

Finalidad y realidad en el Derecho: caracteres comunes a la regulación ambiental y a la regulación económica

Francisco de Borja López-Jurado Escribano*

La importancia de la finalidad y su estrecha conexión con las circunstancias de las realidades que son objeto de regulación y sobre las que ésta incide son otros tantos caracteres que, observados en los dos ejemplos propuestos, parecen comunes a la regulación ambiental y a la regulación económica. Pretender una rígida determinación normativa de supuestos de hecho y de consecuencias jurídicas sería, en ambos casos, difícil de compaginar con la satisfacción de los fines establecidos por las respectivas normas y, en definitiva, con los intereses generales. Esa indeterminación, sin embargo, no puede suponer la quiebra de los elementos esenciales del Estado de Derecho, lo cual requiere aguzar las tradicionales técnicas de control, adaptándolas a las peculiaridades de esos ámbitos de regulación.

Palabras clave: Regulación, Economía, Medio ambiente.

The importance of ends and their close connection with the circumstances of realities which are objects of regulation seem to be common to both economic and environmental laws. To attempt a strict normative determination of the supposition of fact and their legal consequences in both cases could be difficult to compatibilize with the fulfillment of the ends of each and of the general interest. However, such an indetermination should not lead to the dissolution of the essential elements of the role of law. Rather, it should bring about the fine-tuning of instruments of control, adapting them to these areas of regulation.

Keywords: Regulation, Economy, Environment.

I. Planteamiento

Leopoldo Alas (Clarín), en su prólogo a la versión española del libro de Rudolf von Ihering *La lucha por el Derecho*, afirma refiriéndose a Roma: “porque allí el derecho se miraba como lo que es, como una

* Francisco de Borja López-Jurado Escribano es profesor ordinario de Derecho Administrativo de la Universidad de Navarra (fljurado@unav.es).

62 condición indispensable para la felicidad que cabe alcanzar en esta vida. Si hoy el derecho parece al vulgo algo que está en el papel sellado, para el plebeyo de Roma el derecho era algo con que se hacía el pan, tan necesario como la harina¹.

La expresión parece feliz, pues refleja una realidad evidente: el Derecho sirve de soporte al desarrollo de la vida de la sociedad y de las personas, permitiéndoles alcanzar cotas de bienestar y de solidaridad impensables sin una trama jurídica que las sustente. Podríamos decir, actualizando la cita, que el Derecho es algo con lo que se construyen infraestructuras, tan necesario como el dinero, el cemento o los proyectos de los ingenieros; es algo con lo que se limpia la contaminación; es algo con lo que se da cobertura social a parados y jubilados; es algo con lo que se da de beber; es algo con lo que se recogen las basuras; es algo con lo que funcionan ferrocarriles y aviones; es algo con lo que se mueve el transporte urbano; es algo con lo que se genera electricidad; es algo, en fin, que hace posible una inacabable relación de actividades que constituyen otros tantos signos distintivos de las sociedades desarrolladas.

Desde esa perspectiva, el Derecho es un elemento indispensable, un ingrediente sin el cual no fragua la trama de una sociedad moderna, ni ninguno de sus proyectos de mejora. Con ser eso evidente, sin embargo, enseguida debe bajarse el tono. Al igual que el dinero, los proyectos y el cemento destinados a construir una obra pública necesitan del Derecho; éste, sin esos otros elementos, no levanta un sólo terrón del suelo. El Derecho no es un producto mágico, ni las disposiciones de los boletines oficiales tienen, de por sí, la virtud de obrar prodigios. El Derecho incide sobre un conjunto de condiciones, disponiéndolas de forma tal que sea posible la realización del proyecto pensado. Sin la atenta consideración de los otros elementos necesarios, los enunciados de las proposiciones normativas serían estériles, inaplicables o producirían, con su aplicación, efectos no deseados.

