

Los «Acuerdos sobre Medio Ambiente» entre las Administraciones Públicas y la Industria: su interacción con los instrumentos normativos de la Comunidad

Carmen Plaza Martín

Doctora y Profesora Asociada de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

Sumario: I. La irrupción de los «acuerdos ambientales» en la política ambiental comunitaria. II. El uso de acuerdos ambientales a escala comunitaria: 1. La práctica comunitaria; 2. Su interacción con los instrumentos normativos de la Comunidad. III. Los acuerdos o convenios ambientales en los Estados miembros: 1. El recurso a la vía convencional en la política ambiental de los Estados miembros: la problemática relación entre la actividad convencional y la normativa. 2. La progresiva regulación de los convenios. IV. Los acuerdos ambientales como medio de ejecución de las directivas comunitarias en los Estados miembros: 1. Antecedentes en el ámbito de la Política Social Comunitaria: los convenios colectivos como instrumento para ejecutar directivas comunitarias. 2. Análisis de las pautas ofrecidas por la Comisión: A. La Comunicación; B. La Recomendación relativa a los acuerdos sobre medio ambiente por los que se aplican Directivas comunitarias. 3. Incertidumbres que perviven en torno a la utilización de los acuerdos ambientales como medio para ejecutar las directivas.

I. LA IRRUPCIÓN DE LOS «ACUERDOS AMBIENTALES» EN LA POLÍTICA AMBIENTAL COMUNITARIA

Los acuerdos o convenios negociados entre la Administración y la industria con el fin de alcanzar determinados objetivos de protección ambiental han suscitado en los últimos años un interés notable en la Comunidad. En el escenario de las políticas ambientales de los Estados miembros, sin embargo, la celebración de este tipo de acuerdos dista de ser un fenómeno nuevo: este tipo de medidas convencionales se utilizó puntualmente ya desde los primeros pasos del moderno Derecho ambiental¹, y en algunos casos, como

¹ A pesar de que su utilización en los Estados miembros se disparó especialmente a partir de la mitad de la década de los 80, podemos encontrar ejemplos de acuerdos o convenios ambientales entre las Administraciones públicas y agentes económicos y sociales (generalmente la industria) ya desde comienzos de los 70. Según la *Comunicación de*

en Holanda, han sido profusamente utilizados desde que, a mediados de los años 80, pasaran a un primer plano en su política ambiental².

La primera referencia a este instrumento en el Derecho comunitario ambiental se remonta a la Directiva del Consejo 85/339/CEE relativa a los envases para los alimentos líquidos³, en cuyo artículo 4 se establecía que, en el marco de los programas que tenían que diseñar los Estados miembros para alcanzar determinados objetivos⁴, éstos debían adoptar una serie de medidas «bien por vía legal o administrativas o bien por medio de acuerdos voluntarios». No obstante va a ser en la década de los 90 cuando, con carácter general, la Comunidad Europea empieza a considerar estos acuerdos como una opción eficaz para abordar algunos problemas ambientales, más participativa y flexible que la estrictamente normativa, y que, además, podría evitar el riesgo de pérdida de competitividad de la industria europea como consecuencia de la imposición unilateral por el legislador de medidas ambientales estrictas. De modo que la celebración de estos acuerdos con la industria comenzó a considerarse por parte de las instituciones comunitarias desde dos ópticas claramente diferenciadas: por un lado, en el marco del Quinto Programa de Medio Ambiente se presentaron como nuevos instrumentos idóneos para complementar el marco normativo, facilitar el diálogo con la industria en línea con los principios de subsidiariedad y de responsabilidad compartida, y mejorar así la eficacia de la política ambiental⁵; y, por

la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a los acuerdos sobre medio ambiente, COM(96) 561 final, pg. 28, al parecer fue Francia el primer Estado miembro en el que se recurrió a este instrumento al firmarse, en agosto de 1971, un «accord de branche» entre el Ministerio de Medio Ambiente y el sector cementero (en el cual se estableció, por un lado, un calendario para la adopción de medidas correctoras en el funcionamiento de este sector mediante un programa aplicable a las instalaciones ya existentes –«programme de branche»–, y, por otro, se exigía que las instalaciones nuevas cumplieran las normas sobre emisiones).

² Vid. KOEMAN, N. S. J.: «Bilateral Agreements Between Government and Industry in Ducht Environmental Law», *EELR*, vol. 2, 1993, pg. 174, pgs. 183 y ss.; KOPPEN, I. K.: «Regulatory Negotiation in the Netherlands: The Case of Packaging Waste», en KNOEPFEL, P. (Ed.), *Lösung von Umwelthkonflikten durch Werhandlung-Solution de conflits environnementaux par la négociation*, vol. 10, Helbing & Lichtenhahn, Series Oelologie und Gesellschaft. Basilea, 1994, pgs. 153 y ss.; LIEFFERINK, D.: «New Environmental Policy Instruments in the Netherlands», *EUI Working Papers, RSC*, Florencia, núm. 98/15, pgs. 11 y ss.; VAN DEN BROEK, J.: «Covenant and Permit in the Ducht Target Group consultation: The Role of an Environmental covenant in the Granting of an Environmental Permit», en VAN DUNNÉ, M. (Ed.), *Environmental Contracts and Covenants: New Instruments for a Realistic Environmental Policy?*, Institute of Environmental Damages. Rotterdam, 1993, pgs. 33 y ss.; WILLEM BIEKART, J.: «New Instruments for Environmental Policy in the UE. Negotiated Agreements in EU Environmental Policy, EUI WP», *RSC*, Florencia, núm. 98/19, pgs. 9-20.

³ DOCE L 176, de 6 julio 1985, derogada por la Directiva 94/62/CE relativa a los envases y residuos de embalaje (DOCE L 365/10, de 31 diciembre 1994).

⁴ Reducir el impacto de los envases usados sobre el medio ambiente y fomentar la reducción del consumo de energía y de materias primas.

⁵ En el Quinto Programa se constató cómo las medidas sobre medio ambiente adoptadas por la Comunidad hasta entonces tendían a ser de carácter prohibitivo, y con ellas se insistía más en impedir una determinada actuación que en fomentar acciones en co-

otro, también se han contemplado desde el prisma de la simplificación, desregularización y reducción de las interferencias burocráticas en el Mercado Interior⁶, y en el marco de las implicaciones de la normativa ambiental en la competitividad industrial⁷, con el objeto de estudiar las posibles vías para aliviar las cargas que pueden restar competitividad a la industria europea.

Pero si bien en el ámbito de la política ambiental ya el Quinto Programa de Medio Ambiente iba a abogar de forma decidida por el uso de los «convenios voluntarios» a comienzos de los 90, en realidad este instrumento no fue objeto del debido análisis por parte de las instituciones comunitarias hasta 1996, cuando la Comisión elabora su *Comunicación al Consejo y al Parlamento relativa a los acuerdos sobre medio ambiente*⁸, a la que acompañó una *Recomendación relativa a los acuerdos sobre medio ambiente por los que se aplican las Directivas comunitarias*⁹. La primera se centra en el uso de los acuerdos, con carácter general, con el fin de «fomentar y facilitar el uso de acuerdos sobre medio ambiente que sean efectivos y aceptables» como instrumentos de aplicación de la política ambiental de la Comunidad¹⁰. La segunda tiene como objeto dar orientaciones a los Estados miembros sobre la utilización de acuerdos ambientales como medio de aplicación de las directivas comunitarias¹¹.

En la Comunicación –en la que se elimina la tautología que implicaba el término «acuerdo voluntario» utilizado hasta entonces, sustituyendo tal denominación por «acuerdo sobre medio ambiente»– la Comisión va a ofrecer una definición general de este instrumento¹². Según la Comunicación:

laboración para la defensa del medio ambiente. Se planteó así la necesidad de desarrollar y aplicar un abanico más amplio de instrumentos de política ambiental, complementando las medidas normativas o reglamentarias con otros instrumentos, como los económicos o de mercado (entre los que incluye los acuerdos voluntarios). Vid. CCE, *Hacia un Desarrollo Sostenible –Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible–*, vol. II, pgs. 6, 8, 33, 82.

⁶ Vid. Informe del Grupo de expertos independientes sobre la simplificación legislativa y administrativa (Informe Molitor), Resumen y propuestas, COM (95) 288 final, pg. 17.

⁷ Vid. la *Comunicación de la Comisión sobre competitividad industrial y protección del medio ambiente* [SEC(92)1986], la *Resolución del Consejo sobre la relación entre competitividad industrial y protección del medio ambiente* (DOCE C 331, de 16 diciembre 1992), y la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre Crecimiento económico y medio ambiente: implicaciones para la política económica* [COM(94)465 final].

⁸ COM (96) 561 final.

⁹ DOCE L 333/59, de 21 diciembre 1997.

¹⁰ CCE, *Comunicación relativa a los acuerdos...*, op. cit., pg. 5.

¹¹ CEE, *Recomendación relativa a los acuerdos...*, op. cit., pg. 3.

¹² Téngase en cuenta, no obstante, que esta figura aparece por vez primera definida en el Derecho comunitario en la Directiva 94/62/CE relativa a los envases y residuos de embalaje (DOCE L 365/10, de 31 diciembre 1994), cuyo art. 3.12 dispone que, a los efectos de la aplicación de dicha Directiva, se entenderá por «acuerdo voluntario» [...] «El acuerdo formal celebrado entre las autoridades públicas competentes del Estado miembro y los sectores económicos correspondientes, que debe estar abierto a todas las partes que deseen cumplir las condiciones del acuerdo, con vistas a alcanzar los objetivos de

Carmen Plaza Martín

«[...] se entenderá por acuerdo sobre medio ambiente el acuerdo celebrado entre la industria y la administración pública con el fin de lograr objetivos de medio ambiente. Dichos acuerdos sobre medio ambiente pueden ser vinculantes desde un punto de vista jurídico, con obligaciones para las Partes en el acuerdo. Esos acuerdos pueden asimismo revestir la forma de compromisos unilaterales de la industria reconocidos por la administración pública»¹³.

De modo que el concepto «acuerdo sobre medio ambiente» que desde entonces vienen manejando las instituciones comunitarias –en una acepción extremadamente laxa que dificulta su análisis jurídico unitario– incluye tanto aquellos acuerdos que adoptan la forma de contratos o convenios, en los que se establecen un conjunto de obligaciones de hacer o de resultado jurídicamente vinculantes, como aquellos que son simplemente «pactos de caballeros», en los que se asumen ciertos compromisos cuyo cumplimiento no es exigible jurídicamente, pero que gozan de algún tipo de reconocimiento por parte de las Administraciones. Fuera de esta acepción quedan, en definitiva, aquellas fórmulas de autorregulación de la industria que tienen un carácter puramente interno y que no gozan de ningún tipo de reconocimiento por las autoridades públicas, por lo que no pueden considerarse instrumentos de una política pública.

Conviene aquí precisar que la vía convencional entre las autoridades públicas y los particulares puede ser utilizada con distintas funciones, tales como:

a) Servir de alternativa a la contenciosa en la solución de controversias –particularmente en conflictos de gran complejidad, sobre situaciones jurídicas inciertas o donde no se impone una única solución–, dando cabida a desenlaces consensuados en principio más eficaces, ágiles, y menos costosos¹⁴.

esta Directiva». En el resto de su articulado no se precisa, sin embargo, ni los supuestos ni las condiciones en que los Estados miembros pueden utilizar dichos «acuerdos».

¹³ CCE, *Comunicación relativa a los acuerdos...*, op. cit., pg. 5.

¹⁴ Las técnicas de resolución de conflictos alternativas a las vías contenciosas clásicas han tenido un notable desarrollo en los Estados Unidos, en donde se han articulado a través de numerosas fórmulas y procedimientos; vid. para un análisis general de su origen y regulación por el *Administrative Dispute Resolution Act* de 1990, NOLAN-HALEY, J. M.: *Alternative Dispute Resolution*, West. St. Paul, 1992; sobre su justificación, y las discusiones doctrinales a que ha dado lugar como medio de solución de controversias ambientales alternativas a la vía contenciosa ante los Tribunales vid., por todos, PLATER, Z. J. B., ROBERT H. ABRAMS, W. GOLDFARB: *Environmental Law and Policy: Nature, Law, and Society*, West Publishing Co. St. Paul, pgs. 979-996.

En Europa también se ha hecho uso de esta técnica para resolver conflictos o litigios ambientales entre la industria, la Administración, y otros terceros como vecinos de las instalaciones industriales u organizaciones ecologistas. Como casos particularmente relevantes se pueden mencionar los Asuntos Sandoz/Bale en Francia, o Raastat y Dortmund en Alemania –sobre estos casos, vid. HAGER: «Environmental Contracts and Agreements between State and Industry in Germany», en VAN DUNNE, J. M. (Ed.), *Environmental Contracts and Covenants: New Instruments for a Realistic Environmental Policy?*, Institute of Environmental Damages. Rotterdam, 1993, pgs. 159-179–.

Para un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, vid. TORNOS

- b) Predeterminar, concretar o sustituir actos unilaterales de los poderes públicos haciendo converger intereses públicos y privados¹⁵.
- c) Complementar, anticiparse o incluso configurarse como una alternativa a la legislación¹⁶.

Pero es este último supuesto en particular, en cuanto pueden incidir directa o indirectamente en la función normativa de la Comunidad o de los Estados miembros el que aquí interesa, y al que se refiere la Comisión tanto en su Comunicación como en la Recomendación relativa a los acuerdos sobre medio ambiente: según la primera dichos convenios pueden «hacer innecesaria la actuación reguladora al conseguir que la industria adopte unas medidas eficaces adelantándose a la legislación; pueden, asimismo, constituir un medio de alcanzar de forma rentable, los objetivos reguladores establecidos por las directivas comunitarias; y, por último, pueden contribuir a que no sea preciso descender a un gran nivel de detalle en la legislación»¹⁷; mientras que en la Recomendación expresamente reconoce que «[...] los acuerdos sobre medio ambiente pueden completar la legislación o sustituir una legislación más detallada, si se utilizan como medio de aplicar las Directivas»¹⁸.

La Comunicación de la Comisión analiza con carácter general los beneficios y riesgos potenciales de estos instrumentos, y presenta una serie de orientaciones para el uso de los acuerdos «a nivel nacional o local» en aras de su eficacia, credibilidad y transparencia, precisando las condiciones que, en su opinión, han de concurrir para que dichos acuerdos puedan ser utilizados por los Estados miembros en la aplicación de determinadas disposiciones de directivas comunitarias, así como por la propia Comunidad como un nuevo instrumento de su política ambiental.

Entre las ventajas que presenta la celebración de estos acuerdos, la Comisión destaca, en primer lugar, su idoneidad como vía de diálogo y participación para que determinados actores económicos y/o sociales –cuya actividad tiene un impacto significativo en el medio ambiente– pasen de tener una

MAS, J.: «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos», *RAP*, núm. 136, 1995, pgs. 149-177; DELGADO PIQUERAS, F.: «Las nuevas conquistas del principio constitucional de participación: la terminación convencional del procedimiento administrativo y los medios consensuales de solución de conflictos administrativos», *RJCM*, núm. 18, 1993.

¹⁵ Vid. en general HUERGO LORA, A.: *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Civitas, 1998; sobre la terminación convencional del procedimiento administrativo en particular vid. DELGADO PIQUERAS, F.: *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Aranzadi, El Cano, 1995.

¹⁶ Para una descripción general de los diversos ámbitos de aplicación y variedad de funciones de los convenios y contratos entre Administraciones y particulares vid. HAGER: «Environmental Contract Agreements...», op. cit., pgs. 159-163; KREBS, W.: «Contratos y convenios entre la Administración y los particulares», *DA*, núms. 235-236, 1993, pgs. 55-59.

¹⁷ CCE, *Comunicación relativa a los acuerdos...*, op. cit., pg. 3.

¹⁸ Considerando 6º.

actitud reactiva frente a las políticas ambientales a desempeñar un papel activo en su formulación y aplicación, propiciando así el entendimiento de los problemas de medio ambiente y de las responsabilidades mutuas en beneficio de la consecución de los objetivos de tal política. En segundo lugar los acuerdos dejan a la industria un margen más amplio que la legislación para decidir cuál es la mejor manera para alcanzar los objetivos de medio ambiente, permitiéndola encontrar soluciones más rentables adaptadas a sus situaciones particulares; esta flexibilidad puede fomentar respuestas más creativas a los problemas ambientales, incentivar la innovación tecnológica, y contribuir también a generar beneficios derivados indirectamente de las ventajas competitivas asociadas a las soluciones innovadoras. Y, en tercer lugar, la Comisión constata que la celebración de acuerdos puede «resultar considerablemente más rápida que la adopción de medidas legislativas» –sobre todo en aquellas situaciones en que los objetivos afectan a un número limitado de empresas– por lo cual «las obligaciones medioambientales impuestas a la industria pueden estar vigentes en un plazo relativamente corto», lo que contrasta con el hecho de que cuando se necesita fijar objetivos comunitarios la intervención de los legisladores en el ámbito comunitario y nacional «exige un tiempo considerable»¹⁹.

En cuanto a los riesgos que entraña el recurso a este tipo de acuerdo la Comisión constata cómo, si no existen mecanismos adecuados para controlar y sancionar su incumplimiento, dicho incumplimiento «resultará una opción atractiva» para aquellos actores que, pese a haber firmado un acuerdo, encuentren dificultades o inconvenientes posteriormente en su cumplimiento²⁰. Además, pone de relieve que, dado que los acuerdos sólo obligan en principio a las partes que los suscriben, los miembros de un determinado sector que no se incorporen a un acuerdo ambiental pueden gozar de una ventaja competitiva frente a quienes se han comprometido a adoptar medidas de protección del medio ambiente y van a soportar su coste, y pueden poner en peligro el cumplimiento de dicho acuerdo²¹.

