públicas*, en L. Velasco San Pedro, *Derecho europeo de la Competencia. Antitrust e intervenciones públicas* (Lex Nova, 2005), 498-501.

<sup>53</sup> Asunto C-409/00, *Spain v. Commission* [2003] ECR I-1487; las ventajas económicas para la compra de vehículos por personas naturales y PYMES, pero no por grandes empresas, tienen carácter selectivo.

<sup>54</sup> En este sentido, es cuestionable el criterio que mantiene el Tribunal en el asunto T-233/04, *Netherlands Nox* (paras 87-96). H. Vedder, *Of Jurisdiction and Justification. Why Competition is Good for ‘Non-economic’ Goals, But May Need to be Restricted*, 5:1 *The Competition Law Review*, 63 (2009).

<sup>55</sup> Asunto 173/73, *Italy v. Commission*, para 33; asunto C-75/97, *Maribel bis/ter*, paras 35 and 39, y asunto C-143/99, *Adria-Wien Pipeline and Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, para 49. El denunciante debe aportar las pruebas: asunto *Spain v. Commission*, para 53, y asuntos acumulados T-127/99, T-129/99 y T-148/99, *Diputación Foral de Alava and Others v. Commission* [2002] ECR II-1275 (para 107).

<sup>56</sup> Asunto 82/77, *Van Tiggele* [1978] ECR 25, paras 24 and 25; asunto C-189/91, *Kirsammer-Hack* [1993] ECR I-6185, para 16; asuntos acumulados C-52/97, C-53/97 y C-54/97, *Viscido* [1998] ECR I-2629, para 13; asunto C-200/97, *Eco-trade* [1998] ECR I-7907, para 35; asunto C-295/97, *Piaggio* [1999] ECR I-3735, para 35.

<sup>42</sup> *Nordic Competition Authorities (joint report)*, 7 (2010).

<sup>43</sup> COM(2008) 400/2, para 1.4, 5.

<sup>44</sup> R. Whish, *Competition Law*, Sixth Edition (Oxford University Press, 2009), 19-23; F. Diez Estella, *Los objetivos del Derecho antitrust*, 224 GJ 32 y ss. (2003), pp. 32; L. Velasco San Pedro, *El Derecho europeo de la Competencia*, en la obra colectiva por él coordinada “Derecho Europeo de la Competencia. Antitrust e intervenciones públicas” (Lex Nova, 2005), 41-44.

<sup>45</sup> Comisión Europea, *Directrices sobre acuerdos horizontales* (2011).

- (ii) En la protección del medio ambiente, las ayudas son la “segunda mejor opción”<sup>57</sup>. El Derecho europeo se basa en el principio “quien contamina, paga” (*polluter pays principle*), que exige que la empresa afectada soporte las consecuencias negativas que resulten del ejercicio de su actividad.

No obstante -como excepción-, la normativa europea permite el otorgamiento de ayudas para alcanzar fines de interés general, entre los que se encuentra el medio ambiente. En concreto, el art. 107.3.c) TFUE constituye la base jurídica principal que puede justificar el otorgamiento de ayudas ambientales. Estas ayudas también podrían encontrar cobertura en el art. 107.3.b) TFUE, que permite el otorgamiento de ventajas económicas para la promoción de proyectos importantes de interés común europeo. Con carácter general, la admisibilidad de las ayudas ambientales depende de que se cumplan los siguientes requisitos<sup>58</sup>:

- Han de ser imprescindibles para alcanzar el objetivo ambiental perseguido.
- No está justificado su otorgamiento para facilitar el cumplimiento de normas europeas en vigor. En cambio, podrían otorgarse para facilitar la aplicación de estándares ambientales nacionales más exigentes.

En la valoración de si una ayuda puede ser considerada compatible, la Comisión toma en cuenta el impacto positivo de la medida de cara a la consecución del objetivo de interés general (protección del medio ambiente) y sus posibles efectos negativos (distorsión del comercio y la competencia).

LIBER AMICORUM AL PROF. DR. D. ENRIQUE RIVERO YSERN.  
pp. 729-749.

## El modelo español de protección de las infraestructuras críticas como sistema integrado de seguridad pública

JOSÉ IGNACIO LÓPEZ GONZÁLEZ  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad PABLO DE OLAVIDE

*“...nos encontramos con una serie de asociaciones, entidades, particulares, que van a realizar la esencia de la Administración y su razón de ser: la satisfacción de las necesidades públicas, la realización del interés público, muchas veces en el mismo plano y con la misma intensidad que la Administración”<sup>59</sup>*

### I.- LA FUERZA EXPANSIVA DEL CONCEPTO DE SEGURIDAD PÚBLICA: LA PROTECCIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS CRÍTICAS COMO NUEVO CRITERIO FUNCIONAL DE LA SEGURIDAD PÚBLICA.

Los fenómenos de interdependencia y globalización repercuten muy directamente en el concepto y el ámbito de la seguridad pública, reforzando el título competencial del Estado y su posición, en el marco del artículo 149.1.29ª de la Constitución.

En nuestro caso, la salvaguarda del normal funcionamiento de los sectores estratégicos y sus infraestructuras e instalaciones, indispensables para garantizar los servicios esenciales de la sociedad, se convierte en obligada función a satisfacer por la seguridad pública y en consecuencia amplía decididamente el ámbito formal del concepto, con efectos indudables en el título competencial contemplado por la Constitución.

La protección preventiva de los sectores estratégicos frente al terrorismo internacional (amenazas en el plano de la seguridad física) y de modo muy principal frente al denominado terrorismo cibernético (en el plano de la seguridad de las tecnologías de la información y las comunicaciones), determina la consolidación de todo un sistema integrado de seguridad pública a nivel internacional –especialmente en el marco de la Unión Europea- e interno, con un reforzado y creciente protagonismo directivo del Estado.

<sup>1</sup> E. Rivero Ysern, en *“El Derecho Administrativo y las relaciones entre particulares”*, Instituto García Oviedo. Sevilla. 1969, página 120. Sirva el recuerdo de este trabajo para expresar mi reconocimiento al Profesor Enrique Rivero y agradecerle su magisterio en aquéllos años y siempre.

<sup>57</sup> Asunto T-233/04, *Netherlands v. Commission (Netherlands Nex)*, paras 70 y 75.

<sup>58</sup> Asunto C-379/98, *PreussenElektra* [2001] ECR I-2099, para 58.

<sup>59</sup> OECD, *Environmentally harmful subsidies. Challenges for Reform* (2005); Setareh Khalilian and Sonja Peterson, *Auf dem Weg zu einer effizienteren Regulierung im Energiebereich – Subventionsabbau und Grundlegenden Reformen*, *Zeitschrift für Umweltpolitik & Umweltrecht*, 183-211 (2011).

<sup>60</sup> J.R. Fernández Torres, *El establecimiento de subvenciones*, en G. Fernández Farreres (coord.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones* (Thomson-Civitas, 2006), 274 y ss.

<sup>61</sup> Comisión Europea, *Directrices sobre ayudas estatales para la protección ambiental* (2008), para 24.

<sup>62</sup> *Directrices sobre ayudas ambientales* (2008).