Las anteriores afirmaciones destacan el carácter finalista del Derecho, el aspecto dinámico de su generación y aplicación, así como la estrecha relación que hay entre el Derecho y las condiciones de la sociedad en la que se desenvuelve. La perspectiva contrasta y

1. La traducción es de Adolfo Posada (1860-1944) cuando apenas contaba 21 años; la edición consultada es la de 1921, p. LXX.

complementa la idea más común y más estática del Derecho como proposición normativa, como enunciado obligatorio de conductas. El Derecho normaliza, prescribe, facilita, dificulta o impide conductas; de esa manera ahorma la realidad sobre la que incide. Esa realidad, a su vez, incide sobre el Derecho en un flujo y reflujo de interacción ininterrumpida e inacabable.

Este trabajo tiene por objeto exponer una serie de reflexiones sobre dos aspectos del Derecho a partir de los datos que proporciona la regulación de dos cuestiones concretas. Esos dos aspectos son: 1). El carácter finalista del Derecho. 2). La interacción y la apertura a las condiciones de las personas y de las sociedades a las que se dirige, unido a lo cual se sitúa el carácter racional y no meramente voluntarista que debe acompañar a toda proposición normativa: el Derecho no es sólo algo que pone quien detenta el poder, sino que es algo que se descubre, aplicando la razón a las cuestiones sobre lo que es debido a cada uno y a la colectividad. Cuestiones esas que presuponen la búsqueda de la verdad -de ahí la importancia de la prueba en los procesos- aunque su objeto directo sea la justicia del caso concreto y no la verdad.

Los datos a partir de los cuales se realizan esas reflexiones son: 1). La potestad atribuida al Gobierno de condicionar las concentraciones de empresas, que establece la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia. 2). El deber de tener en cuenta las condiciones locales del medio ambiente para otorgar y para condicionar la autorización ambiental integrada, tal y como se desprende de la Ley 16/2002, de Prevención y Control Integrado de la Contaminación.

II. Las condiciones que aportan al progreso económico y social una contribución suficiente

La Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), parte de la base, si atendemos a su Exposición de Motivos, de que la competencia es un principio rector de toda economía de mercado, que representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad y constituye la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. En consecuencia, siguiendo dicha Exposición de Motivos, la LDC responde a un objetivo específico: garantizar la

64 existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público. De forma consecuente con todo lo anterior, la Ley exige que las operaciones de concentración de empresas -por fusión, toma de control o creación de una empresa en común, fundamentalmente-, con relevancia para los mercados nacionales - conforme a parámetros detallados en el artículo 14²-, se sometan a previo pronunciamiento del Gobierno.

Para orientar ese pronunciamiento, debe haberse producido un previo dictamen del Tribunal de Defensa de la Competencia, en el que se aprecie si un proyecto u operación de concentración puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado, basado en un análisis de sus efectos restrictivos, previsibles o constatados, atendiendo -conforme a lo previsto en el artículo 16.1 LDC- a las siguientes circunstancias: a) delimitación del mercado relevante, b) su estructura, c) las posibilidades de elección de los proveedores, distribuidores y consumidores o usuarios, d) el poder económico y financiero de las empresas, e) la evolución de la oferta y la demanda, f) la competencia exterior. A esas circunstancias se añade, por previsión legal expresa, que el Tribunal pueda considerar, asimismo, “la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, al fomento del progreso técnico o económico, a la competitividad internacional de la industria nacional o a los intereses de los consumidores o usuarios, y si esta aportación es suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia”. Se podría apostillar: casi nada...