Por ello, en su Comunicación la Comisión insiste en la necesidad de poner especial cuidado en la elaboración, celebración y ejecución de los acuerdos para que resulten eficaces desde el punto de vista de la protección del medio ambiente, y en como es preciso garantizar, en todo caso, la transparencia, credibilidad y fiabilidad de los acuerdos. A tales efectos la Comisión va a identificar una serie de pautas que considera que deben seguirse en la celebración de acuerdos de ámbito nacional o local, ya se trate de acuerdos en ejecución de una directiva comunitaria o con independencia de la legis-

¹⁹ CCE, *Comunicación relativa a los acuerdos...*, op. cit., pgs. 5-7. Téngase en cuenta que desde que la Comisión presenta una propuesta de Directiva hasta que es adoptada supera un promedio de dos años, a lo que se añade otro período de generalmente otros dos años para que los Estados miembros la incorporen a sus ordenamientos nacionales y comiencen a aplicarla.

²⁰ CCE, *Comunicación relativa a los acuerdos...*, op. cit., pg. 8.

²¹ *Ibid.*, pg. 7.

lación comunitaria, entre las cuales cabe resaltar las siguientes²²: la consulta previa a las partes interesadas (todas las organizaciones empresariales o empresas afectadas, organizaciones ecologistas y administraciones regionales o locales); su formalización a través de contratos (por ser éstos un instrumento jurídicamente vinculante «que proporciona un marco inequívoco que puede incluir sanciones en caso de incumplimiento y cuya ejecución puede exigirse en los Tribunales»); la fijación de objetivos cuantificados; el seguimiento fiable de los resultados obtenidos; la información pública y la transparencia (considerando clave a tales efectos la publicación del acuerdo y la elaboración de informes periódicos); la inclusión de medidas para garantizar su respeto (por ejemplo, multas y penalizaciones para el caso de incumplimiento); y la determinación clara de cuestiones generales tales como quiénes son las partes de un acuerdo, su objeto, las obligaciones que asume cada parte, la duración, las condiciones de modificación, y la posibilidad de denuncia del acuerdo por incumplimiento. Por otra parte los acuerdos ambientales han de ser respetuosos con las disposiciones aplicables del Derecho de cada país, así como con el Derecho comunitario –y en particular con las disposiciones relativas al funcionamiento del mercado interior y a la libre competencia²³–.

Aunque son muchos los interrogantes que el uso de estos acuerdos plantea, las siguientes páginas se van a centrar en tres cuestiones fundamentalmente: por una parte, el lugar que dichos acuerdos pueden ocupar entre los instrumentos de que disponen las instituciones de la Unión Europea para llevar a cabo la Política ambiental comunitaria; por otra, cómo se ha venido utilizando y regulando en los Estados miembros el uso de la vía convencional para alcanzar determinados objetivos ambientales; y, por último, en qué medida pueden ser utilizados por éstos para ejecutar formalmente las disposiciones del Derecho comunitario, ya sea como alternativa o como complemento de la adopción de medidas normativas internas de transposición de las directivas.

II. EL USO DE ACUERDOS AMBIENTALES A ESCALA COMUNITARIA

I. LA PRÁCTICA COMUNITARIA

Hasta el momento la Comunidad no ha celebrado ningún acuerdo ambien-

²² *Ibid.*, pgs. 10-15.

²³ Los acuerdos no podrán imponer restricciones a la libre circulación de mercancías en contravención de los arts. 28, 29 y 30 Tratado CE (antiguos arts. 30, 34 y 36), tal y como han sido interpretados por el Tribunal de Justicia, ni restringir la libre competencia infringiendo lo establecido en los arts. 81, 82, 87 y 88 Tratado CE (antiguos arts. 85, 86 y 92, 93). Vid. la *Comunicación relativa a los acuerdos...*, op. cit., pgs. 16-17. Para un análisis de las decisiones adoptadas por la Comisión en el ámbito de estos artículos, en relación con convenios ambientales vid. HANCHER, L.: «Towards a European Common Future? The Evolving European Environmental Constitutional Framework», *Collected Courses of the*

tal con la industria de carácter vinculante²⁴. No obstante la Comisión ha venido desarrollando una práctica según la cual esta institución «incentiva» en un determinado sector industrial la adopción de una serie de compromisos, en principio de carácter unilateral, para después recoger el contenido de estos compromisos en una recomendación dirigida al mismo sector industrial. Dota así indirectamente a esos compromisos unilaterales de reconocimiento comunitario, si bien a través de un instrumento que, conforme al artículo 249 del Tratado CE, no tiene carácter vinculante.

Ya a finales de la década de los 80 y comienzos de los 90 encontramos algunas recomendaciones en las que se recogían –y así se publicitaban– ciertos acuerdos informales entre la Comunidad y la industria, como por ejemplo, las que se adoptaron en el ámbito de la reducción de los CFCs²⁵. Pero es tras la Comunicación de la Comisión de 1996 cuando la Comunidad ha impulsado de forma abierta y decidida la celebración de nuevos «acuerdos» de este tipo. Así, por ejemplo, la Comisión ha propiciado este tipo de compromisos por parte de la industria de los detergentes domésticos: la *Association internationale de la savonnerie, de la détergence et des produits d'entretien* (AISE) –en la que está representado más del 90% del sector comunitario de los detergentes– se comprometió a alcanzar una serie de objetivos que se recogieron en una Recomendación de la Comisión de 1998²⁶. Además, dado que la Comisión considera estos instrumentos particularmente «interesantes» en el campo de la eficiencia energética, que es uno de los frentes para abordar el problema del cambio climático²⁷, está fomentado su celebración con diversos sectores industriales para reducir las emisiones de CO₂.

El primer acuerdo en este ámbito consistió en una serie de compromisos adquiridos por la Asociación Europea de Fabricantes de Automóviles (ACEA) para reducir –sobre todo mediante la introducción de nuevas tec-

Academy of European Law, vol. V, libro I, 1996, pgs. 196-216; VOGELAAR, F. O. W.: «Towards an Improvement integration of EC Environmental Policy and EC Competition Policy: an Interim Report», *Flexible Environmental Regulation in the Internal Market*, Conferencia celebrada en la Universidad de Warwick, 16 y 17 de julio de 1998.

²⁴ *Comunicación relativa a los Acuerdos sobre medio Ambiente*, op. cit., pg. 20.

²⁵ Vid., por ej., las Recomendaciones de 13 junio 1989 (DOCE L 144/56) y las de 27 junio 1990 (DOCE L 227/26 y L 227/30), tal y como da cuenta KRÄMER, L.: «Community Environmental Law-Towards a Systematic Approach», 1991 *Yearbook of European Law*, vol. 11, Clarendon Press. Oxford, pg. 160.

²⁶ Vid. la Recomendación de la Comisión 98/480/CE, relativa a las prácticas respetuosas del medio ambiente aplicables a los detergentes domésticos (DOCE L 215/73, de 1 agosto 1998). Ésta contiene objetivos cuantitativos para reducir el consumo de energía, de detergentes y de sus envases, y la cantidad en su composición de ingredientes orgánicos poco biodegradables; además recoge el compromiso de proporcionar información a los consumidores sobre el correcto uso de los detergentes, y a las autoridades nacionales y a la Comisión sobre la aplicación de dicho acuerdo.

²⁷ Vid. CCE, *Comunicación relativa a los Acuerdos...*, op. cit., pg. 21; CCE, *Comunicación de la Comisión sobre la dimensión energética del cambio climático*, COM(97)196 final; CCE, *Libro Verde sobre el comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión Europea*, COM (2000) 87 final, pgs. 24-25.

nologías y cambios ligados a estos progresos— las emisiones medias en los nuevos vehículos, y que la Comisión asumió mediante una Recomendación de 1999²⁸. Política que la Comisión ha extendido más allá de las fronteras de los Estados miembros para suscribir acuerdos similares con las asociaciones de fabricantes de automóviles japonesa (JAMA)²⁹ y coreana (KAMA)³⁰. Con estos acuerdos se persigue reducir el consumo de combustibles fósiles con el objeto de ayudar a la Unión Europea a respetar los compromisos que ha adquirido con el Protocolo de Kioto, en ejecución del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático³¹. Otros muchos acuerdos que afectarán a la producción de aparatos y maquinaria diversa, con el fin de optimizar el consumo de energía, están siendo objeto de consideración³².

2. SU INTERACCIÓN CON LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE LA COMUNIDAD

A la vista de la proliferación en la escena del Derecho ambiental comunitario de este tipo de «acuerdos» no vinculantes, revestidos de recomendaciones, se plantea la cuestión de cómo pueden afectar al sistema de fuentes del Derecho comunitario en el ámbito de la Política ambiental, y en qué medida pueden influir o condicionar la creación del Derecho ambiental a través de los instrumentos normativos típicos con que cuenta la Comunidad, y especialmente de la directiva, el instrumento utilizado por excelencia para llevar a cabo la política ambiental comunitaria.

Hay que destacar, en primer lugar, que la *Comunicación relativa a los acuerdos sobre medio ambiente* insiste en aclarar algo que es obvio: que la legislación seguirá siendo «el fundamento» de la política ambiental. En este contexto,

²⁸ Recomendación 1999/125/CE sobre reducción de las emisiones de CO₂ producidas por los automóviles (DOCE L 40/49, de 13 febrero 1999). Para una explicación detallada de los compromisos asumidos por la industria de este sector vid. la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento *La ejecución de la estrategia comunitaria para reducir las emisiones de CO₂ de los vehículos: un acuerdo ambiental con la industria del automóvil*, COM (1998)495 final.

²⁹ Recomendación de la Comisión 2000/304 sobre la reducción de las emisiones de CO₂ de los automóviles (JAMA) (DOCE L 100/57, de 20 abril 2000).

³⁰ Recomendación de la Comisión 2000/303, sobre la reducción de las emisiones de CO₂ de los automóviles (KAMA) (DOCE L 100/55, de 20 abril 2000).

³¹ La Comunidad Europea es parte de pleno derecho del Convenio sobre Cambio Climático (DOCE L 33, de 7 febrero 1994), signataria del Protocolo de Kioto [vid. la Decisión del Consejo relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, DOCE L 130/1, de 15 mayo 2002] y una de las Partes que han aceptado un límite absoluto cuantitativo de las emisiones de gases de efecto invernadero de los países industrializados.

³² Para más información sobre las negociaciones con varios sectores de la industria de electrodomésticos y otros aparatos electrónicos vid, entre otros documentos, la *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, sobre un Plan de acción para mejorar la eficacia energética en la Comunidad Europea*, COM(2000)247 final.

la Comunicación afirma que los acuerdos sobre medio ambiente constituyen una herramienta «más de aplicación que de desregulación»³³. Pero, a pesar de esta afirmación, no se puede obviar que, tal y como se ha puesto de relieve en el apartado anterior, también se sitúan dentro de la línea de simplificación legislativa y administrativa iniciada por la Comunidad tras el Tratado de Maastricht, o incluso, como una alternativa a la adopción de nuevas medidas normativas. La misma Comisión afirma en la citada Comunicación que los acuerdos sobre medio ambiente pueden hacer que se apliquen medidas eficaces «anticipándose a la legislación» y, por tanto, «que se reduzca el volumen de iniciativas reglamentarias y administrativas»³⁴.

Según la Comunicación «Al recurrir en mayor medida a instrumentos basados en el mercado y mejor adaptados al funcionamiento del mismo, se contribuye a dar las indicaciones adecuadas a los agentes económicos y, por ende, a la desregulación y la reducción de las interferencias burocráticas. Los acuerdos con la industria, sobre todo si se celebran a escala comunitaria, pueden hacer innecesaria la actuación reguladora al conseguir que la industria adopte unas medidas eficaces adelantándose a la regulación». Y, además, los acuerdos «pueden contribuir a que no sea preciso descender a un gran nivel de detalle en la legislación»³⁵.

El planteamiento que la Comisión hace de estos acuerdos en términos generales no deja de suscitar una serie de importantes interrogantes en lo que se refiere a su utilización por la Comunidad. Surge así la ineludible cuestión de su conformidad con el Tratado y, en concreto, de su compatibilidad con el sistema de fuentes del Derecho comunitario así como con equilibrio institucional consagrados en sus disposiciones.

Para examinar dichas cuestiones puede resultar útil tomar como referencia el papel que desempeña en la actualidad la vía convencional en otra política comunitaria, la Política Social, así como de los cauces por los que dicha vía se ha desarrollado. El diálogo social entre patronal y sindicatos en la Comunidad, auspiciado por las instituciones comunitarias, ha evolucionado desde los años 80³⁶ de forma tal que en la actualidad el propio Tratado CE contempla, en su artículo 139, la posibilidad de que dicho diálogo conduzca, si los interlocutores sociales así lo desean, «al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos»³⁷. Además, la aplicación de

³³ CCE, *Comunicación relativa a los Acuerdos...*, op. cit., pg. 6.

³⁴ *Ibíd.*, pg. 3.

³⁵ *Ibíd.*, pgs. 4-5.

³⁶ Las conocidas como reuniones de *Val Duchesse* se convirtieron, desde 1984, en el motor del diálogo y de las relaciones entre la Comisión, sindicatos y patronales en el ámbito de la Política Social. Vid. al respecto BLANPAIN, R. y C. ENGELS: *European Labour Law*, Kluwer, Deventer, 1995, pgs. 489-530.

³⁷ Antes de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, dicha disposición estaba contemplada en el art. 4 del Protocolo sobre la Política Social –incorporado por el Tratado de Maastricht como Anexo al Tratado de la Comunidad Europea– que vinculaba a todos los Estados miembros excepto a Reino Unido.

tales acuerdos puede tener lugar directamente, según los procedimientos y prácticas de los interlocutores sociales y de los Estados miembros, o –en los ámbitos contemplados en el artículo 137.3 Tratado CE y a petición de las partes firmantes mediante una decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión, a través de la cual se recoge el acuerdo en todos sus términos³⁸. De este modo el propio Derecho originario, en unos casos directamente y en otros de forma indirecta –en tanto en cuanto las instituciones comunitarias plasman el acuerdo en un acto comunitario–, consagra los acuerdos alcanzados por los interlocutores sociales como una nueva fuente de Derecho social comunitario³⁹. Disposiciones cuya aplicación, por otro lado, no dejan de plantear algunos problemas importantes, particularmente en relación con la representatividad de las asociaciones que pueden participar en la gestación de dichos acuerdos⁴⁰.

Sin embargo en el ámbito de medio ambiente la situación presenta algunas diferencias que es preciso destacar. En su Comunicación de 1996 la Comisión afirmaba que la fórmula utilizada en el pasado –el fomento de compromisos unilaterales de la industria de los que la Comisión después «toma nota» y que quedan plasmados en recomendaciones de ésta– era, «por el momento», la más adecuada para recurrir a los «acuerdos» en el ámbito comunitario. Desechaba así la posibilidad de que dichos acuerdos adoptasen la forma de acuerdos o contratos vinculantes⁴¹. Esta Institución era consciente de que, en este ámbito, «los instrumentos de aplicación de políticas

³⁸ En el caso del Acuerdo sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, CCP y la CES (las dos organizaciones patronales más importantes en Europa y los sindicatos representados por el Consejo Europeo de Sindicatos), éste fue «revestido» –de acuerdo con el entonces vigente art. 4 del «Acuerdo relativo a la Política Social» incorporado en el Protocolo núm. 14 anejo al Tratado de Maastricht– con la forma de Directiva del Consejo (vid. la Directiva 96/34/CE, DOCE L 145/9, de 19 junio 1996). Sobre la base del nuevo art. 139.2 se ha adoptado nuevos actos como la Directiva 1999/70/CE del Consejo relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (DOCE L 175/48, de 10 julio 1999).

³⁹ Para una visión general del papel del diálogo social en el desarrollo de la Política Social comunitaria vid. ENGELS, D. y L. SALAS: «Labour Law and the European Union after the Amsterdam Treaty», en BLANPAIN, R., M. COLUCCI, E. DE SMIJTER, C. ENGELS, F. HENDRICHX, L. SALAS: *Institutional Changes and European Social Policies after the Treaty of Amsterdam*, Kluwer. La Haya, 1998, pgs. 69-100; FREDMAN, S.: «Social law in the European Union: The impact of the lawmaking process», en CRAIG, P. y C. HARLOW, *Law Making in the European Union*, Kluwer. Londres, 1998, pgs. 405-411.

⁴⁰ Así la primera Directiva adoptada mediante dicho sistema, la de permiso parental, fue recurrida ante el TPICE («ex» art. 173 TCE) por la UEAPME, una asociación europea que representa a pequeñas y medianas empresas y que quedó fuera de la negociación del convenio sobre la que se basó; vid. al respecto el As. T-135/1996, UEAPME (Sentencia de 17 junio 1998, Rec. pg. II-2335), en la que el TPI declaró la inadmisibilidad del recurso por considerar que la demandante no resultaba individualmente afectada por la citada Directiva. Para un análisis de la cuestión de la representatividad de los grupos que participan en el diálogo social vid. FRANSSEN, E. y A. T. J. M. JACOBS: «The Question of Representativity in the European Social Dialogue», *CMLR*, vol. 35, 1998, pgs. 1295-1312.