Con esos datos sobre la mesa, el Gobierno debe decidir entre: no oponerse a la operación de concentración, subordinar la aprobación a determinadas condiciones o declararla improcedente, en los términos del artículo 17 LDC. Lo que se le está pidiendo es que valore la incidencia de una operación de concentración sobre la competencia efec-

2. Los criterios del artículo 14 de la Ley 16/1989 son dos positivos: que se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 25% del mercado nacional o de un mercado geográfico definido dentro del mismo, o que el volumen de ventas global en España del conjunto de los partícipes en la operación supere, en el último ejercicio contable, la cantidad de 40.000 millones de pesetas, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de ventas superior a 10.000 millones de pesetas. El criterio negativo es el de ausencia de dimensión comunitaria de la operación.

tiva en el mercado y que, en consecuencia, se pronuncie dando luz verde, poniendo el semáforo en rojo u optando por el amarillo. De esas tres posibilidades, nos quedamos con la regulación de la posición intermedia, del “sí, pero...”, que es a la que se refiere el citado artículo 17.1.b) LDC, en los siguientes términos:

“1. El Tribunal de Defensa de la Competencia remitirá su dictamen al Ministro de Economía para que lo eleve al Gobierno, que en el plazo máximo de un mes podrá decidir: (...)

b) Subordinar su aprobación a la observancia de condiciones que aporten al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia. Dichas condiciones podrán consistir, entre otras, en la obligación de transmitir ciertos negocios o activos o en la imposición de limitaciones (...)”³.

Los términos en los que el artículo 17 LDC permite al Gobierno pronunciarse sobre las operaciones de concentración propuestas son bastante genéricos. Lo son en lo que respecta a los criterios de análisis de la incidencia de la concentración sobre la competencia efectiva en el mercado, a lo que se refiere el artículo 16 LDC⁴, en el supuesto de que se considere que dichos criterios vinculan la decisión del Gobierno. Lo son también en los amplios términos en los que está regulada la posibilidad de condicionar operaciones de concentración, conforme al artículo 17 LDC. En este último caso, el único requisito que se establece, la llave que abre puertas tan importantes como la imposición de obligaciones de desinversión, es que las condiciones impuestas “aporten al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia”. A la dificultad sobre la evaluación de los efectos restrictivos sobre la competencia de una operación de concentración, se une la de evaluar en qué casos la contribución al progreso económico y social supera el listón de lo suficiente. Ambas dificultades se potencian porque, como resulta evidente tras la lectura de la norma, lo que se están

3. La redacción actual del artículo 17 es fruto de sucesivas modificaciones efectuadas por el RD Ley 6/2000, de 23 de junio, y por la Ley 9/2001, de 4 de junio. Las anteriores redacciones, aunque parezca sorprendente, no contenían referencia alguna al contenido de esos condicionados.

4. Se acogen aquí criterios de política industrial de manera más abierta y generosa que en la normativa comunitaria sobre concentraciones. Véase Miranda Serrano, L.M. (1994), p. 380; Ariño, G. y López de Castro, L. (2001), pp. 102 y ss.

66 midiendo son parámetros heterogéneos: se impone un peaje en churras por consentir la restricción de la competencia en el mercado de las merinas.

¿Qué es contribución suficiente? ¿En qué casos ésta compensa los efectos restrictivos sobre la competencia? ¿Qué es la propia idea de competencia? Éstas son preguntas que sólo los especialistas, a la vista de las circunstancias de las empresas cuya concentración se pretende, y de los mercados, podrán responder. Por suerte o por desgracia, los especialistas pueden, e incluso es normal que así suceda, no ponerse de acuerdo. Esto da a entender que la determinación previa que la norma contiene sobre el supuesto de hecho al que se aplica, y sobre la consecuencia jurídica que de aquel supuesto se sigue, es escasa y, de por sí, insuficiente para un control jurídico de la decisión del Gobierno.

Un ejemplo de lo que decimos es el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de febrero de 2001, por el que se subordinaba a la observancia de ciertas condiciones la operación de concentración económica consistente en la finalmente fallida⁵ fusión de *Endesa*, S.A. e *Iberdrola* S.A. Sus detalladísimas 42 condiciones -17 substantivas, 18 de procedimiento y 7 transitorias- se imponen ejerciendo la potestad otorgada en el artículo 17 LDC⁶, con fundamento en los amplios criterios a los que se refiere el artículo 16 LDC.

5. Como dio cuenta la prensa en aquellos días, las razones del fracaso de la operación fueron precisamente las condiciones establecidas por el Gobierno para aprobar la concentración. Especial desincentivo provocó la famosa condición 17^a, de legalidad más que dudosa, en la que se establecía -por acto administrativo y no por norma- una potestad indefinida en el tiempo sobre las desinversiones a realizar. Dicha condición decía textualmente: “17. En el supuesto de que, una vez ejecutadas las desinversiones que proceden para dar cumplimiento a estas condiciones substantivas, se produjese una modificación relevante de las condiciones de competencia en los mercados eléctricos no derivada de lo previsto en el presente acuerdo, el Servicio podrá proponer al Gobierno la modificación de los plazos o de los límites establecidos en las mencionadas condiciones substantivas”. La amplitud de los términos en que está redactada esa cláusula permite hablar del surgimiento de un apoderamiento permanente y casi general, establecido eso sí y por sorprendente que pueda parecer, mediante un acto administrativo.

6. En el momento en que se adoptó el Acuerdo del Consejo de Ministros al que nos referimos, el tenor literal del artículo 17 LDC obedecía a la redacción dada por el RD Ley 6/2000 y era aún más escueta que la que actualmente campea bajo la rúbrica de ese precepto.

Que sean ésas precisamente, y no otras más o menos restrictivas, las condiciones que aporten al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los efectos restrictivos de la operación de concentración sobre la competencia es una cuestión complicada, de difícil acreditación y, por tanto, de difícil motivación. Por eso, quizá, el mencionado acuerdo se limita a dar como motivación el fundamento legal que permite su adopción, sin que sea posible entender que la motivación se produjera por remisión al dictamen del Tribunal de Defensa de la Competencia, de cuyas recomendaciones sobre las condiciones a las que subordinar la concentración, el Gobierno se aparta parcialmente.

A lo anterior se puede sumar otro fenómeno no menos inquietante desde la perspectiva exclusivamente jurídica: la ausencia de tutela judicial efectiva en estos casos. Las operaciones de concentración de empresas no permiten la incertidumbre y el tiempo que supone un pleito. En sectores que requieren importantes inversiones, si las empresas consideran contrarios a Derecho alguno o algunos condicionados impuestos por la Administración, su opción es: aceptar esos condicionados aún considerándolos ilegales, o renunciar a la concentración planeada⁷. El que se arbitraran cauces para la impugnación independiente de algunos o de todos los condicionados, sin cuestionar la autorización⁸, tampoco resolvería todos los problemas que la amplia fórmula contenida en el artículo 17 LDC plantea. La falta de determinaciones legales claras provoca la necesidad de realizar interpretaciones complejas, que difícilmente se compadecen con el ritmo de la economía, con la dinámica empresarial y con las seguridades que exigen los inversores. Por eso, la tutela judicial, de producirse, sería difícilmente efectiva, en contra del derecho fundamental que proclama el artículo 24.1 de la Constitución española.

7. El caso de la OPA de *Gas Natural* sobre *Iberdrola*, dos años después de la también fallida fusión *Endesa/Iberdrola*, es ejemplo palmario de la exactitud de lo que decimos.

8. Velasco, F. (1996), p. 40 admite esa solución con alguna reserva derivada de la necesidad de preservar la unidad de la decisión administrativa. Aún así, es más que improbable que pueda otorgarse, en esos casos, una tutela judicial efectiva.