⁴¹ CCE, *Comunicación relativa a los Acuerdos...*, op. cit., pg. 21.

que figuran expresamente en el Tratado son los reglamentos, las directivas, y las decisiones»⁴². Por lo tanto, al no contar los acuerdos ambientales con la cobertura del Tratado, la Comisión se ha visto limitada a combinar la fórmula de la «autorregulación» asumida por un sector de la industria, con el «soft law» comunitario⁴³, siguiendo aún el sistema de incorporar en meras recomendaciones el fruto de sus negociaciones con la industria, sin que éstas reflejen formalmente el concurso de las dos voluntades involucradas –siendo, no obstante, considerados por la Comisión como «acuerdos» conforme a su Comunicación–. Y si bien las recomendaciones no están exentas de todo efecto jurídico⁴⁴, lo cierto es que, en caso de que no se respeten los términos de la recomendación por parte de la industria, no existirá vía alguna por la que la Comunidad pueda exigir su cumplimiento. Sólo podrá recurrir a poner en marcha el proceso normativo para intentar alcanzar en el futuro, mediante una directiva o un reglamento, los objetivos previstos inicialmente en el «acuerdo» infringido.

Por lo que respecta al equilibrio institucional en el diseño de la política ambiental comunitaria consagrado en el Tratado, la Comisión, consciente de que este tipo de «acuerdos» podía repercutir en el papel que el Tratado ha asignado a cada institución para alcanzar los objetivos de esta política⁴⁵, intentó atajar dicho problema declarando en su Comunicación que

«[...] es necesario que los acuerdos no vinculantes se basen en objetivos ya aprobados por las instituciones comunitarias mediante, por ejemplo, el Quinto Programa de Medio Ambiente, resoluciones del Parlamento y del Consejo o convenios internacionales [...] Si el Consejo y el Parlamento fijan objetivos claros y la Comisión negocia el mejor modo de lograr dichos objetivos, es poco probable que sea necesario adoptar medidas reglamentarias adicionales en el mismo ámbito»⁴⁶.

Al mismo tiempo se comprometía a presentar periódicamente información al Parlamento y al Consejo sobre la aplicación y eficacia de las medidas adoptadas por la industria con el fin de garantizar la transparencia, así como

⁴² *Ibid.*

⁴³ Sobre el concepto de «soft law» vid. TAMMES, A. J. P.: «Soft Law», en TMC ASSER INSTITUT, *Essays on International & Comparative Law in Honour of Judge Edades*, Marinas Nijhoff. La Haya, 1983, pgs. 187-195; BERVERIDGE, F. y S. NOTT: «A hard look at soft law», en CRAIG, P. y C. HARLOW, *Lawmaking...*, op. cit., pgs. 288-290. Para un exhaustivo análisis de su uso en el Derecho comunitario vid. ALONSO GARCÍA, R.: «El soft law comunitario», *RAP*, núm. 154, 2001, pgs. 63-94.

⁴⁴ Vid. el As. C-322/1988, *Salvatore Grimaldi*, de 13 diciembre 1989, *Rec.* pg. 4407, en el que el Tribunal de Justicia declaró que «los citados actos no pueden ser considerados como carentes en absoluto de efectos jurídicos [...] los Jueces nacionales están obligados a tener en cuenta las recomendaciones a la hora de resolver los litigios de que conocen, sobre todo cuando aquéllas ilustran acerca de la interpretación de disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación, o también cuando tienen por objeto completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante».

⁴⁵ Vid., en particular, los arts. 175 y 95 Tratado CE, en relación con 250 y 251.

⁴⁶ *Ibid.*, pg. 22.

a modificar un acuerdo voluntario o sustituirlo por medidas vinculantes si resultara necesario para alcanzar los objetivos ambientales de la Comunidad⁴⁷.

El procedimiento que hasta ahora ha seguido la Comisión ha sido mantener informados al Consejo y al Parlamento sobre la posibilidad de celebrar este tipo de acuerdos a efectos de alcanzar diversos objetivos ambientales, y recabar la opinión de dichas instituciones mediante, por ejemplo, la presentación de comunicaciones dirigidas a éstas instituciones en las que propone una determinada estrategia de actuación⁴⁸. Y tras su celebración, la Comisión viene, en efecto, elaborando y presentando informes periódicos, sobre los resultados alcanzados⁴⁹. Pero esta práctica no es en realidad una garantía suficiente de que se vaya a respetar el equilibrio institucional. Por eso el Parlamento ha reclamado que se regule la utilización de estos acuerdos, pidiendo como primer paso que la Comisión elabore propuestas sobre un «procedimiento para la concesión de un mandato de negociación» para celebrar posibles acuerdos sobre medio ambiente en la esfera comunitaria, a través del cual se garantice la participación del Parlamento conforme al artículo 175 S).3 Tratado CE, tanto para la concesión del mandato de negociación como durante las propias negociaciones⁵⁰. Y aunque la regulación de estos instrumentos podría disipar muchas de las incógnitas que en la actualidad plantean, su falta de cobertura en el Tratado no deja de plantear

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ Así, por ej., en el caso del acuerdo con ACEA, ya citado, la Comisión propuso primero una «Estrategia comunitaria para reducir las emisiones de CO₂ producidas por los automóviles y potenciar el ahorro de energía» –COM(95)689 final–, y el Consejo, en sus Conclusiones de 25 de junio de 1996 invitó a la Comisión a adoptar las medidas necesarias para aplicar los elementos esenciales de la estrategia, entre las que figuraba el acuerdo con la industria del automóvil. La Comisión adoptó posteriormente, en 1998, una Comunicación dirigida al Consejo y al Parlamento ya específicamente centrada en el acuerdo con ACEA (cit. nota 28 supra), que dio pie al Consejo a mostrar de nuevo su conformidad con la celebración de dicho acuerdo, al tiempo que puntualizaba su posición: declaró en esta ocasión, sin embargo que «[...] el acuerdo no compromete el derecho de la Comunidad y de los Estados miembros de ejercer sus competencias en relación con la adopción de medidas fiscales y otras medidas». Y, además, solicitó a la Comisión que le presentase inmediatamente propuestas –incluidas propuestas de medidas normativas– para su consideración en caso de que resultase claro que ACEA no cumpliría sus compromisos. El Parlamento, por su parte, en su Resolución sobre Cambio Climático de noviembre de 1998, mostró sus recelos sobre dicho instrumento y manifestó que, en su opinión, el acuerdo no proporcionaba una respuesta satisfactoria a numerosas cuestiones fundamentales para garantizar su eficacia (las Conclusiones del Consejo y la Resolución del Parlamento pueden encontrarse en <http://europe.eu.int/comm/environment/co2/co2coun.htm>).

⁴⁹ *Vid.*, por ej., *Joint Report of the European Automobile Manufacturers Association and the Commission Services, «Monitoring of ACEA'S commitment on CO₂ Emission Reduction from Passenger Cars (1995-2000)», Final Version, 10 julio 2000.*

⁵⁰ *Vid.* la Resolución del Parlamento A40224/1997 sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a los acuerdos sobre medio ambiente (DOCE C 286/254, de 22 septiembre 1997).

Carmen Plaza Martín

dudas sobre la legalidad de un acto comunitario adoptado para regular, con carácter general e independiente de las fuentes típicas del Derecho comunitario, su celebración y efectos. Menos problemas plantearía la posibilidad de que el legislador comunitario, en directivas o reglamentos ambientales concretos, se remita a la vía convencional para el desarrollo o ejecución de algunas de sus disposiciones en concreto, habilitando a tales efectos a la Comisión; no obstante se perdería así, al menos en parte, una de las ventajas que se han visto a dichos acuerdos: el de la celeridad y agilidad para dar una respuesta a un problema ambiental determinado.

En definitiva, la celebración de dichos acuerdos por el método que se ha venido utilizando por la Comisión no puede comprometer, hoy por hoy, el poder de la Comunidad de adoptar medidas normativas, ni justificar su falta de adopción si la acción del legislador comunitario resulta necesaria, conforme al principio de subsidiariedad, para alcanzar los objetivos ambientales consagrados en el Tratado. Sin embargo, en la medida en que estos acuerdos –a través de las recomendaciones que sirven para darlos la cobertura de un «acto típico comunitario»– sean eficaces en la consecución de los objetivos que se han marcado, sí que podrían propiciar «de facto» que la adopción de medidas vinculantes no pase el test que el principio de proporcionalidad impone a la acción de la Comunidad, conforme al artículo 5 del Tratado CE y al Protocolo sobre la aplicación de los principios de Subsidiariedad y Proporcionalidad anejo al TUE y al Tratado CE.

III. LOS ACUERDOS O CONVENIOS AMBIENTALES EN LOS ESTADOS MIEMBROS

1. EL RECURSO A LA VÍA CONVENCIONAL EN LA POLÍTICA AMBIENTAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS: LA PROBLEMÁTICA RELACIÓN ENTRE LA ACTIVIDAD CONVENCIONAL Y LA NORMATIVA

Durante las décadas de los 80 y 90 la celebración de acuerdos o convenios ambientales ha experimentado un espectacular desarrollo en algunos Estados miembros⁵¹. Ello debido precisamente a la percepción, cada vez más

⁵¹ La Comisión y la Agencia Europea de Medio Ambiente estimaron que ya en 1996 existían más de 300 acuerdos ambientales en los Estados miembros, de los cuales algo más de un tercio (107) fueron celebrados en Holanda, siendo el segundo Estado miembro que más ha recurrido a este instrumento Alemania (unos 80), seguido de Austria (20), y Dinamarca (16). En el año 2000 la OCDE manejaba cifras similares, vid. OECD: *Voluntary Approaches for Environmental Policy in OECD countries: an Assessment*. París, 2000. Vid. también AEMA: *Environmental Agreements. Environmental Effectiveness*. Copenhague, 1997, pgs. 25-35, en donde también se describen brevemente cómo han sido utilizados en los diversos Estados miembros. Para un exhaustivo estudio de la experiencia en Países Bajos vid. VAN DUNNE, J. M. (Ed.): *Environmental Contracts and Covenants...*, op. cit. Para una descripción de estos instrumentos en Francia vid. PRIEUR, M.: *Droit de l'environnement* 3ª ed., Dalloz. París, 1996, pgs. 128-130. Para un análisis del caso Alemán vid. HAGER, G.: «Environmental Contracts and Agreements», op. cit., pgs. 159-181, y REHBINDER, E.: «Environmental Agreements...», op. cit.

generalizada, de que la protección del medio ambiente en línea con el principio de desarrollo sostenible no puede ser alcanzada de forma efectiva sólo mediante el enfoque exclusivamente normativo y de intervención administrativa, siendo necesario utilizar instrumentos más flexibles y participativos⁵².

Tales acuerdos, que han adoptado naturaleza y formas muy variadas –desde declaraciones de intenciones, no jurídicamente vinculantes, a contratos públicos o privados entre las partes–, se han utilizado, con resultados no siempre satisfactorios, como medio para lograr fines tales como la reducción de ciertas emisiones contaminantes (CO₂, SO₂, NO_x, etc.), la reducción y valorización de residuos (en especial los originados por ciertos productos como los envases, baterías, neumáticos, vehículos fuera de uso, etc.), la eliminación o reducción del uso de sustancias peligrosas en productos o procesos de producción (CFCs, PVC, COVs, pesticidas), la mejora de la eficiencia energética, la conservación de recursos naturales, etc.⁵³. Ello generalmente con vistas a alcanzar objetivos más ambiciosos que los exigidos por la normativa en vigor en un momento determinado, pero también para concretar los mecanismos para la consecución de los objetivos ya previstos en la legislación existente.

Al analizar los diversos convenios ambientales que se han venido celebrando en los Estados miembros, se observa cómo éstos están siendo utilizados, entre otros fines, para:

- a) Articular una solución provisional a un problema ambiental anticipándose al diseño y entrada en vigor de la normativa adecuada (convenios anticipatorios).
- b) Influir en el contenido de medidas normativas de futura aplicación (convenios de fijación).
- c) Servir de complemento a la legislación ya adoptada para la consecución de sus objetivos (convenios de desarrollo).
- d) Evitar la adopción de futuras medidas normativas, configurándose como una alternativa a ésta (convenios sustitutivos)⁵⁴.

⁵² Vid., por ej., PEETERS, J.: «Voluntary Agreements between Government and Industry: The Basic Metal Covenant as an Example», en VAN DUNNÉ, J. M. (Ed.), *Environmental Contracts and Covenants*, op. cit., pgs. 20-22; REHBINDER, E.: «Environmental Agreements...», op. cit., pg. 7.

⁵³ Vid. AEMA: *Environmental Agreements...*, op. cit., pgs. 25-34; CCE: *Comunicación relativa a los acuerdos...*, op. cit., pgs. 25-33.

⁵⁴ Para un estudio de los principales acuerdos celebrados en Holanda y Alemania (los dos Estados que han recurrido con mayor intensidad a la vía convencional), así como los celebrados en España, vid. PLAZA, C.: *La eficacia del Derecho ambiental...*, op. cit., pgs. 960 y ss., y la bibliografía allí citada. Para un análisis de algunos de los fines para los que se han utilizado en el ámbito normativo, vid. también KOEMAN, N. S. J.: «Bilateral Agreements Between...», op. cit., pg. 183; BASTMEIJER, K.: *The Covenant as an instrument of Environmental Policy in the Netherlands –A case study for the OECD–*, manuscrito, 1994, pg. 6. La Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de medio ambiente, así como el estudio de la Agencia Europea de Medio Ambiente, *Environmental Agreements...*, op. cit., ofrecen a su

Los acuerdos o convenios comenzaron a ser utilizados a tales efectos para hacer frente a algunas de las deficiencias más frecuentemente achacadas al desarrollo de políticas ambientales basadas estrictamente en un enfoque normativo y de actuación unilateral de la administración (el sobredimensionamiento y complejidad de la regulación ambiental; sus problemas de ejecución y la falta de eficacia; la falta de eficiencia en la relación coste-beneficio de las medidas plasmadas en la normativa; la falta de flexibilidad en el diseño y ejecución de las normas; las constricciones a la creatividad de la industria para innovar y buscar alternativas y nuevas soluciones a los problemas de contaminación; y, en definitiva, la ineficacia a la hora de ordenar y orientar los comportamientos de los distintos agentes cuyas actividades tienen repercusiones)⁵⁵. Y ello con independencia de que muchos de los problemas de que adolece la normativa ambiental deben y pueden ser abordados, en primer lugar, a través de la mejora de la calidad de esta normativa⁵⁶, y de que, además, la naturaleza y encaje político-jurídico de estos acuerdos no estuviera siempre claramente determinado.

Los particulares (los representantes de la industria o de los sectores económicos interesados) acceden normalmente a la celebración del convenio o contrato porque saben que, en otro caso, los poderes públicos actuarán unilateralmente, mientras que en un contexto de concertación tienen la oportunidad de participar directamente y de forma mucho más activa en la toma de decisiones, pudiéndose alcanzar así soluciones en donde se tenga más presente su problemática específica y, en definitiva, más favorables a sus intereses. Por otro lado, para la Administración estos acuerdos pueden garantizar un mayor apoyo y aceptación de las medidas así adoptadas por parte de sus destinatarios, suscitando una participación más activa de conformidad con el principio de responsabilidad compartida o reduciendo la oposición o rechazo que algunas medidas unilaterales podrían suscitar. También pueden representar un instrumento más rápido, ágil y económico para alcanzar determinados resultados que la adopción de medidas normativas.

vez una breve reseña de cómo se han venido utilizando los acuerdos por los distintos Estados miembros.

⁵⁵ Vid., entre otros, OCDE: *Improving the Enforcement of Environmental Policies*, Environmental Monograph, núm. 8, París, 1987, y, de la misma institución, OCDE: *Reforming Environmental Regulation in OECD Countries*, París, 1997, pgs. 16-17; GOLUB, J.: «New Instruments for Environmental Policy in the EU: An Overview, EUI WP», RSC, núm. 98/12; WINSEMIUS, P.: «Environmental Contracts and Covenants: New Instruments for a Realistic Environmental Policy?», en VAN DUNNÉ, J. M. (Ed.), *Environmental Contracts...*, op. cit., pgs. 5-6.

⁵⁶ Mejora que tiene que ir de la mano de una mayor coherencia y simplicidad de sus disposiciones, de la disponibilidad de los instrumentos y medios necesarios para mejorar su aplicación, y de la utilización de mecanismos que garanticen un cierto grado de flexibilidad y fomenten la innovación necesaria en este campo. Vid., en igual sentido, TINDALE, S. y C. HEWETT: «New Instruments for Environmental Policy in the EU. New Environmental Policy Instruments in the UK, EUI WP», RSC, Florencia, núm. 98/13, pgs. 6-7, 20. OCDE: *Reforming Environmental...*, op. cit., pgs. 18-20.

En todo caso las ventajas que pueden ofrecer los convenios ambientales van a depender fundamentalmente de que sean diseñados de forma adecuada, y la falta de ciertas disposiciones esenciales –en cuanto a la definición clara de sus objetivos, el calendario de aplicación, su valor jurídico, el control de la ejecución, las consecuencias del incumplimiento, y los mecanismos que garanticen de forma adecuada la necesaria transparencia en cuanto a su celebración y aplicación– hipotecará y pondrá en peligro la consecución de sus objetivos⁵⁷.

Por otra parte, la tensión entre la búsqueda de vías de concertación entre los poderes públicos y los particulares, y su encuadre en los ordenamientos de los Estados miembros, ha suscitado complejas cuestiones político-jurídicas⁵⁸. Aunque éstas varían en función del tipo de acuerdo de que se trate, y del ordenamiento jurídico de cada Estado en donde se han utilizando, en términos generales se puede afirmar que su uso en la práctica ha estado presidido por serias dudas sobre la medida en que pueden ser utilizados como alternativa o complemento a la legislación (y, en menor medida, como alternativa o en sustitución de actos ejecutivos unilaterales de los poderes públicos), y que algunos aspectos fundamentales tales como su naturaleza, vías de celebración y efectos jurídicos no han estado siempre claros.