68 Recapitulando, encontramos: términos genéricos en la descripción de los supuestos de hecho que permiten la subordinación a condiciones de las operaciones de concentración; indeterminación en la consecuencia jurídica que de esos presupuestos, en forma de condicionados, cabe deducir; dificultad y ausencia práctica de motivación material que dé razón de por qué se imponen unas condiciones y no otras; dificultad, cuando no imposibilidad, para alcanzar una tutela judicial efectiva frente al establecimiento de condicionados abusivos o arbitrarios. Todos esos fenómenos suponen, si se los considera desde una perspectiva estrictamente jurídica, otras tantas pequeñas o grandes quiebras del Estado de Derecho, pues chocan con ineludibles consecuencias de éste, como son: la seguridad jurídica, la previsibilidad de las actuaciones del poder público, la legalidad de la actuación administrativa y el control de ésta por parte de los Jueces y Tribunales. Tal y como puede apreciarse, el Estado que liberalizó sectores esenciales de la economía se ha rearmado; y de qué manera: incluso haciendo tambalear con ello principios esenciales de la cláusula de Estado de Derecho.

En el otro platillo de la balanza encontramos consideraciones que, aun no siendo estrictamente jurídicas, no pueden pasarse por alto. Así, parece claro que los poderes públicos tampoco deben quedar desapoderados frente a operaciones de concentración que puedan comprometer la efectividad de la competencia en los mercados nacionales. Sin perjuicio de que pensemos que los cauces jurídicos y el instrumentario para velar por esa competencia debieran estar mucho más aquilatados, es claro que la regulación y el juicio que ella nos merezca deben tener en cuenta la realidad sobre la que se ejercen esos poderes.

III. Las condiciones locales del medio ambiente

La Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrado de la Contaminación (LPCIC), traspuso la Directiva 96/61/CE, de 24 de septiembre de 1996, conocida como Directiva IPPC. El objeto de ambas normas -expresado en sus respectivos artículos uno- es el de evitar o, cuando ello no sea posible, reducir y controlar la contaminación de la atmósfera, del agua y del suelo, mediante el establecimiento de un sistema de prevención y control integrados de la contaminación, con el fin de alcanzar una elevada pro-

tección del medio ambiente en su conjunto. Para eso, establecen la necesidad de que todas las instalaciones que queden encuadradas en las categorías señaladas en el Anejo 1 de la LPCIC (prácticamente todas las instalaciones industriales, medianas y grandes, en cualesquiera sectores) deban contar con una autorización ambiental integrada; las instalaciones nuevas, a partir de la entrada en vigor de la LPCIC; las ya existentes en ese momento, antes del 1 de octubre de 2007.

Esa autorización considera conjuntamente las afecciones ambientales de cada instalación, integrando las distintas perspectivas y los distintos medios en los que incide: producción de residuos, vertidos al agua y emisiones a la atmósfera, fundamentalmente. La autorización ambiental integrada -conforme al artículo 22 LPCIC- debe establecer, junto con la determinación de valores límite de emisión, una serie detallada de condicionados ambientales para la instalación y la actividad autorizada. La Administración competente, a la vez que da luz verde a una instalación y actividad industrial, debe imponer unas obligaciones específicas a su titular. Con ese acto administrativo, la Administración pública aplica las previsiones de la LPCIC y de la legislación ambiental sectorial, a la vista de una serie de circunstancias de hecho, haciendo surgir concretas obligaciones para el empresario. El acto aplica la norma, pero no de un modo automático, siguiendo un proceso de subsumición lógica, ni de la forma en que se despejan las ecuaciones matemáticas. La relación que une a la proposición normativa con su aplicación no es equiparable -y eso salta a la vista en el presente caso- a la relación que une al germen de la semilla con la posterior planta. La complejidad de los factores a tener en cuenta y el detalle de las condiciones a establecer no admiten automatismo alguno.

Las circunstancias del caso concreto desempeñan un papel importante en la aplicación de la LPCIC. A ellas se refieren algunos de los preceptos más importantes de esa Ley. Tal es el caso del artículo 7 sobre la fijación de valores límites de emisión y medidas técnicas equivalentes. Su apartado 1.b) -equivalente al 9.4 de la Directiva IPPC- obliga a tener en cuenta, para la determinación en la autorización ambiental integrada de esos valores límite, las características técnicas de las instalaciones, su implantación geográfica y las condiciones locales del medio ambiente. La importancia que la LPCIC otorga a los supuestos fácticos sobre los que se

70 aplica dota a la aplicación de esa norma de una gran flexibilidad, a la vez que facilita posibles aplicaciones incorrectas⁹.

La LPCIC, como la LDC, en un ámbito de regulación distinto, remite expresamente a los presupuestos fácticos que se dan en las situaciones concretas sobre las que se aplica. El análisis de esos presupuestos, a la luz de los objetivos perseguidos por la norma, es casi el único parámetro que permite medir la correcta aplicación y el peso relativo que, en la fijación de los valores límite de emisión, se dé a esas condiciones locales del medio ambiente. La norma parece consciente de que una mayor concreción puede producir efectos contrarios a los objetivos declarados, ya sea por una excesiva permisividad o por una excesiva limitación. Para evitarlo se abre a la realidad que regula, otorgando tanto a los fines como los datos fácticos que determinan esas condiciones locales una inusitada fuerza normativa. Encontramos aquí un eco inopinado de lo que hace más de un siglo se dio en llamar la “fuerza normativa de lo fáctico”¹⁰.

Resumendo, en el caso del otorgamiento de autorización ambiental integrada, nos encontramos con: una remisión explícita a las condiciones locales del medio ambiente como determinante del contenido de los valores límites de emisión a establecer por la autorización; una indeterminación en la consecuencia jurídica que, en forma de condicionados, cabe deducir, entre otros factores, de esas condiciones locales; dificultad para la motivación material que dé razón de por qué se imponen unas condiciones y no otras; correlativa dificultad, aunque no imposibilidad, de alcanzar una tutela judicial efectiva frente al establecimiento de condicionados abusivos o arbitrarios.

Los datos anteriores tienen alguna semejanza con los que destacábamos respecto de la potestad que la LDC atribuye al Gobierno de someter a condicionados determinadas operaciones de concentración empresarial. Esas semejanzas pudieran ser suficientes para deducir algunos de los caracteres comunes a la regulación ambiental y a la regulación económica, en los términos adelantados al hacer el planteamiento de este trabajo.

9. Así, en relación con el 9.4 de la Directiva IPPC, véase Di Fabio, U. y Haigh, N. (1998), p. 64.10. Jellinek, G. [1905(1963)], pp. 12 y 19.

10. Jellinek, G. [1905(1963)], pp. 12 y 19.

IV. Algunos caracteres comunes a la regulación ambiental y económica: finalidad y realidad en el Derecho

En los dos casos expuestos destaca la primacía de la finalidad establecida por la respectiva norma sobre la concreción de la proposición normativa, tanto en la determinación de su supuesto de hecho, como en la determinación de la consecuencia jurídica. Esa preponderancia determina la apertura de la norma a las condiciones de lo que se regula, sus términos genéricos y, en el caso de la autorización ambiental integrada, la atribución de una cierta fuerza normativa a las condiciones locales del medio ambiente. El “deber ser” de la norma pierde la rigidez de una proposición cerrada, para nutrirse del “ser” de la realidad objeto de regulación -ya sea éste un mercado o un emplazamiento sobre el que quiere implantarse una instalación industrial-, en aras de la satisfacción de la finalidad perseguida por la norma.