Se han planteado, así, cuestiones tales como hasta qué punto pueden las autoridades públicas comprometer en el curso de estas negociaciones sus potestades; las consecuencias del incumplimiento de los pactos; o el papel que han de jugar terceros no parte en los acuerdos que pudieran tener interés en el contenido del acuerdo y en su cumplimiento⁵⁹, y cuya participación (prevista, en mayor o menor medida en los ordenamientos de los Estados miembros, tanto en el marco de los procedimientos de elaboración y adopción de disposiciones de carácter general y de actos administrativos⁶⁰, como en el marco del control jurisdiccional de la potestad reglamentaria y de la actuación de la Administración⁶¹)⁶² podría ser en ocasiones ilegítimamente obviada o desplazada en favor exclusivamente de aquellos agentes que tengan un interés de carácter económico en las disposiciones que reglen su conducta, cuando éstas quedan reducidas, por ejemplo, a meros contratos de Derecho privado.

⁵⁷ Vid. en igual sentido GOLUB, J.: «*New Instruments for Environmental Policy*», op. cit., pgs. 15-17; TINDALE, S. y C. HEWETT: «*New Instruments...*», op. cit., pgs. 6, 18-19.

⁵⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: «*Administración imperativa...*», op. cit., pgs. 67-69.

⁵⁹ Como, por ej., los vecinos de zonas industriales, las organizaciones de consumidores y de protección del medio ambiente o, simplemente, los ciudadanos.

⁶⁰ Mediante trámites de audiencia o de información pública o, simplemente, a través del sistema de representación en el Parlamento.

⁶¹ Mediante la posibilidad de hacer uso del sistema de recursos judiciales previstos a tales efectos.

⁶² Vid., sobre las distintas vías de participación en el diseño de la política y normativa ambiental y su ejecución en varios Estados miembros de la Unión, FÜR, M., M. y G. ROLLER (Ed.), *Participation and Litigation Rights of Environmental Associations in Europe*, Peter Lang, Frankfurt, 1991.

En el caso concreto de Holanda, el Estado miembro en donde más profusamente se ha utilizado la vía convencional, el Derecho Público no contemplaba la celebración de este tipo de acuerdos por parte de las autoridades públicas. Éstos han adquirido generalmente –cuando las partes han tenido intención de vincularse jurídicamente– la forma de contratos privados a los cuales se aplican las normas del Código Civil, y cuyo incumplimiento puede ser objeto de reclamación en Tribunales civiles⁶³. Ello ha ocasionado, a su vez, problemas en su relación con el Derecho público ambiental preexistente. Particularmente cuando, en el marco del control que ha de llevar a cabo la Administración sobre las actividades con impacto sobre el medio ambiente conforme a la legislación ambiental vigente, las condiciones de los permisos se han visto afectadas como consecuencia de la negociación de estos convenios⁶⁴. De hecho, no han faltado casos en que la actuación de las autoridades públicas adoptadas sobre la base de estos contratos o convenios de carácter privado han sido declaradas nulas en el marco de un recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativo promovido por terceros no parte en el acuerdo, como organizaciones ecologistas y otros terceros interesados, poniendo los Tribunales de manifiesto que tales acuerdos «no tienen valor legal alguno en relación con la decisión de conceder o no una licencia», y que no se puede eludir a través de estos acuerdos las exigencias establecidas legalmente a tales efectos⁶⁵.

⁶³ En Holanda se han celebrado hasta el momento más de un centenar de acuerdos de distinta naturaleza. La primera generación de acuerdos, concluidos durante la década de los 80, estaban relacionados fundamentalmente con los procesos de producción o la calidad de ciertos productos, y consistía en «pactos de caballeros» que carecían en principio de un carácter vinculante. La segunda generación se desarrolló de forma más sistemática a raíz de la adopción en 1989 del Primer Plan Nacional de Política Ambiental, en donde se identificaban los principales problemas ambientales y los principales agentes de la actividad económica y social, incluidos los diversos sectores industriales, que contribuían a dichos problemas, y se establecían objetivos generales para la prevención y corrección de la contaminación ambiental. En los acuerdos celebrados para ejecutar este Plan se comenzó a hacer uso de contratos, confiriendo a los acuerdos carácter vinculante, y cuando las autoridades competentes aprobaban esos convenios tenían en consideración su contenido en los procesos de autorización o modificación de permisos. Para un análisis del uso de los acuerdos en este Estado vid. KOEMAN, N. S. J.: «Bilateral Agreements Between...», op. cit., pg. 183; KOPPEN, I. K.: «Regulatory Negotiation in the Netherlands: The Case of Packaging Waste», en KNOEPFEL, P. (Ed.): *Lösung von Umweltkonflikten durch Verhandlung-Solution de conflits environnementaux par la négociation*, vol. 10, Helbing & Lichtenhahn, Series Oeologie und Gesellschaft. Basilea, 1994, pg. 153; VAN DEN BROEK, J.: «Covenants and Permits in the Ducht...», op. cit., pgs. 35-36; BIEKART, J. Willem: «New Instruments for Environmental Policy in the UE. Negotiated Agreements in EU Environmental Policy, EUI WP», RSC, Florencia, núm. 98/19, pgs. 9-20.

⁶⁴ Para un análisis crítico, desde una perspectiva política y jurídica, de la utilización de acuerdos en Holanda vid. DE BEUS, J.: «The Ecological Social Contract», en KRAAN, D. J. y R. J. in't VELD: *Environmental Protection: Public or Private Choice*, Kluwer, Dordrecht, 1991, pgs. 195-200; y KOEMAN, N. S. J.: «Bilateral Agreements Between Government and Industry in Ducht Environmental Law», *EELR*, vol. 2, 1993, pg. 174.

⁶⁵ Asuntos *Kemira permis*, Consejo de Estado, 26 septiembre 1991, núm. B05.91.0799, e *Hydro Agri*, Consejo de Estado, 1 septiembre 1992, núm. GO5.90.1712. Vid., para un comentario de estas resoluciones, VAN DEN BROEK, J.: *Covenant and Permit in the Ducht...*,

En Alemania –el segundo Estado de la Unión en donde más acuerdos ambientales parece haberse celebrado⁶⁶– los poderes públicos generalmente no han intervenido oficialmente en tales acuerdos, y éstos han adoptando, en su mayoría, la forma de declaraciones unilaterales de la industria y, por lo tanto, han seguido, al menos desde el punto de vista formal, un enfoque de autorregulación «strictu sensu». Sin embargo, estas declaraciones no sólo son frecuentemente el resultado de intensas conversaciones con los ministerios competentes, sino que también han gozado de un cierto reconocimiento informal⁶⁷. De hecho, en instancias oficiales se ha manifestado de forma expresa que el Estado «puede decidir no adoptar medidas normativas» si los agentes que generan un problema de contaminación acuerdan voluntariamente actuar de forma que se garantice la protección del medio ambiente⁶⁸. En relación con esta práctica existe un amplio consenso entre la doctrina, según HAGER, en cuanto a que los acuerdos normativos informales están permitidos sólo en la medida en que no afecten a la potestad normativa de las autoridades públicas, de forma que un contrato vinculante que implique una obligación relativa a la adopción de una norma reglamentaria determinada sería inválido. Pero, aún así, no dejan de existir dudas sobre cuáles son los límites de estos acuerdos informales, dado que de forma indirecta pueden interferir con la configuración de derechos y obligaciones que deberían ser regulados por ley⁶⁹.

op. cit., pgs. 37-38; VAN BUUREN, P.: *Environmental Covenants: Possibilities and Impossibilities*, op. cit., en VAN DUNNÉ, J.: *Environmental Contracts and Covenants...*, op. cit., pgs. 49-55; BASTMEIJER, K.: *The Covenant as an instrument of Environmental...*, op. cit., pg. 8.

⁶⁶ En su Comunicación relativa a los acuerdos de medio ambiente la Comisión ponía de relieve que se alcanzaba una cifra de alrededor de 80 compromisos voluntarios desde finales de los años 70 hasta mediados de los 90, op. cit., pgs. 26-27. Esta cifra ha sido, sin embargo, puesta en cuestión por REHBINDER: «Environmental Agreements...», op. cit. pgs. 14-15. Este prestigioso autor alemán estimaba en 1997 que el número de acuerdos realmente celebrados en Alemania se situaba en torno a unos 60.

⁶⁷ Para un análisis del uso de la autorregulación de la industria como una posible respuesta a las deficiencias de la regulación administrativa y de los instrumentos económicos (impuestos, subvenciones, etc.), así como del papel que juega el Estado en este proceso, vid. REHBINDER, E.: «Self-regulation by Industry», en WINTER, G. (ed.), *European Environmental Law*, 1995, pgs. 240-242; REHBINDER, E.: *Environmental Agreements...*, op. cit., pgs. 9-11.

⁶⁸ Vid. *Umweltpolitik. Guidelines on Anticipatory Environmental Protection. Guidelines of the Federal Government on anticipatory environmental protection through the avoidance and gradual reduction of noxious substances*, The Federal Minister for the Environment, Nature Conservation and Nuclear Safety. Bonn, sin fecha, pg. 28.

⁶⁹ HAGER, señala, en relación con dichos límites, una obviedad: que «como mínimo lo que está claro es que tales acuerdos no pueden ser adoptados cuando la normativa que intenta ser eludida no podría ser adoptada legalmente y el acuerdo entre en conflicto con una norma de Derecho», vid. *Environmental Contract Agreements between State and Industry in Germany*, op. cit., pgs. 174-175. En relación con la obligación de la Administración alemana de dictar reglamentos (lo que excluiría su bloqueo a través de este tipo de «acuerdo informal normativo»), vid. GÓMEZ PUENTE, M.: *La inactividad de la Administración*, Aranzadi. Pamplona, 1997, pgs. 282-284, en donde se pone de relieve las distintas posturas doctrinales en Alemania en cuanto a la libertad de la Administración para decidir la adopción o no de una medida reglamentaria para la que ha sido habilitada por ley.

En Francia, PRIEUR destaca cómo la utilización de convenios sectoriales con la industria («contrat de branche») levantó severas críticas doctrinales por atacar el principio según el cual la autoridad de policía administrativa no puede concluir acuerdos sobre el ejercicio de su potestad, siendo considerada esa práctica especialmente peligrosa debido a la ausencia de base legal, su falta de publicidad y las dificultades que implicaba el control de la legalidad de tales medidas por terceros⁷⁰. A su vez, el Consejo de Estado ha anulado, por falta de base legal, decisiones del Ministro del ramo de adoptar determinados convenios con un grupo industrial que convertían en subsidiaria la aplicación de la legislación de establecimientos clasificados⁷¹.

En el caso de España, también se han celebrado algunos de estos acuerdos sin que su encaje jurídico haya estado siempre del todo claro⁷², planteándose también importantes interrogantes en torno al uso y eficacia jurídica de este tipo de acuerdos. Ello no sólo cuando se celebran «praeter legem», sino también cuando, estando su existencia expresamente prevista en la legislación –como ocurre actualmente en la normativa básica de residuos–, faltan disposiciones claras que regulen sus aspectos fundamentales, bien de

⁷⁰ Vid. PRIEUR, M.: *Droit de l'environnement*, op. cit., pg. 129.

⁷¹ Conseil d'Etat, 8 marzo 1985: *Les amis de la terre*, Rec. pg. 73, concl. Jeanneney, RFDA, 1985, pgs. 363 y ss. (comentada por MOREAU).

⁷² Entre los acuerdos más relevantes se pueden citar los siguientes: el *Compromiso entre el MOPU y la Asociación Española de Aerosoles (AEDA)* firmado en 1987; el *Acuerdo Marco sobre reciclado de vehículos al final de su vida útil*, celebrado entre los representantes de los fabricantes de vehículos y proveedores de equipos, de la industria del desguace, recuperación, fragmentación y reciclaje, de los productores de materiales, los concesionarios de automóviles, y la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Vivienda del MOPMA, en 1996; o el *Acuerdo sobre la reducción progresiva de las emisiones de mercurio de todas las plantas del sector cloro-alcalí español que usan la tecnología de amalgama (cátodo de mercurio)*, celebrado en 1999, en el que participaron, por una parte, el Ministerio de Medio Ambiente y el Departamento de ordenación del Territorio, Vivienda y Medio Ambiente del Gobierno Vasco y, por otra, la Asociación Nacional de Electroquímica (ANE) y la empresa «Electroquímica de Hernani, SA». Ninguno de estos acuerdos ha estado dotado de publicidad; para una descripción y análisis de su contenido vid. PLAZA MARTÍN, C.: *La eficacia del Derecho ambiental...*, op. cit., pgs. 964 y ss.

Algunos intentos fallidos de celebrar este tipo de acuerdos pusieron de relieve en su momento las incertidumbres que rodean a su régimen jurídico. Así, por ej., tras varios años de negociación de un Convenio de colaboración para establecer el marco del tratamiento y eliminación de los neumáticos usados entre la Administración estatal y el sector afectado, el proyecto de acuerdo no fue adoptado finalmente, entre otras razones porque su naturaleza jurídica suscitó importantes dudas en los Servicios Jurídicos de la Administración: del hecho de que estuviera configurado «en cierta medida» como una norma jurídica, dicho Servicio Jurídico dedujo que incumplía el principio de publicidad normativa consagrado en el art. 9 de la Constitución. En otro caso, el de un Acuerdo nacional entre el MOPTMA y la Federación de la Industria Química para la gestión de determinados residuos industriales, éste fue finalmente invalidado en 1994 por requerimiento de la Generalidad de Cataluña, la cual argumentó que la celebración y ejecución de tales acuerdos era una competencia de «ejecución» de la política ambiental y, por lo tanto, no estatal, requerimiento al que se allanó el MOPTMA –sobre este último acuerdo vid. ALONSO GARCÍA, E.: *Legislación sectorial...*, op. cit., pgs. 42-43–.

forma general o en la legislación sectorial pertinente. Dado que su análisis excede el ámbito de este trabajo, sólo se esbozarán las siguientes cuestiones básicas:

Ante la posibilidad de utilizar los convenios normativos como una alternativa a la actividad del legislador ordinario o delegado, se puede partir de la premisa de que, como señala DE OTTO, el legislador puede incluir en el ordenamiento nuevas fuentes de Derecho que, en cuanto distintas de las previstas por la Constitución, cabe denominar fuentes extraconstitucionales o praeterconstitucionales. Tal sistema de fuentes debe operar, en todo caso, dentro de los límites impuestos por la reserva de ley, formal o material⁷³. De esta forma, no hay ningún problema en admitir estos acuerdos, utilizándolos en sustitución o como alternativa a disposiciones de carácter general, cuando el legislador haga una remisión expresa a la vía convencional que, respetando las reservas materiales de Ley establecidas por la Constitución, habilite a la Administración para negociar dichos acuerdos.

Al margen de esos casos, y como han puesto de relieve varios autores, la posibilidad de que los poderes públicos entren en convenios con los particulares guarda relación con el margen de discrecionalidad de que éstos gozan en el ejercicio de sus potestades. Desde esta perspectiva se consideran una vía para delimitar el ejercicio de potestades discrecionales y su ejercicio es, por lo tanto, inviable allí donde éstas están estrictamente regladas y no existe margen de negociación⁷⁴. En línea con lo argumentado por T. R. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ en relación con el caso concreto de los denominados convenios urbanísticos, no sólo no pueden los convenios, por sí mismos, derogar en beneficio de la Administración o de los particulares las reglamentaciones de carácter imperativo, sino que tampoco pueden comprometer el ejercicio de las potestades regladas de las que la Administración dispone⁷⁵.

En cualquier caso, si se considera adecuado recurrir a los convenios ambientales para alcanzar determinados objetivos de política ambiental, parece necesario dotarlos de un régimen jurídico mínimo que, sin ir en detrimento de su flexibilidad (uno de sus máximos valores, junto a la agilidad y la coparticipación), proporcione la claridad y seguridad jurídica imprescindible en cuanto a su objeto, procedimiento de celebración, publicidad y efectos.

No parecen suficiente, para tal fin, disposiciones generales como los artícu-

⁷³ Vid. DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional, Sistema de fuentes*, Ariel. Barcelona, 1988, pg. 86. Para un exhaustivo análisis sobre la posibilidad de que los sujetos privados puedan adoptar normas jurídicas obligatorias, con especial referencia a la normalización industrial y las normas técnicas, vid. ÁLVAREZ GARCÍA, V.: «La capacidad normativa de los sujetos privados», *REDA*, núm. 99, 1998, pgs. 343-367.

⁷⁴ Vid. DELGADO PIQUERAS, F.: *La terminación convencional*, op. cit., pg. 176; del mismo autor su reflexión sobre los acuerdos celebrados en un marco de concertación política firmados por el Gobierno, su relevancia jurídica, y los problemas que plantean, *ibíd.*, pgs. 111-113.

⁷⁵ Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, T. R.: *Manual...*, op. cit., pg. 183

los 1255 CC o el 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas⁷⁶, que contienen el principio de libertad de pactos que preside la institución contractual⁷⁷. Ni la Ley de Contratos supone un marco adecuado para este tipo de acuerdos⁷⁸, aunque sea con carácter supletorio, dadas las notables diferencias (en cuanto a la finalidad y objeto) que existen entre éstos y los contratos para cuya regulación ha sido diseñada dicha Ley⁷⁹. Por otro lado, el artículo 88 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas del Procedimiento Administrativo Común, que regula la terminación convencional del procedimiento administrativo, tampoco es por sí mismo suficiente ya que remite, en lo que se refiere al alcance, efectos y régimen jurídico específico de los pactos, acuerdos, convenios o contratos, para cada caso concreto en que quiera emplearse la vía convencional para poner fin a un procedimiento, a otras disposiciones que con carácter previo lo regu-

⁷⁶ Real Decreto Legislativo 2/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas (*BOE* núm. 148, de 21 junio 2000).

⁷⁷ El art. 4 LCE dispone que «la Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o al principio de buena administración».