En esto, tanto la LDC como la LPCIC vienen a confirmar la razón de quienes afirmaron que los fines no son algo ajeno a lo jurídico, sino que forman parte del Derecho. En ese sentido, siguen siendo actuales unas palabras pronunciadas por Heinrich Triepel, con motivo de su toma de posesión como Rector de la Universidad de Berlín en 1926: “El que el sentido del Derecho es un deber ser y no un ser, es algo que razonablemente no puede ser discutido. Sin embargo, nuestra ciencia ha de ocuparse no solamente del contenido trascendental del Derecho sino, empíricamente, de ordenamientos jurídicos existentes, que se componen de reglas para una ordenada convivencia de los hombres, que nacen y desaparecen y que se configuran de forma diversa según el lugar y el tiempo. Por ello, a pesar de todo, cada ordenamiento jurídico es en sí mismo algo ‘dado’, esto es, un ‘ser’, y esta existencia no puede ser en absoluto comprendida sin referencia a las relaciones sociales que el Derecho regula. Más aún, las reglas del deber ser jurídico son siempre expresión de valoraciones universales y se refieren según su sentido a objetos que han sido pensados como medio de realización de determinadas finalidades. Por consiguiente, uno no puede llegar de ningún modo a un conocimiento de las normas jurídicas sin formarse una idea de las relaciones finalistas de las que trate lo jurídico, de los intereses cuyo reconocimiento, desaprobación o coordinación constituye la primera

72 tarea o -si se quiere- la condición previa del ordenamiento jurídico”¹¹.

La importancia de la finalidad en el Derecho público, estando fuera de toda duda, como puede deducirse de la generalización de la institución de la desviación de poder y del reconocimiento del principio de proporcionalidad, destaca aún más en casos como los considerados, en los que la prioridad del fin determina la vaguedad de las determinaciones normativas. En estos casos, la función a desempeñar por la finalidad, en cuanto guía de la aplicación conforme a Derecho de las potestades que otorga la norma, se refuerza.

La primacía de la finalidad presenta riesgos innegables a los que nos referiremos enseguida, sobre todo cuanto más se desconecte la norma de la realidad de las cosas. En los dos casos expuestos, el Legislador obliga a los destinatarios de la norma -ya sean las empresas que pretenden la concentración, el empresario que quiere instalar una industria, el Gobierno o el órgano administrativo competente que están llamados a pronunciarse sobre la autorización de esas actuaciones- a observar la situación de los mercados o del emplazamiento, para deducir de esa situación el resultado de la intervención de los poderes públicos. Lo jurídico y lo extrajurídico, el ser y el deber ser, se entrelazan. Entre una y otra cosa no se da un deslinde claro, tajante y excluyente; más bien se observa una interacción entre Derecho y realidad, cuyo sentido último es hacer posible las finalidades que persiguen las respectivas normas.

En ambos casos, parece como si estuviéramos ante desfallecimientos de la proposición normativa, superada por la enorme variedad y complejidad de factores a tener en cuenta en su aplicación, y por el no menos importante dato del carácter cambiante con el tiempo de esos datos. Tanto la LDC como la LPCIC y la Directiva IPPC de la que trae causa pretenden asegurar -en los casos expuestos- que quien esté llamado a aplicarla tiene en cuenta y es consciente de esa aper-

11. Triepel, H. [1927(1986)], pp. 52 y 53. La afirmación polemiza con Kelsen, cuyo purismo lógico, que excluye al Derecho del contacto con otras ciencias, hace de él una esotérica teoría sólo comprensible para los iniciados, y que debe conducir necesariamente a una esterilización de la teoría del Estado y del Derecho. Estas lindezas en Triepel H. [1927(1986)], pp. 49 y 51.

tura de lo jurídico. El modo en que esto se haga podría confundirse con la atribución de unos poderes ilimitados a las autoridades llamadas a conocer esas operaciones, habida cuenta de la indeterminación de los presupuestos y de las consecuencias jurídicas. En el apartado siguiente trataremos de esta cuestión; ahora debemos resaltar que, a nuestro juicio, esa indeterminación es, en buena medida, necesaria si, atendida la realidad de las cosas en esos dos ámbitos, se quiere llegar a soluciones razonables en la satisfacción de los fines señalados por las respectivas leyes.