⁷⁸ Ni siquiera en el caso en que se partiera de la premisa de que este tipo de acuerdos podrían constituir contratos administrativos especiales conforme al art. 5.2 b) de la LCAP, calificación ésta que resulta más que dudosa. Más bien encajarían en el supuesto del art. 3.1 d), que excluye del ámbito de aplicación esta Ley «Los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales». Como pone de manifiesto un importante sector de la doctrina los supuestos del art. 3.1 d) – los «concertados» entre Administración y personas privadas– «no suelen ser verdaderos contratos en el sentido de intercambio patrimonial que es propio de la figura del contrato en el Derecho privado de las obligaciones, sino un acuerdo sobre la medida de una obligación preexistente o de una ventaja, en el seno de una relación jurídico-pública previamente establecida entre la Administración y la otra parte que de ella conviene [...] en este tipo de convenios la Administración no trata de proveerse de bienes o servicios, sino que es una manera de administrar, buscando la colaboración de los administrados. Es por ello un caso de administración concertada», vid. GARCÍA DE ENTERRÍA: «Ámbito de la Ley (arts. 1 a 9 inclusive)», en GÓMEZ-FERRER MORANT, R., *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*, Civitas. Madrid, 1996, pg. 116. En un sentido similar vid. también SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, CE Ramón Areces. Madrid, 1988, pg. 309.

⁷⁹ Piénsese, por ej., en el procedimiento de contratación regulado en la LCAP y en el objeto de los contratos. La finalidad del procedimiento de contratación de esta Ley es garantizar, mediante un nivel de concurrencia óptimo, que los aspirantes estén en situación de igualdad de oportunidades para contratar con la Administración y que la Administración contrate la mejor oferta; no puede, por tanto, ser adecuado para regular un proceso de negociación que no aspira a respetar o fomentar la libre competencia entre los operadores económicos, sino a aunar voluntades entre todos los operadores económicos de un sector y la Administración. En segundo lugar, y en cuanto al objeto del contrato se refiere, en este tipo de acuerdos ambientales no va a existir una prestación y un precio en el sentido de la LCAP, y no se puede, por consiguiente, cumplirse con las disposiciones generales sobre el objeto de los contratos administrativos, como por ej., con lo dispuesto en su art. 14, que exige que los contratos «tendrán siempre un precio cierto».

len⁸⁰. Además, este artículo presenta la fórmula convencional como un instrumento sustitutivo, de fijación, o preparatorio de una resolución para la terminación del procedimiento administrativo, y por tanto como una vía –alternativa a la decisión unilateral de la Administración– para aplicar a un caso concreto la regulación establecida en la normativa correspondiente⁸¹. No parece, por tanto, un instrumento pensado para complementar, sustituir o fijar disposiciones de carácter general.

Para poder utilizar estos convenios sin menoscabo de la seguridad jurídica es necesario, por tanto, que el legislador regule cómo y con qué efectos es posible recurrir a este tipo de instrumentos.

En definitiva, admitidas sus ventajas para alcanzar determinados objetivos de interés público relacionados con la protección de medio ambiente, es necesario que la legislación defina el espacio en el que, conforme al principio de responsabilidad compartida y de eficacia, cabe utilizar este nuevo instrumento, ya que de otro modo quedaría comprometida la seguridad jurídica, y porque –como han advertido GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ en el marco de su análisis sobre la Administración concertada– «es evidente que bajo los aspectos habitualmente idealizados de una política de este carácter se esconde el enorme riesgo de una ruptura de la objetividad y de la igualdad y, por supuesto, de la justicia [...] que la impersonalidad de la Ley asegura»⁸².

2. LA PROGRESIVA REGULACIÓN DE LOS CONVENIOS

Ante la situación de incertidumbre que ha rodeado el encuadre jurídico de los convenios, algunos Estados miembros comenzaron a regular esta figura a lo largo de la década de los 90.

Mientras que en Holanda, pese a la importancia que ha cobrado la vía convencional, el Ministerio competente se ha limitado a publicar orientaciones para la celebración de los pactos en forma de un código de conducta⁸³, así

⁸⁰ Ello con independencia del debate doctrinal sobre la operatividad de este artículo por sí mismo (para una postura restrictiva de su eficacia sin la mediación de otras normas, vid. MENÉNDEZ RESACH, A.: «Procedimientos administrativos: resolución y ejecución», en LEGUINA VILLA, J. y M. SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, 1993, pgs. 263-264; para una postura abierta a su eficacia directa sin necesidad de más precisiones normativas, vid., entre otros, DELGADO PIQUERAS, F.: *La terminación...*, op. cit., pgs. 186-187.

⁸¹ Vid. MENÉNDEZ RESACH, A.: *Procedimientos administrativos...*, pgs. 250, 261-267.

⁸² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso...*, vol. I, 1995, op. cit., pgs. 651-653.

⁸³ El Gobierno Neerlandés estableció de hecho su postura sobre los acuerdos en la revisión de su Programa Nacional de Protección Ambiental (NEPP-plus), señalando su preferencia por el uso de normativa para erradicar «comportamientos indeseables», pero afirmando también que los convenios podían ser especialmente adecuados (i) como medida para colmar un vacío legal hasta que la legislación adecuada fuera adoptada, (ii) cuando existan demasiadas incertidumbres para que se pueda redactar la legislación, o si esta sólo es necesaria de forma temporal o (iii) si los convenios pueden ser más eficaces porque, por ej., ahorren costes de implementación y aplicación, vid. BASTMEIJER,

como una circular administrativa sobre su contenido y los procedimientos a seguir para celebrar tales acuerdos⁸⁴, en otros Estados tales instrumentos se han incorporado de pleno, y con carácter general, a legislación ambiental. Este es el caso, por ejemplo, de Dinamarca, cuya Ley de Protección Ambiental de 1991 los conciben como una alternativa a los reglamentos administrativos, y en donde se regulan todos los aspectos esenciales para su utilización (objeto, condiciones de celebración, procedimiento –incluida las fórmulas de participación de grupos de interés oficialmente reconocidos que no son parte en el contrato como las ONGs ambientales–, publicidad, efectos, posibilidades de extensión del contrato con carácter general a terceros no adheridos mediante disposiciones normativas, etc.)⁸⁵. También en Bélgica la Región flamenca aprobó un Decreto en 1994 relativo a los acuerdos sobre medio ambiente, en donde se regula de forma exhaustiva la celebración y ejecución de los acuerdos, los cuales se conciben como «contratos “sui generis”» que sólo pueden utilizarse para complementar la legislación existente, pero no para reemplazarla ni para establecer normas de protección más laxas⁸⁶.

En España, no existe en la esfera estatal normativa alguna en la que se aborde con carácter general el alcance, efectos, tramitación y régimen jurídico de los acuerdos ambientales. Sí existe, sin embargo, normativa en algunas Comunidades Autónomas como Cataluña o Galicia, con las que se ha querido dotar a esta figura de un marco jurídico específico. Destaca, en particular, su regulación en Cataluña a través del artículo 3 de la Ley 3/1998 de Intervención integral de la Administración ambiental⁸⁷ y del Decreto 2894/1999 por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley 3/1998⁸⁸. En estas normas se abordan una serie de cuestiones esenciales que contribuyen a dotar a los acuerdos firmados en esta Comunidad Autónoma de ese mínimo de transparencia y seguridad jurídica que sería deseable para

C. J.: *Provisional Code of Conduct for Concluding Environmental covenants, Ministry of Housing, Spatial Planning and the Environment*, manuscrito, 1994, pg. 1.

⁸⁴ Vid. *Comunicación relativa a los acuerdos...*, op. cit., pg. 31. Algunos autores consideran que los problemas jurídicos a que dieron lugar tales acuerdos ya han sido resueltos en tanto que los convenios son ahora discutidos en el Parlamento, contienen disposiciones relacionadas con la posición de terceras partes, y adoptan la forma de contratos privados según las disposiciones del Derecho Civil, vid. KOPPEN, I. J.: *Regulatory...*, op. cit., pg. 163.

⁸⁵ Vid. para un comentario de esta normativa, JOERGENSEN, J.: «Legislation on “Ecocontracts” in Denmark», en VAN DUNNÉ, M. (Ed.), *Environmental Contracts...*, op. cit., pgs. 73-84.

⁸⁶ Vid. BOCKEN, H.: «Covenants in Belgian Environmental Law. Remarks on the Draft Decree on Environmental Covenants», en VAN DUNNÉ, M. (ed.), *Environmental Contracts and Covenants...*, op. cit., pgs. 60-66. Sin embargo, desde su adopción hasta abril de 1998, ningún acuerdo ambiental fue concluido en Flandes, lo que ha sido atribuido precisamente al hecho de que el marco jurídico para la adopción de estos acuerdos es demasiado rígido, lo que ha eliminado los incentivos para utilizarlos en lugar de legislación, vid. DEKETELAERE, K.: «New Instruments for Environmental Policy in the EU. New Environmental Policy Instruments in Belgium, EUI WP», *RSC*, Florencia, núm. 98/16, pgs. 13-14.

⁸⁷ *BOE* núm. 84, de 8 abril 1998.

⁸⁸ *DOGC* núm. 3110, de 30 febrero 2000.

todo el territorio español: establecen el ámbito de aplicación objetivo y subjetivo de este instrumento, sus efectos jurídicos, abordan cuestiones esenciales de su procedimiento de elaboración –como la obligación de someterlos a información pública y la audiencia de los interesados–, y contemplan la exigencia elemental de su publicación oficial⁸⁹. Lo mismo no es predicable en igual grado de la normativa gallega, que no aborda cuestiones tan básicas como los límites en que han de operar estos acuerdos, su tramitación, o publicidad⁹⁰.

Pero la vía a través de la cual se está incorporando paulatina y parcialmente la figura de los acuerdos ambientales en el ordenamiento de varios Estados miembros es, fundamentalmente, a través de su inserción puntual en algunas normas sectoriales de medio ambiente. En concreto, se han promovido estos acuerdos –como complemento o alternativa a disposiciones de carácter general– a través de normas, como por ejemplo, las que regulan la gestión de residuos, en las que el legislador establece una serie de objetivos (como la reducción de la cantidad de envases y residuos de envases generados, y su gestión de acuerdo con ciertos criterios) para cuya consecución prescribe un régimen de obligaciones particularmente estricto (como, por ejemplo, el que implica para los productores o comerciantes un sistema de depósito, devolución y retorno de los envases y residuos de envases que se pongan en el mercado, para su posterior entrega, en condiciones determinadas, a un gestor de residuos), a la vez que se incluye en éstas lo que la Comisión ha denominado un «repliegue legislativo»⁹¹: una disposición que permite la posibilidad de que sus destinatarios puedan eximirse de la aplicación del régimen general «duro» a condición de que se acuerde otras vías o medios para alcanzar los objetivos de dicha norma. En otras palabras, se está fomentando la celebración de acuerdos y convenios con la industria mediante la inclusión en la legislación de disposiciones que remiten a la vía convencional⁹².

Este mecanismo, que tiene como objetivo incentivar la consecución de los objetivos establecidos por el legislador a través de acuerdos y convenios en los que participen los destinatarios de la norma, se trata, como ha señalado E. ALONSO GARCÍA, de una técnica de regulación de un régimen jurídico

⁸⁹ Para un exhaustivo análisis de esta normativa vid. SANZ PÉREZ, D.: «Los acuerdos ambientales como mecanismo de sustitución o complemento del control preventivo unilateral de las actividades potencialmente contaminantes: las previsiones de la Ley 3/1998», *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*, octubre 2001, pgs. 11-25.

⁹⁰ Vid. el art. 25.3 de la Ley 1/1995 de Protección Ambiental de Galicia, y el Decreto 295/200 polo que se desenvolve a Lei 1/1995 (DOGA núm. 2, de 3 enero 2001).

⁹¹ Vid. CCE: *Comunicación relativa a los acuerdos...*, op. cit., 19.

⁹² Este es el sistema que, por ej., se ha establecido en relación con la gestión de los envases y residuos de envases en Alemania en el art. 6.3 y 11 del Verordnung über die Vermeidung von Verpackungsabfällen (conocido como *Decreto Toëfer*) de 12 junio 1991 (BGBl. I, 1234, de 20 junio 1991); así como en Francia en los arts. 4 a 9 del Décret 92-377 de 1 abril 1992 (JORF, de 3 abril 1992, pg. 5003); y en España, en los arts. 8 y 9 de la Ley 11/1997 de Envases y Residuos de Envases (BOE núm. 99, de 25 abril 1997).

consensuado por los destinatarios de la norma que se constituye como alternativo al expresamente establecido por la Ley⁹³. Régimen éste que ha de ser autorizado o pactado con la Administración competente para que surta el efecto de excepcionar del régimen general a las partes del convenio.

Su uso ha sido promovido en ocasiones por la propia Comunidad, a través de ciertas directivas en las que se ha aceptado expresamente su celebración para alcanzar algunos de los objetivos en ellas establecidos. El ejemplo más temprano lo encontramos en la Directiva del Consejo 85/339/CEE relativa a los envases para los alimentos líquidos⁹⁴, derogada por la Directiva 94/62/CEE del Parlamento y del Consejo, de 20 de diciembre de 1994, relativa a los envases y residuos de embalaje⁹⁵, y que también contempla la utilización de este tipo de instrumento por los Estados miembros). Más recientemente encontramos remisiones a la vía convencional en Directivas como la 2000/53/CE, relativa a los vehículos al final de su vida útil, que impone a los Estados miembros la obligación de introducir un nuevo marco legal sobre esta materia⁹⁶.

Así en el Derecho español existen en la actualidad una serie de normas sectoriales en las que se contempla la posibilidad de celebrar este tipo de acuerdos. Ello tanto en disposiciones que incorporan a nuestro ordenamiento directivas comunitarias en las que a su vez se prevé expresamente el uso de tales acuerdos (como es el caso de la Ley 11/1997 de envases y residuos de envases⁹⁷), como en normas que incorporan a nuestro ordenamiento directivas comunitarias en donde no está previsto su uso (como ocurre con la Ley 10/1998 de Residuos⁹⁸, que incorpora la Directiva 91/156/CEE relativa a los residuos).

Su regulación es, sin embargo, muy desigual. Así, por ejemplo, en la legislación básica de residuos se prevé la utilización de los acuerdos para configurar vías alternativas al régimen general establecido por las propias leyes (o a los que puedan establecerse reglamentariamente) con el fin de facilitar la consecución de determinados objetivos de reducción o gestión de los residuos⁹⁹. Pero se puede destacar cómo, mientras que la Ley de Envases precisa algunos de los requisitos sustantivos, procedimentales y de publicidad que deben satisfacerse en la celebración y ejecución de estos acuerdos, la Ley de Residuos no establece disposición alguna al respecto; por otra parte la

⁹³ Vid. ALONSO GARCÍA, E.: «Legislación sectorial del medio ambiente», *Actas del I Congreso Nacional de Derecho Ambiental*, Sevilla, 1995, pg. 42.

⁹⁴ DOCE L 176, de 6 julio 1985.

⁹⁵ DOCE L 365/10, de 31 diciembre 1994.

⁹⁶ DOCE L 269/34, de 31 octubre 2000.

⁹⁷ BOE núm. 99, de 25 abril 1997, y el art. 9 prevé la participación de las Entidades Locales en los sistemas integrados de gestión mediante la firma de convenios de colaboración entre éstas y la entidad a la que se le asigne la gestión del sistema.

⁹⁸ BOE núm. 96, de 22 abril 1998, pg. 13372.

⁹⁹ Vid. los arts. 5, 6, 7 y 9, y la disposición adicional tercera de la Ley de Envases, y los arts. 7 y 8 de la Ley de Residuos.

Ley de Residuos introduce, sin embargo, una importante novedad con respecto a la de envases: la tipificación del incumplimiento de las obligaciones nacidas de dichos acuerdos o convenios como una infracción grave¹⁰⁰.

También se ha contemplado en España el uso de convenios en el marco de normas adoptadas para fomentar la protección del medio ambiente a través de instrumentos económicos, como la concesión de ayudas públicas¹⁰¹ o la aplicación de incentivos fiscales¹⁰², pero sin atender a los requisitos procedimentales o formales que deben reunir dichos convenios.

Es previsible que esta tendencia normativa, y en particular la nueva legislación de residuos, impulse en nuestro país la negociación y celebración de nuevos convenios. Pero dada la falta de una regulación general adecuada a tales efectos, junto con la parquedad que generalmente caracterizan a las disposiciones sectoriales que prevé la celebración de acuerdos (que no concretan en ocasiones aspectos fundamentales, como los relacionados con la capacidad y legitimidad de las partes que pueden suscribirlos, la publicidad, el control de su ejecución, o el alcance de sus efectos), también es previsible que su utilización suscite toda una serie de nuevas dudas y problemas jurídicos que tendrán que ser despejadas en el futuro bien por los Tribunales, bien por vía normativa.

IV. LOS ACUERDOS AMBIENTALES COMO MEDIO DE EJECUCIÓN DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS EN LOS ESTADOS MIEMBROS

La directiva es, con gran diferencia, el instrumento normativo más frecuen-

¹⁰⁰ Art. 34 de la Ley de Residuos.

¹⁰¹ Vid., por ej., en el ámbito de ayudas públicas, la Orden del Ministerio de Industria y Energía de 23 diciembre 1994, por la que se aprueba la segunda fase del Programa Industrial y Tecnológico Medioambiental (PITMA II) y convoca para el año 1995 y siguientes hasta 1999, ayudas para proyectos acogidos a este programa (*BOE* núm. 313, de 31 diciembre 1994, pg. 39635), cuyo art. 9.2 consideraba prioritarios a efectos de concesión de subvenciones a fondo perdido «los proyectos incluidos en alguno de los «Acuerdos voluntarios» que se establezcan entre la Administración y grupos de empresas industriales afectadas». En el caso de convenios firmados con el Estado por Sociedades que reciben subvenciones con cargo a los Presupuestos del Estado que den lugar a regímenes especiales, hay que tener presente el art. 91 de la Ley General Presupuestaria, que establece de forma detallada las cláusulas que han de incluirse en dichos convenios con el objeto de precisar cuestiones como: (a) las hipótesis macroeconómicas y sectoriales que sirvan de base al acuerdo; (b) objetivos de la política de personal, rentabilidad productividad o reestructuración técnica de la explotación económica así como métodos de evaluación de aquéllos; (c) aportaciones del Estado en sus distintas modalidades; (d) medios a emplear para adaptar los objetivos acordados a las variaciones habidas en el respectivo entorno económico; (e) y control por el Ministerio de Economía y Hacienda de la ejecución del convenio y posterior explotación económica.

¹⁰² En relación con la aplicación de incentivos fiscales vid. el art. 35 de la Ley 43/1995, de 27 diciembre, del Impuesto sobre sociedades que regula en su ap. 4 los incentivos fiscales para determinadas inversiones protectoras del medio ambiente, y en la que

temente utilizado en el Derecho ambiental comunitario. Según el artículo 249 CE ésta obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales «la elección de la forma y de los medios». En relación con la ejecución de las directivas por los Estados miembros el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado en reiteradas ocasiones que la adaptación del Derecho interno a una directiva no exige necesariamente una reproducción formal y textual de sus disposiciones en una norma legal expresa y adoptada específicamente a tales efectos sino que, en función de su contenido, puede ser suficiente un contexto jurídico general, siempre que este último garantice efectivamente la plena aplicación de la Directiva; pero, también ha precisado que las disposiciones de una directiva han de ser ejecutadas a través de disposiciones internas que tengan carácter vinculante («con indiscutible fuerza imperativa»), con la especificidad, precisión y claridad necesarias requeridas por el principio de seguridad jurídica, y de forma tal que, si la directiva tiene como fin crear derechos a favor de los particulares, los beneficiarios han de estar en condiciones de conocer todos sus derechos y ejercerlos, en su caso, ante los órganos jurisdiccionales nacionales¹⁰³.

A la vista del enfoque estricto que ha seguido la jurisprudencia del Tribunal en cuanto a las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica en la ejecución formal de las directivas en general, y en especial de las directivas de medio ambiente¹⁰⁴, surge inevitablemente la cuestión de en qué medida los acuerdos ambientales pueden ser un instrumento adecuado para ejecutar las directivas. Cuestión ésta que la Comisión ha tratado de resolver a través de la Comunicación y de la Recomendación sobre los acuerdos ambientales.

1. ANTECEDENTES EN EL ÁMBITO DE LA POLÍTICA SOCIAL COMUNITARIA: LOS CONVENIOS COLECTIVOS COMO INSTRUMENTO PARA EJECUTAR DIRECTIVAS COMUNITARIAS

Mucho antes de que en la Comunidad comenzara a plantearse la cuestión de en qué medida los acuerdos ambientales podían servir para ejecutar las

se establece que determinadas inversiones realizadas en bienes del activo material destinadas a la protección del medio ambiente para el cumplimiento o, en su caso, mejora de la normativa vigente darán derecho a practicar una deducción en la cuota íntegra de 10% de las inversiones «que estén incluidas en programas, convenios o acuerdos con la Administración competente en materia medio ambiental, quien deberá expedir la certificación de la convalidación de la inversión».

¹⁰³ Vid., entre otros, el As. C-236/1995, *Comisión c. Grecia*, 19 septiembre 1996, *Rec.* pg. I-4461 [F. 13^º]; As. C-96/1995, *Comisión c. Alemania*, 20 marzo 1997 [F. 35^º]; As. C-197/1996, *Comisión c. Francia*, 13 marzo 1997, *Rec.* pg. I-1489 [F. 15^º]; As. C-207/1996, *Comisión c. Italia*, 4 diciembre 1997, *Rec.* pg. I-6869 [F. 26^º].

¹⁰⁴ Para un análisis exhaustivo de esta jurisprudencia, y en particular de cómo el Tribunal se ha mostrado particularmente estricto en relación con la correcta adecuación de los ordenamientos nacionales a las Directivas ambientales vid. PLAZA MARTÍN, C.: *La eficacia del Derecho ambiental...*, op. cit., pgs. 750 y ss.

directivas, complementando o sustituyendo a la normativa nacional, ya en el ámbito de la Política Social comunitaria se había cuestionado, analizado y, finalmente, regulado la posibilidad de incorporar directivas comunitarias a través de acuerdos y convenios entre agentes económicos y sociales¹⁰⁵. Precedente éste que es oportuno analizar para ver en qué medida las respuestas que se han dado en relación con los convenios laborales podrían ser aplicables a los convenios ambientales.

Las directivas elaboradas en el marco de esta Política Social incidieron de forma temprana –y particularmente a partir de los años 70– en cuestiones que tradicionalmente habían sido objeto de negociación y regulación colectiva en los Estados miembros. De este modo, ya en los años 80 el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de pronunciarse sobre la cuestión de si los convenios colectivos podían ser «medios idóneos de incorporación» de las disposiciones comunitarias cuando las propias directivas no contemplaban la posibilidad de que sus disposiciones fuesen aplicadas en los ordenamientos nacionales a través de tales instrumentos.

El Tribunal, desde un primer momento, admitió que «es lícito que los Estados miembros dejen, en primer lugar, que los interlocutores sociales lleven a cabo los objetivos de política social perseguidos por una directiva adoptada en este campo»¹⁰⁶. Pero puntualizó también que dicha facultad no les podía dispensar de la obligación de garantizar –a través de las medidas legales, reglamentarias o administrativas adecuadas– que todos los beneficiarios últimos de estas directivas disfrutasen de la protección por ellas previstas en toda su extensión, afirmando así que «la garantía estatal debe, por tanto, estar presente en todos los casos en que falte otra protección efectiva»¹⁰⁷. Ello implicaba que, en la medida en que el contenido de los convenios no se correspondiese completamente con una directiva, o en la medida en que no cubriese a todos los beneficiarios últimos, el Estado miembro debía adoptar las disposiciones adecuadas para asegurar a éstos la debida protección de sus derechos e intereses¹⁰⁸. Por otro lado, el Tribunal no ha dudado

¹⁰⁵ Sobre la aplicación de las Directivas de política Social a través de convenios colectivos vid. en general, ADINOLFI, A.: «The Implementation of Social Policy Directivas through Collective Agreements», *CMLR*, 1988, vol. 25, pgs. 291-316.

¹⁰⁶ Vid., entre otros, los Asuntos 143/1983, *Comisión c. Dinamarca*, 30 enero 1985, *Rec. pg.* 427; y 235/1984, *Comisión c. Italia*, 10 julio 1986, *Rec. pg.* 2291. En este último asunto, el Abogado General Sir Gordo Slynn se había manifestado contrario a dicha posibilidad argumentando que no se podía aplicar una directiva por medio de convenios colectivos a menos que se les otorgase fuerza de Ley mediante disposiciones legales. Para este Abogado General un convenio colectivo no constituía un «medio» para la aplicación de una Directiva en el sentido del antiguo art. 189 TCEE, y argumentó que los convenios no son «disposiciones legales, reglamentarias y administrativas» en el sentido requerido por la Directiva. Argumentos éstos que fueron desestimados por el Tribunal.

¹⁰⁷ As. 143/1983, *Comisión c. Dinamarca*, cit.

¹⁰⁸ En el As. 235/1984, cit., el Tribunal constató cómo sólo determinados convenios colectivos en Italia habían incorporado las disposiciones relacionadas con el derecho de información y consulta de representantes de los trabajadores establecidas en la Directiva 77/187, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al

en admitir que un Estado miembro había incorporado correctamente una Directiva por medio de un acuerdo colectivo que sea extendido con alcance «erga omnes» de acuerdo con la normativa nacional¹⁰⁹.

Posteriormente algunas directivas comenzaron a establecer expresamente la posibilidad de aplicar sus disposiciones no sólo a través de medidas legales, reglamentarias y administrativas, sino también a través de convenios colectivos¹¹⁰. Y, más tarde, el *Acuerdo sobre la Política Social celebrado entre los Estados miembros de la Comunidad Europea a excepción del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte* –incorporado por el Tratado de Maastricht como Anejo al Tratado de la Comunidad Europea–, vino a establecer en el Derecho comunitario originario, de forma expresa y con carácter general, la posibilidad de que los Estados miembros utilizaran este instrumento como medio para ejecutar las directivas adoptadas en los ámbitos de la Política Social previstos por dicho Acuerdo¹¹¹. Posibilidad ésta que ha quedado ya definitivamente consagrada, para todos los Estados miembros, por el Tratado de Amsterdam¹¹², siendo éste el único ámbito, en donde el Tratado CE hace mención expresa de este medio para aplicar las directivas.

Aunque puede resultar tentador establecer ciertas similitudes entre el uso de convenios en el marco de la política social y en el marco de la política ambiental, conviene poner de relieve, sin embargo, que también existen

mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, y cómo estos convenios, «por muy difundidos e importantes que sean, sólo cubren determinados sectores económicos y, por su naturaleza contractual, sólo crean obligaciones en las relaciones existentes entre los trabajadores miembros de la organización sindical de que se trate y los empresarios o empresas vinculados por dichos convenios», por lo que no se podía considerar que Italia hubiera cumplido con la Directiva en cuestión.

¹⁰⁹ As. 215/1983, *Comisión c. Bélgica*, 28 marzo 1985, *Rec.* pg. 1039. BLANPAIN, R. y C. ENGELS, señalan cómo la extensión de los convenios colectivos con carácter general es posible en varios Estados miembros, como Bélgica, Francia, Alemania y Países Bajos, vid. *European Labour Law*, Kluwer, Boston, 1995, pgs. 48-49. En el caso de España vid. ALONSO OLEA y M. E. CASAS BAAMONDE: *Derecho del Trabajo*, 13ª ed., Univ. Complutense, Madrid, pgs. 787-789.

¹¹⁰ Vid., por ej., la Directiva 92/56 relativa a despidos colectivos (*DOCE* L 245/3, de 1992).

¹¹¹ Conforme al art. 2.4 del Acuerdo, «todo Estado miembro podrá confiar a los interlocutores sociales, a petición conjunta de estos últimos, la aplicación de las directivas adoptadas en virtud del apartado 2 y 3». En dicho artículo se puntualiza, en línea con la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal, que en esos supuestos «se asegurará de que, a más tardar en la fecha en que deba estar transpuesta una directiva con arreglo al art. 189, los interlocutores sociales hayan establecido, mediante acuerdo, las disposiciones necesarias», y que el Estado miembro interesado «deberá tomar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar, en todo momento, los resultados fijados por la Directiva citada». Para un análisis del Protocolo sobre la Política Social y el Acuerdo sobre la Política Social celebrado entre los Estados miembros de la Comunidad Europea a excepción del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte vid. O'KEEFE, D.: «General Course in European Community Law. The Individual and European Law», en *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. VI. Florencia, 1994, pgs. 107-115.

¹¹² Art. 137.4 Tratado CE.

aspectos que diferencian la articulación del diálogo social a través de convenios colectivos, del «diálogo ambiental» a través de los «acuerdos ambientales», y que condicionan en cierto grado la posibilidad de trasladar plenamente y sin matizaciones la jurisprudencia recaída sobre los primeros, en cuanto a su idoneidad para aplicar las directivas comunitarias, a los segundos.

En primer lugar los convenios colectivos son un instrumento de política laboral fuertemente consolidado y, al margen de las diferencias que existen entre los diversos Estados miembros, tienen un régimen jurídico generalmente bien definido en los diversos ordenamientos nacionales –configurándose no sólo como fuente de derechos y obligaciones entre las partes, sino también como fuente de Derecho en general¹¹³–. Pero lo mismo no puede afirmarse de los «convenios o acuerdos ambientales», dado que su naturaleza jurídica, forma y efectos no dejan de plantear aún en algunos Estados miembros importantes incógnitas.

En segundo lugar, mientras que los convenios colectivos son, por su origen y configuración, un instrumento especialmente diseñado para ordenar las relaciones laborales a través del diálogo de las dos partes implicadas (empresarios y trabajadores), los acuerdos ambientales existentes hasta ahora han sido celebrados fundamentalmente entre la industria y la administración, con el fin de determinar las vías para alcanzar ciertos objetivos de política ambiental. Pero en tanto que la protección del medio ambiente no deja de ser una cuestión de interés general y que, además, en algunos casos pueden estar implicados algunos derechos o intereses (colectivos o difusos) ajenos a los de las empresas que están negociando con la Administración, se da la circunstancia de que puede haber otros terceros –ciudadanos, asociaciones defensoras de consumidores, organizaciones ambientales, etc.– que pueden verse afectados por la negociación a dos bandas de estos acuerdos, planteando así problemas específicos cuando las directivas ambientales tienen por objeto último beneficiar a dichos terceros.

No obstante, al igual que ocurre con los convenios laborales, la cuestión de si los convenios ambientales reúnen o no las condiciones necesarias para alcanzar los fines de una Directiva –satisfaciendo las exigencias que ha delimitado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en cuanto al necesario respeto al principio de seguridad jurídica y transparencia– depende de la

¹¹³ A pesar de que su estatus jurídico pueda resultar algo más problemático en algunos Estados miembros como es el caso de Reino Unido, en donde no se les reconoce carácter vinculante a menos que, formalizados por escrito, se les reconozca expresamente tal carácter, vid. ADINOLFI, A.: *The Implementation of...*, op. cit., pg. 308. Sobre el carácter normativo de los convenios colectivos en general vid. BLANPAIN, R. y C. ENGELS: *European Labour Law*, op. cit., pg. 287. Para un análisis de su encuadramiento normativo como fuente del Derecho en el ordenamiento español vid. ALONSO OLEA y M. E. CASAS BAAMONDE: *Derecho del Trabajo*, op. cit., pg. 759.

Carmen Plaza Martín

naturaleza y del régimen jurídico que les haya sido atribuido en cada ordenamiento nacional¹¹⁴.

2. ANÁLISIS DE LAS PAUTAS OFRECIDAS POR LA COMISIÓN

En el caso de los acuerdos ambientales la Comisión ha tratado de despejar muchas de las sombras que rodean su utilización como medio para ejecutar las directivas a través de su *Comunicación* y de la *Recomendación relativa a los acuerdos sobre medio ambiente* pero, como veremos, sin haber conseguido disipar completamente todas las dudas que estos instrumentos plantean.

A. *La Comunicación.*

En su *Comunicación*, tras recordar que las Directivas obligan a los Estados miembros en cuanto al resultado que debe lograrse, y que su carácter vinculante supone que los Estados miembros deben garantizar su incorporación al Derecho interno de manera completa, dentro de los plazos fijados, y conforme al principio de seguridad jurídica, la Comisión va a realizar una serie de afirmaciones sobre la medida en que considera que los acuerdos ambientales pueden ser considerados como medios idóneos para la aplicación de las directivas ambientales.

En primer lugar, y de forma coherente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las meras prácticas administrativas ajustadas a las exigencias de una Directiva no son suficiente para considerar que ésta se ha ejecutado correctamente¹¹⁵, la Comisión considera que los Estados miembros no pueden limitarse únicamente al reconocimiento informal de compromisos unilaterales de la industria para ejecutar las disposiciones de una directiva¹¹⁶. Sin embargo, los acuerdos vinculantes pueden ser, en opinión de la Comisión, un medio suficiente para tal fin¹¹⁷.

En segundo lugar, afirma que, cuando las directivas pretendan crear –por vía de las medidas de ejecución nacional– derechos y obligaciones para los particulares, «por regla general no es posible aplicar las correspondiente disposiciones mediante acuerdos, ya que los Estados miembros no podrían garantizar que dichas disposiciones se aplican a todo el mundo». Esta afirmación de la *Comunicación* deja abierta la posibilidad de que, cuando puedan declararse de aplicación general los acuerdos –como hemos visto que es el caso en Dinamarca–, pueda ser aceptable la incorporación a través de estos acuerdos en la medida en que se elimine la posibilidad de que determinadas empresas no se adhieran a los acuerdos, eludiendo los com-

¹¹⁴ En igual sentido KHALASTCHI, R. y H. WARD: «New Instruments for Sustainability: The contribution of Voluntary Agreements to Community Environmental Policy», *FIELD*, manuscrito, 1999, pg. 6.

¹¹⁵ Vid., entre otros, el As. 102/1979, *Comisión c. Bélgica*, de 6 mayo 1980, Rec. pg. 1473.

¹¹⁶ Sistema éste utilizado generalmente, como hemos visto, por Alemania.

¹¹⁷ CCE: *Comunicación relativa a los acuerdos...*, op. cit., pg. 18.

promisos alcanzados en éstos. En este punto, que parece inspirado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de convenios colectivos¹¹⁸, la Comunicación parece no distinguir claramente entre la exigencia de que las Directivas sean plenamente aplicadas (sin que determinados agentes económicos, cuya actividad recae en el ámbito regulado por ésta, puedan eludir el cumplimiento de las obligaciones que se deriven indirectamente de la directiva), y la posibilidad de que la directiva tenga por objeto conferir determinados derechos a terceros que podrían no quedar suficientemente salvaguardados a través de un acuerdo. No se puede obviar que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando una directiva tenga por objeto conferir derechos a los particulares, éstos han de tener «la posibilidad de invocar *normas imperativas* para hacer valer sus derechos»¹¹⁹. Ello excluye la posibilidad de que los acuerdos en que no participan estos particulares, y cuyo cumplimiento sólo pueda ser exigido entre las partes que los concluyen, sean medidas adecuadas para ejecutar las directivas¹²⁰. De hecho,

¹¹⁸ Vid. pg. 112 supra.

¹¹⁹ Vid., entre otros, el As. C-361/1988, *Comisión c. Alemania* (anhídrido sulfuroso), 30 mayo 1991, *Rec.* pg. I-2567, párr. 16.

¹²⁰ Así parece deducirse de la Sentencia del Tribunal de Justicia en el Asunto C-340/1996, *Comisión c. Reino Unido*, de 22 abril 1999, *Rec.* pg. I-2023. En este caso la Comisión inició un recurso contra el Reino Unido por incorrecta adaptación de su Derecho nacional a la Directiva 80/778/CEE, relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano. La Directiva fue transpuesta en el Reino Unido por la *Water Industry Act* de 1991 y las *Water Supply Regulations* de 1989. Conforme al art. 18 de la Ley de Aguas de 1991, cuando una compañía de aguas no cumple las exigencias de salubridad de las aguas prescritas por dicha normativa, el Secretario de Estado del ramo está obligado, en principio, a dictar una orden que obliga a la sociedad destinataria a realizar o abstenerse de realizar el acto o la actividad que se describa en dicha orden, con el fin de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones. El art. 22 de la misma prevé la obligación de las compañías de aguas de ejecutar la orden con respecto a cualquier persona que pueda verse afectada por su inobservancia y, en el supuesto de que el incumplimiento de esta obligación provoque una pérdida o un perjuicio, el interesado puede ejercitar una acción ante los tribunales. Sin embargo, conforme al art. 19 de la *Water Industry Act* el Secretario de Estado no está obligado a dictar una orden contra una compañía cuando ésta se comprometa a adoptar cualquier medida que él considere oportuna para garantizar o facilitar el cumplimiento de las normas en cuestión. Este último sistema de acuerdos ha sido el mecanismo que, de hecho, se ha seguido sistemáticamente ante los incumplimientos de las compañías de aguas.

En este caso la Comisión argumentó que, aunque el Reino Unido había adaptado su Derecho interno a la Directiva mediante disposiciones suficientemente claras y precisas como para permitir que los particulares conocieran sus derechos, «durante todo el tiempo en que se halle en vigor un compromiso, los beneficiarios de los citados derechos no pueden interponer un recurso ante los tribunales cuando el agua que se les suministra no cumple las exigencias de calidad establecidas por la Directiva».

Aunque el Tribunal no entró a considerar esta cuestión, debido a los defectos de tramitación del procedimiento por infracción «ex» art. 169 TCE (actualmente art. 226) en los que incurrió la Comisión, antes de desestimar la imputación por dicho motivo afirmó que «[...] es verdad que, cuando una Directiva tiene como fin crear derechos a favor de los particulares, los Estados miembros deben dictar las disposiciones necesarias para garantizar una protección jurisdiccional a los beneficiarios de los citados derechos» [F. 37°].

una de las críticas que se ha hecho a este instrumento es, precisamente, que no se tiene siempre debidamente en consideración los intereses de terceros interesados los cuales, al no ser parte del acuerdo, no tienen en principio cauces para exigir su cumplimiento¹²¹.

En tercer lugar, la Comunicación señala que los acuerdos pueden ser un medio idóneo para incorporar las disposiciones de directivas que «prevén el establecimiento de programas generales o la consecución de objetivos generales, cuya consecución no precisa necesariamente de medidas reglamentarias», ya que los acuerdos «contienen compromisos de la administración pública»¹²². En este punto la Comisión ha tenido en cuenta la Sentencia del TJCE de 5 octubre 1994, el Asunto C-255/1993, *Comisión c. Francia*¹²³. En este caso, que versaba sobre la aplicación de la Directiva 85/339 relativa a los envases para alimentos líquidos¹²⁴, el Tribunal aceptó que los programas requeridos por el artículo 3 de dicha Directiva (para reducir el peso y volumen de los envases usados, y el consumo de energía y materias primas) podían, en principio, ser adoptados a través de acuerdos entre la administración y los medios profesionales e industriales. En concreto, el Tribunal puso de relieve que, en contra de lo que alegaba la Comisión, «la Directiva no obliga a los Estados miembros a contraer compromisos unilaterales», y que todos los acuerdos voluntarios comunicados a la Comisión implicaban «compromisos» por parte de todas las partes firmantes, incluidas las autoridades francesas. No obstante, y sin entrar en consideraciones respecto a la forma de los acuerdos y en la naturaleza de dichos «compromisos», el Tribunal concluyó, sin embargo, que al no cumplirse ciertos requisitos mínimos de carácter sustantivo que han de concurrir en los programas (como la inclusión de objetivos cuantitativos y el calendario de ejecución), Francia no había cumplido la obligación de establecer programas, puesto que, a la vista de esas carencias, los acuerdos no podían ser considerados como tales¹²⁵.

Por lo tanto, las disposiciones de directivas que exigen a los Estados la adop-

¹²¹ Vid., por ej., KOEMAN, N. S.: *Bilateral...*, op. cit., pg. 184. En este mismo sentido vid. la Resolución del Parlamento sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento relativa a los acuerdos sobre medio ambiente, A4-0224/1997 (*DOCE C 286/254*, de 22 septiembre 1997).

¹²² Comunicación relativa a los Acuerdos..., op. cit., pg. 19.

¹²³ As. C-255/1993, *Comisión c. Francia*, 5 octubre 1994, *Rec.* pg. I-4948.

¹²⁴ Cit. nota supra. El art. 3 de esta Directiva disponía que, para realizar los objetivos generales contemplados en el art. 1 (reducir el impacto de los envases usados y fomentar la reducción del consumo de energía y materias primas), los Estados miembros debían establecer programas para reducir el peso y el volumen de los envases para alimentos líquidos contenidos en los residuos domésticos. Por otra parte, en su art. 4 obligaba a los Estados miembros a adoptar ciertas medidas concretas (dirigidas a objetivos tales como desarrollar la educación de los consumidores, facilitar el relleno y/o el reciclado de los envases, favorecer la recogida selectiva de los envases no rellenables, etc.), medidas que podían ser adoptadas, según la Directiva, «bien por vía legal o administrativa, o bien por medio de acuerdos voluntarios».

¹²⁵ F. 25º.

ción de planes y programas pueden ser satisfechas a través de la celebración de convenios siempre y cuando dichos acuerdos tengan el contenido mínimo que el Tribunal ha exigido a los planes programas en su jurisprudencia, en particular en lo que se refiere al alcance material y temporal de los compromisos que asuma cada parte en los acuerdos¹²⁶.

En cuarto lugar, en la Comunicación se pone de relieve que el legislador comunitario puede dar a los Estados miembros la posibilidad de elegir entre acuerdos sobre medio ambiente o legislación nacional como medio de lograr los objetivos de una Directiva, opción que para la Comisión resulta particularmente adecuada cuando la Directiva incida en sectores en los que ya preexistan acuerdos en los Estados miembros¹²⁷. Sin embargo, también señala que la exigencia de seguridad jurídica suele implicar que, cuando se utilizan los acuerdos ambientales, se combinen con «la incorporación formal de una directiva al Derecho nacional», de forma que la legislación nacional incorpore la posibilidad de eximir a las partes de un acuerdo del cumplimiento de las normas pertinentes a través de disposiciones de remisión a esta vía (o, en palabras de la Comisión, de un «repliegue legislativo»)¹²⁸. No obstante, en este punto la Comisión parece obviar que existen ordenamientos jurídicos como el danés, en donde los acuerdos se conciben ya, directamente y con carácter general, como una alternativa a los reglamentos administrativos en el sector de medio ambiente; por consiguiente, en estos casos dicho razonamiento no será aplicable, y la ejecución de las disposiciones de una directiva podrían tener lugar directamente a través de lo que la Ley de Protección Ambiental danesa denomina eco-contratos, sin necesidad de adoptar previamente, en ejecución de la Directiva, una norma que remita a la vía convencional.

La Comisión ha manifestado también su intención de señalar expresamente en sus propuestas las disposiciones pertinentes que pueden ser objeto de acuerdos ambientales en los Estados miembros, con el fin de aclarar la medida que en éstos pueden utilizarse. Para la Comisión, esta referencia específica ofrece seguridad jurídica respecto a la forma y los medios de aplicación, y permite a las instituciones comunitarias examinar a fondo la conveniencia de utilizar acuerdos. Sin embargo, tal seguridad será más ficticia que real si en tales directivas no se establece de forma precisa cuáles han de ser los requisitos mínimos en cuanto a la forma y contenido de tales acuerdos. Por otro lado, de la ausencia de una disposición expresa que prevea esta opción no puede extraerse como consecuencia necesaria la imposibilidad de que los Estados utilicen los acuerdos como medio para aplicar una directiva en la medida en que sus ordenamientos jurídicos garanticen, a través de dichos

¹²⁶ Para un análisis de dicha jurisprudencia vid. PLAZA, C.: *La eficacia del Derecho ambiental...*, op. cit., pgs. 1029 y ss.

¹²⁷ Como ha sido el caso, por ej., de la Directiva 2000/53 relativa a los vehículos al final de su vida útil (DOCE L 269, de 31 octubre 2000), que impone a los Estados miembros la obligación de introducir un nuevo marco legal sobre esta materia.

¹²⁸ *Ibíd.*

Carmen Plaza Martín

instrumentos, tanto el respeto al principio de seguridad jurídica como la consecución de los objetivos que establezca una determinada Directiva.

B. *La Recomendación relativa a los acuerdos sobre medio ambiente por los que se aplican Directivas comunitarias.*

La Comisión combina la Comunicación al Consejo y al Parlamento con una Recomendación a los Estados miembros con el fin de proporcionar a éstos «un marco claro y definido para la utilización de acuerdos sobre medio ambiente» por los que se aplican las Directivas comunitarias¹²⁹. Dicha Recomendación gira alrededor de las mismas ideas centrales que la Comunicación, y fundamentalmente en torno a la premisa de que, «para garantizar que se cumplan totalmente las directivas comunitarias, los acuerdos sobre medio ambiente por los que se apliquen determinadas disposiciones de éstas deben adoptar una forma vinculante y ajustarse a los requisitos necesarios para garantizar su transparencia, credibilidad y fiabilidad»¹³⁰.

Conforme a la Recomendación, para los casos en que en una Directiva sobre medio ambiente se autorice una aplicación mediante acuerdos, los acuerdos «deberán»¹³¹, en todo caso: revestir la forma de un contrato, cuya aplicación se realizará con arreglo al Derecho civil o al Derecho público; establecer objetivos cuantificados e indicar los objetivos intermedios y sus correspondientes plazos; publicarse en el Diario Oficial nacional o recogerse en un documento oficial de igual facilidad de acceso al público; establecer un seguimiento de los resultados que se obtengan, la presentación periódica de informes a las autoridades competentes y la información adecuada al público»; y estar abiertos a todos aquellos que deseen cumplir con las condiciones de los acuerdos»¹³². Además, la Recomendación dispone que, «cuando proceda», los acuerdos «deberán» establecer disposiciones efectivas para la recogida, evaluación y comprobación de los resultados que se obtengan, obligar a las empresas participantes a poner la información sobre la aplicación del acuerdo a disposición de cualquier tercero en las mismas condiciones que se aplican a las Administraciones públicas con arreglo a la Directiva 90/313/CEE del Consejo, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente¹³³, y establecer sanciones disuasorias, como «multas, penalizaciones o retiradas de permisos en caso de incumplimiento»¹³⁴.

¹²⁹ CCE: *Comunicación relativa a los acuerdos*, op. cit., pg. 20.

¹³⁰ Considerando núm. 8.

¹³¹ Resulta sorprendente el lenguaje imperativo que utiliza la Comisión a lo largo de toda la Recomendación ya que, tal y como se ha señalado, las recomendaciones carecen de carácter vinculante, y la forma impositiva en que está redactada podría dar lugar a que se cuestionase su validez «ex» art. 230 CE (vid., por ej., el As. C-57/1995, *Francia c. Comisión*, 20 marzo 1997, *Rec.* pg. I-1627, en el que se recurrió con éxito una Comunicación de la Comisión en materia de Política Social precisamente por estar redactada en términos imperativos).

¹³² Párr. 2.2.

¹³³ DOCE L 158/56, de 23 junio 1990.

¹³⁴ Párr. 2.3.

En relación con estos dos últimos aspectos, tendentes a reforzar el control y garantía de cumplimiento de los acuerdos – favoreciendo un clima de transparencia en torno a su ejecución, por un lado, y mediante el establecimiento de medios de coacción, por otro– conviene hacer algunas precisiones.

Comenzando por la recomendación de introducir sanciones en los acuerdos para penalizar los incumplimientos, ésta puede plantear dificultades desde el punto de vista del ordenamiento de los Estados miembros. Si bien en el ámbito del Derecho privado la articulación de cláusulas penales en los contratos, que permiten a una de las partes imponer sanciones económicas a la otra en caso de incumplimiento, no es un fenómeno inusual¹³⁵, en el ámbito de los acuerdos que se rijan por el Derecho público puede resultar problemático el establecimiento en éstos de sanciones que carezcan de una cobertura legal suficiente, en tanto en cuanto conculcarían el principio de legalidad que preside el ejercicio de la potestad sancionadora de las Autoridades públicas¹³⁶. Problema éste que, por otro lado, se evitaría en aquellos supuestos en que un Estado opte por incorporar una Directiva por medio de una norma que regule tanto la posibilidad de que puedan celebrarse convenios como vía alternativa a determinadas disposiciones de carácter general, como

¹³⁵ Vid., en el caso del Derecho español, los arts. 1152 y ss. del CC. Sobre las obligaciones con cláusula penal GARVERÍ LLOBREGAT, J. pone de relieve cómo el principio de legalidad proyecta sus exigencias sólo en el plano de la actuación de los Poderes del Estado, quedando fuera de la cobertura del art. 25.1 de la CE aquellas manifestaciones sancionadoras que se suceden en el marco de las relaciones de derecho privado, vid. *El procedimiento administrativo sancionador*, Tirant lo Blanch. Valencia, 1998, pgs. 91-92.

¹³⁶ En la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros el principio de legalidad se aplica a las infracciones y sanciones administrativas, vid. en general, CCE, *The System of administrative and penal sanctions in the Member States of the European Communities, Vol. I-National Reports*, Luxemburgo, 1994. Para una reflexión sobre las exigencias de dicho principio en el ordenamiento jurídico español vid. NIETO, A.: *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, 2ª ed., 1994, pgs. 218-228 y 246-248. Este autor pone de relieve cómo, incluso en aquellos supuestos en que el art. 127.3 y la disposición adicional 8ª de la LRJAP excluyen la aplicación de los principios formulados en su Título IX sobre la potestad sancionadora de las Administraciones públicas (siendo uno de estos supuestos el de «quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual»), es «inimaginable que tales principios (entre los que figura el principio de legalidad) no se les aplique, en tanto en cuanto las disposiciones de dicho Título son, como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley 30/1992, principios extraídos del texto constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia».

Por otra parte, para aquellos casos en que la Ley de Contratos de las Administraciones públicas sea de aplicación supletoria a los convenios que den forma a los denominados «acuerdos ambientales», ésta simplemente establece en su art. 95 la posibilidad de que, ante la demora respecto al cumplimiento del plazo total o de los plazos parciales del contrato, la Administración pueda optar entre la resolución del contrato y la imposición de «penalidades» que están configuradas en función del precio del contrato. Sin embargo, los acuerdos ambientales van a carecer generalmente de ese elemento definitorio de la multa o «penalidad» que es el precio.

la tipificación del incumplimiento del acuerdo como conducta sancionable¹³⁷.

En cuanto a la recomendación relacionada con el establecimiento de disposiciones que obliguen a las empresas participantes a poner la información sobre la aplicación del acuerdo a disposición de cualquier tercero, en las mismas condiciones que se aplican a las Administraciones públicas con arreglo a la Directiva 90/313/CEE, hay que tener en cuenta que, si bien dicha Directiva exige con carácter general a los Estados miembros que garanticen el libre acceso y la difusión de la información sobre el medio ambiente que esté en poder de las autoridades públicas, el derecho de acceso a la información no es, sin embargo, absoluto, y las excepciones que esta Directiva contempla pueden plantear problemas especiales en relación, precisamente, con los acuerdos con la industria. Así, el artículo 3.2 de la citada directiva permite a los Estados miembros establecer disposiciones con el objeto de denegar dicha información por una serie de razones tasadas, entre las que se encuentra que se trate de «datos proporcionados por un tercero sin que éste esté obligado jurídicamente a facilitarlos». De tal forma que, si no se incluye en los acuerdos una cláusula estableciendo expresamente esta obligación se permitiría una inadmisibles privatización de la información ambiental relacionada con la ejecución del acuerdo, al dejarse vía libre para que tanto los agentes económicos como las autoridades públicas puedan denegar información ambiental que, de ser dichas conductas objeto de regulación a través de disposiciones legales, sería de libre acceso al público¹³⁸. Por otro lado, si bien los acuerdos dotados de carácter vinculante pueden establecer cláusulas que creen tal derecho a favor de terceros lo cierto es que, dado que los Estados miembros no están jurídicamente vinculados por la Recomendación, el acceso del público a la información sobre la aplicación de estos acuerdos sólo puede ser plenamente garantizado bien mediante la modificación, a tales efectos, de la Directiva 90/313, de forma que se incluya en el derecho de acceso a la información todos los datos relacionados con la celebración y ejecución de estos acuerdos¹³⁹, o alternativamente, mediante la normativización de dicha recomendación en las disposiciones de las Directivas sectoriales que contemplen el uso de acuerdos como instrumento de aplicación.

Por otra parte la Recomendación (en línea con la Comunicación) dispone que, cuando se utilicen como medio para aplicar directivas comunitarias, los acuerdos sobre medio ambiente y toda la información oportuna sobre los mismos «deberán» notificarse a la Comisión al mismo tiempo que otras medidas nacionales adoptadas para aplicar la Directiva, con el fin de que

¹³⁷ Vid., por ej., el art. 34 de Ley 10/1998 de residuos, que tipifica el incumplimiento de las obligaciones nacidas de dichos acuerdos o convenios.

¹³⁸ Vid. KHALASTCHI, R. y H. WARD: *New Instruments for Sustainability...*, op. cit., pg. 18.

¹³⁹ Sin embargo esta cuestión no parece haber sido tenido en cuenta en los trabajos preparatorios de la nueva propuesta de Directiva relativa al acceso del público a la información medioambiental [COM(2000) 402 final].

pueda comprobarse su eficacia como medio de ejecución en el Derecho nacional¹⁴⁰. Respecto a este punto hay que comenzar por advertir que en los casos en que los acuerdos celebrados por las Autoridades nacionales adopten la forma de contratos de Derecho privado no existirá de hecho obligación de notificación a la Comisión a menos que ésta se recoja de forma expresa en las directivas. Las directivas han incluido de forma sistemática una disposición-tipo que establece la obligación de que los Estados miembros comuniquen todas las «disposiciones legales, reglamentarias y administrativas» adoptadas en ejecución de la Directiva, pero los acuerdos celebrados mediante contratos de Derecho privado no encajarían en ninguna de estas categorías. Sería por tanto necesario, también aquí, que las directivas incluyan de forma expresa la obligación de que los Estados miembros comuniquen además los acuerdos que celebren con los particulares, para poder garantizar así que la Comisión ejerza el debido control sobre su aplicación.

Por último, hay que destacar que se recomienda a los Estados miembros que, al celebrar acuerdos sobre medio ambiente, «la autoridad competente *deberá* establecer las disposiciones oportunas para determinar los avances conseguidos en virtud del acuerdo correspondiente y para adoptar medidas adicionales a su debido tiempo, en caso de que sea necesario para cumplir las obligaciones establecidas en la Directiva de que se trate». Recomendación que tiene por objeto evitar que la entrada en negociaciones pueda resultar, si éstas fracasan o si no cubren todo el ámbito de la directiva, el incumplimiento de la obligación de transponerla al ordenamiento nacional puntualmente, conforme al plazo que ésta determine, y de forma completa y correcta.

3. INCERTIDUMBRES QUE PERVIVEN EN TORNO A LA UTILIZACIÓN DE LOS ACUERDOS AMBIENTALES COMO MEDIO PARA EJECUTAR LAS DIRECTIVAS

El clima de incertidumbre y las contradicciones que han impregnado el debate comunitario sobre el uso de los denominados «acuerdos sobre medio ambiente» han quedado patentes en las declaraciones realizadas por el Consejo y por el Parlamento, en sus Resoluciones de 7 octubre 1997¹⁴¹ y 17 julio 1997¹⁴² respectivamente, como respuesta a la Comunicación y a la Recomendación de la Comisión.

Así, el Consejo ha mostrado algunas reservas ante la posibilidad de que ciertas disposiciones de las directivas puedan ser correctamente aplicadas a través de acuerdos sobre medio ambiente. En su Resolución sobre los acuerdos en materia de medio ambiente manifestó, en primer lugar, que conside-

¹⁴⁰ Párr. 4.

¹⁴¹ Resolución del Consejo de 7 octubre 1997 sobre los acuerdos en materia de medio ambiente (DOCE C 321/6, de 22 octubre 1997).

¹⁴² Resolución del Parlamento Europeo, de 17 julio 1997, sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento relativa a los acuerdos sobre medio ambiente, A4-0224/1997 (DOCE C 286/254, de 22 septiembre 1997).

raba que la posibilidad de que los Estados miembros utilicen los acuerdos sobre medio ambiente en la aplicación de las Directivas comunitarias podía ampliarse, pero «teniendo presente, entre otras cosas, la transposición habitual de Directivas a la legislación nacional, el requisito de la certidumbre jurídica y la necesidad de garantizar que no se perjudiquen los derechos y obligaciones de los individuos»¹⁴³. Por ello alentó a la Comisión a que, cuando proceda, indique y justifique específicamente en sus propuestas de Directiva qué disposiciones podrían aplicarse mediante acuerdos sobre medio ambiente, teniendo en cuenta la obligación para los Estados miembros de garantizar los resultados requeridos por las Directivas.

Además, también puntualizó que era necesario seguir trabajando para «aclarar», en consulta con los Estados miembros, la manera que pueden utilizarse los acuerdos de medio ambiente para aplicar las Directivas comunitarias, invitando a la Comisión a realizar en este campo trabajos adicionales a tales efectos. Esta institución ponía así de relieve, de forma implícita, la insuficiencia de la Comunicación y de la Recomendación, para garantizar un clima adecuado de seguridad jurídica en relación con la utilización de los acuerdos.

Por su parte, el Parlamento Europeo manifestó que acogía «con satisfacción» la Comunicación de la Comisión, en cuanto la consideraba una importante contribución a la puesta en práctica del Quinto Programa de Medio Ambiente, y admitió que los acuerdos sobre medio ambiente «deben utilizarse como complemento de la legislación y, en su caso, como instrumento de aplicación»¹⁴⁴. Pero, por otro lado, también afirmó que —a la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre las exigencias que impone el principio de seguridad jurídica— «los acuerdos sobre medio ambiente entre la industria y las autoridades sólo resultan por principio muy escasamente apropiados para aplicar directivas a nivel nacional»¹⁴⁵.

Esta institución puso especial énfasis en que, en los casos en que se utilicen los acuerdos sobre medio ambiente, «se ha de garantizar la protección jurídica de los directamente interesados y de terceros al mismo nivel exigido en aplicación de la normativa»¹⁴⁶. Y, al tiempo que pedía a la Comisión que examinase cuáles son las posibilidades más adecuadas para ofrecer esa protección jurídica a los particulares, afirmaba que con los citados acuerdos «se pierde la protección contencioso administrativa tanto para los participantes en los mismos (empresas industriales) como para los terceros afectados (por ejemplo, residentes en zonas próximas) y queda sustituida por posibilidades de recurso en el ámbito procesal civil [...] sólo abiertas a las partes participantes (autoridades-industria)»¹⁴⁷. El Parlamento daba así por

¹⁴³ Punto 5.

¹⁴⁴ Punto 1.

¹⁴⁵ Considerando M.

¹⁴⁶ Punto 8.

¹⁴⁷ Punto 9.

supuesta sin más –sin atender a la forma en que los acuerdos se están articulando en algunos ordenamientos nacionales– la naturaleza civil y no pública de dichos acuerdos, y la imposibilidad de cualquier control contencioso administrativo respecto a los actos de celebración de dichos acuerdos, cuestiones éstas que, como ya se ha mencionado, corresponde hoy por hoy determinar a los ordenamientos nacionales.

Por otra parte el Parlamento ha expresado su preocupación «porque el creciente desplazamiento de la misión de protección del medio ambiente desde la legislación parlamentaria, legitimada democráticamente, hacia la autorresponsabilidad de la industria conduce a una menor seguridad jurídica y puede por ello desencadenar entre los ciudadanos una crisis de confianza»¹⁴⁸. E igualmente significativo es el rechazo del Parlamento hacia la posibilidad de que, como parte integrante de un acuerdo, se pueda establecer el compromiso formal por parte de una autoridad de renunciar a la adopción de reglamentaciones administrativas¹⁴⁹, puesto que para el Parlamento «las autoridades deben tener en todo momento la posibilidad de adoptar sin demora las reglamentaciones necesarias en caso de no observancia de los acuerdos de medio ambiente»¹⁵⁰.

Sin embargo, en relación con esta afirmación hay que advertir que, si bien es cierto que la validez de los compromisos sobre la potestad reglamentaria puede en algunos casos ser cuestionable, el Parlamento parece partir en este punto de una premisa errónea. Y ello porque normalmente la renuncia a adoptar medidas reglamentarias ha estado habitualmente condicionada, precisamente, al cumplimiento de lo acordado, y la posibilidad de adoptar tales medidas subsiste como medida de reacción frente a los incumplimientos. Además, los propios ordenamientos nacionales pueden concebir los acuerdos como alternativa al ejercicio de la potestad reglamentaria. Cuestión distinta sería que el Parlamento hubiera argumentado que los poderes públicos no pueden convertir, sin habilitación legal, sus potestades en objeto de negociación, o que –admitiendo que en aquellos casos en que éstos gozan de cierta discrecionalidad hay lugar para tales negociaciones– hubiera precisado que el predominio del interés público legitima siempre el uso del «*ius variandi*» de las autoridades públicas, acompañado, cuando proceda (habida cuenta del principio «*contractus lex*»), de la correspondiente indemnización. En todo caso, hay que señalar que esta institución puso de relieve con estas observaciones algunos de los problemas fundamentales que plantean los acuerdos y que, sin embargo, fueron eludidos por la Comisión tanto en su Comunicación y Recomendación.

Por último, en clara divergencia con la Comisión, el Parlamento se ha mostrado contrario, de forma tajante, a «la coexistencia de acuerdos sobre me-

¹⁴⁸ Punto 13.

¹⁴⁹ Punto 18.

¹⁵⁰ *Ibíd.*

dio ambiente y de disposiciones jurídicas para posibles “free-riders”¹⁵¹, pues con ello se multiplican los gastos administrativos y de control»¹⁵². El Parlamento no admite, por tanto, que sea conveniente establecer medidas normativas que incluyan disposiciones de remisión a la vía convencional, y con las que se prevea la posibilidad de celebrar acuerdos que eximan a las partes de un determinado régimen general al que queden vinculados todos aquellos que no quieran formar parte de un acuerdo. Posición ésta que obvia el hecho de que ésa es quizá la mejor manera de combinar el respeto por el papel del legislador y la garantía de un mínimo nivel de seguridad jurídica, por un lado, con la flexibilidad y eficacia que se atribuye a los acuerdos, por otro¹⁵³, y, consecuentemente, de clarificar la relación entre la normativa y los acuerdos¹⁵⁴.

A grandes rasgos puede, no obstante, considerarse que los trabajos de la Comisión sobre estos instrumentos han sido bien recibidos por las otras instituciones comunitarias y por una parte importante de la doctrina¹⁵⁵. Pero a la vista del panorama que presenta la utilización de estos «acuerdos sobre medio ambiente» en los Estados miembros (caracterizado, desde el punto de vista jurídico, por la diversidad de formas que adoptan, y las dificultades y problemas que su encaje jurídico aún plantean en algunos casos), y el análisis realizado por las instituciones comunitarias en cuanto a la posibilidad de utilizarlos como medio para ejecutar las Directivas (no exento de carencias, inconsistencias y dudas), es obvio que la Comunicación y la Recomendación de la Comisión distan de ser una vía suficiente para clarificar adecuadamente el marco en que dichos acuerdos pueden ser utilizados como medio idóneo de ejecución de las directivas o de algunas de sus disposiciones; sólo constituyen, como mucho, un primer paso en esa dirección.

Posteriormente, se ha dado un paso más en este sentido, puesto que algunas directivas han incluido en sus textos disposiciones precisas sobre en qué medida algunos de los objetivos ambientales que establecen pueden ser ejecutados por los Estados miembros a través de acuerdos, y los requisitos que éstos han de satisfacer. Así, por ejemplo, la Directiva 2000/53 relativa a los

¹⁵¹ Este término inglés hace referencia a aquellos agentes económicos que decidan no participar en un acuerdo, beneficiándose de este modo de la ventaja competitiva que el no sometimiento a sus exigencias le dará frente a las empresas que hayan decidido vincularse por éste.

¹⁵² Punto 18.

¹⁵³ Aunque ello iría claramente en detrimento de algunas de las ventajas que se atribuyen a los acuerdos, como por ej., la mayor rapidez y agilidad de su celebración para dar respuesta a determinados problemas ambientales, que la tramitación y adopción de normativa.

¹⁵⁴ Además, esta fórmula satisface sin duda las exigencias manifestadas por el Tribunal de Justicia en relación con la posibilidad de que los convenios colectivos pudieran ser un medio para ejecutar las directivas, tal y como se ha examinado en las pgs. 79 y ss. supra.

¹⁵⁵ Vid., por ej., TIMMERMANS: *Rapport Communautaire*, XVIII FIDE Congress, pg. 21; SCOTT, J.: *EC Environmental Law*, Longman. Harlow, 1998.

vehículos al final de su vida útil¹⁵⁶, ha detallado cuáles de sus disposiciones pueden ser incorporadas a los ordenamientos nacionales «mediante acuerdos entre las autoridades competentes y los sectores económicos interesados», con la condición de que sirvan para alcanzar los objetivos exigidos por la Directiva¹⁵⁷ y de que satisfagan una serie de requisitos relacionados con su valor jurídico, precisión de sus contenidos, transparencia y los mecanismos de seguimiento y control de su aplicación. En concreto, su artículo 10 dispone que:

- a) los acuerdos tendrán fuerza ejecutiva;
- b) los acuerdos deberán especificar objetivos con sus plazos correspondientes;
- c) los acuerdos serán publicados en el diario oficial nacional o en un documento oficial igualmente accesible al público y se transmitirán a la Comisión;
- d) los resultados obtenidos en virtud de un acuerdo serán controlados periódicamente, se informará de ellos a las autoridades competentes y a la Comisión y se pondrán a disposición del público en las condiciones recogidas en el acuerdo;
- e) las autoridades competentes adoptarán medidas para que se examinen los progresos realizados en virtud del acuerdo;
- f) en caso de incumplimiento del acuerdo, los Estados miembros aplicarán mediante medidas legales, reglamentarias o administrativas las disposiciones pertinentes de la presente Directiva.

De este modo se han incorporado en una norma comunitaria, con carácter vinculante para los Estados miembros, las pautas que han de seguirse para el caso en que éstos decidan recurrir a la vía convencional; pautas que no son otras que las que la Comisión había trazado originalmente en su Recomendación.

Pero con ello no se solventan todas las dudas que plantean la utilización de los acuerdos. Persiste, por ejemplo, cierto grado de incertidumbre en torno a la posibilidad de que los Estados miembros –en virtud de la libertad de formas y de medios que el artículo 249 Tratado CE les reconoce en la ejecución de las directivas– puedan recurrir a la vía convencional cuando las disposiciones de una directiva guarden silencio al respecto, ya que de la ausencia de una disposición expresa que prevea esta opción no puede extraerse como consecuencia la imposibilidad de que los Estados utilicen los

¹⁵⁶ Cit.

¹⁵⁷ Conforme al art. 10.3 «Siempre que se consigan los objetivos exigidos por la presente Directiva, los Estados miembros podrán incorporar a sus respectivas legislaciones nacionales las disposiciones establecidas en el ap. 1 del art. 4, el ap. 1 del art. 5, el ap. 1 del art. 7, los aps. 1 y 3 del art. 8 y el ap. 4 del art. 5, mediante acuerdos entre las autoridades competentes y los sectores económicos interesados».

Carmen Plaza Martín

acuerdos. Si bien se puede afirmar que éstos podrán hacerlo siempre y cuando su ordenamiento jurídico garantice, a través de dichos instrumentos, la consecución de los objetivos que establezca una determinada Directiva con el debido respeto al principio de seguridad jurídica.

También podría cuestionarse en determinados casos la validez –conforme al Tratado– de las disposiciones de una directiva que permiten su ejecución a través de acuerdos voluntarios entre las administraciones y ciertos sectores de la vida económica de los Estados miembros cuando las disposiciones de las directivas en cuestión tengan como objeto último, conforme a los parámetros establecidos por la jurisprudencia del Tribunal, conferir derechos para los particulares, o de la suficiencia del uso de convenios por los Estados miembros en dichos casos. Si se aplica estrictamente la jurisprudencia sobre la ejecución de las directivas emanada hasta el momento del Tribunal de Justicia, según la cual cuando las disposiciones de una directiva tengan por objeto conferir derechos a los particulares éstos han de tener «la posibilidad de invocar *normas imperativas* para hacer valer sus derechos»¹⁵⁸, los Estados miembros no podrán recurrir en estos casos a la celebración de acuerdos con un grupo determinado de particulares (los representantes de los intereses económicos que se vean directamente afectados por las disposiciones comunitarias) si ello conlleva que el cumplimiento de las obligaciones de las que han de derivarse determinados beneficios ambientales para los ciudadanos sólo pudiera ser exigido, ante los Tribunales nacionales, por las partes contratantes de dichos acuerdos. No obstante, habrá que esperar a que el Tribunal tenga la oportunidad de pronunciarse sobre estas cuestiones para ver cómo, ante la presencia de estos singulares instrumentos, evoluciona su jurisprudencia sobre las exigencias que el principio de seguridad jurídica impone a los Estados miembros a los efectos de que cumplan correctamente con su obligación de ejecutar las directivas ambientales «de facto et de iure».

Ya de cara al futuro, y al tiempo que la Comisión ha reconocido la necesidad de fijar unas reglas claras para el proceso de negociación y celebración de estos acuerdos, el Sexto Programa de Medio Ambiente va a establecer, como una de las prioridades básicas de la Comunidad, «impulsar acuerdos y compromisos voluntarios para alcanzar objetivos medioambientales claros»¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Entre otros, As. C-361/1988, *Comisión c. Alemania* (anhídrido sulfuroso), cit., párr. 16.

¹⁵⁹ CCE, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre el Sexto Programa de Acción de la Comunidad Europea en materia de Medio Ambiente: «*Medio Ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos*» –VI Programa de medio ambiente–, COM(2001)31 final, de 24 enero 2001, pgs. 17-18; pg. 81. En el momento de escribir este trabajo la Decisión por la que se ha de adoptar dicho Programa estaba aún pendiente de aprobación definitiva por el Parlamento y el Consejo.