Con carácter general, el deber ser en que consiste el Derecho debe tener en cuenta el ser que regula. Siendo así que el objeto fundamental del Derecho son las relaciones entre personas humanas; si no se tuviera en cuenta lo que éstas son, las consecuencias serían la imposición de conductas nocivas y hostiles a los propios seres humanos. La historia del siglo XX ofrece demasiados ejemplos como para insistir en ello. Los casos relatados ponen de manifiesto cómo el Legislador, en determinadas circunstancias, ha de acudir a la realidad de las cosas, no ya para determinar correctamente el contenido de las proposiciones normativas que establece, sino, incluso, para servirse de esos datos dotándolos de una cierta fuerza reguladora.

V. La reducción genérica de las incertidumbres

La primacía del fin en los casos expuestos supone una cierta apertura de lo jurídico a la realidad. Esa apertura tiene ventajas e inconvenientes. En ocasiones, como éstas, la proposición normativa no puede sino descansar en elementos no jurídicos aportados por la Economía o por las ciencias ambientales. Esa operación, sin embargo, no está exenta de riesgos desde la perspectiva del Estado de Derecho, pensado para relaciones más sencillas y para ámbitos de regulación más simples.

Tres principios resaltan con claridad como límites genéricos a la aplicación de potestades otorgadas de forma tan abierta como en los dos casos considerados. Esos principios constituyen límites negativos y son: 1). La interdicción de la arbitrariedad, proclamada por el artículo 9.3 CE, ligada al servicio objetivo a los intereses generales que establece el artículo 103.1. 2). El principio de proporcionalidad, que derivado de la cláusula de Estado de Derecho del artículo 1.1 CE,

74 cobra fuerza de norma jurídica¹². 3). La seguridad jurídica es un principio que la CE garantiza en su artículo 9.3 CE; una de sus manifestaciones es la previsibilidad de las consecuencias jurídicas que el ordenamiento liga a la realización de una conducta. Esos límites negativos no pueden ser traspasados sin incurrir en ilegalidad. Si las Administraciones públicas vulneraran esos límites, sus resoluciones deberían ser consideradas materialmente inválidas.

Los principios referidos, en cuanto límites, son como ya hemos dicho, negativos, externos a la decisión misma y extremos, en el sentido de que sólo en casos de manifiesta contradicción pudieran determinar la ilegalidad del acto. En ese sentido, estamos ante contrapesos limitados a la *libertad* de conformación que se otorga, en los casos estudiados, al Gobierno o al órgano ambiental competente para expedir la autorización ambiental integrada. Es posible, sin embargo, deducir límites más precisos y contrapesos más efectivos a esa *libertad* de conformación, lo que hace necesario servirnos del análisis de la estructura de la proposición normativa.

VI. El análisis de la estructura de la proposición normativa

La estructura tradicional de la proposición normativa, a la que estamos acostumbrados, en la que fuimos formados y que, básicamente, seguimos enseñando obedecería al siguiente esquema: si se da un supuesto de hecho S, en el que concurren los requisitos R1, R2 y R3, entonces la Administración competente debe aplicar la consecuencia jurídica C. Estaríamos ante normas que contienen una programación condicional, en el sentido expresado, que cabría calificar en la terminología cada vez más generalizada¹³, como reglas. La aplica-

12. Véase al respecto, López González, J.I. (1988), p. 61. Sobre los tres submandatos que integran dicho principio véase Barnés, J. (1998), pp. 9, 15-49; recientemente, Bernal Pulido, C. (2003), pp. 686-798. Debemos volver sobre el tercer mandato incluido, junto con los de idoneidad y el de necesidad, en el principio de proporcionalidad; se trata del mandato de proporcionalidad en sentido estricto, o de ponderación.

13. Alexy, R. (1993), pp. 83 y 86-88 formula la distinción entre reglas y principios como especies del género norma. Su acogida en la doctrina española, con reservas en algunos casos, es cada vez más importante. Véase Rodríguez de Santiago, J.M. (2000), pp. 39-48 y Bernal Pulido, C. (2003), pp. 572-576. En el contenido de ambos trabajos se demuestra una profunda influencia de Alexy.

ción de las reglas se lleva a cabo por subsunción, de forma que la regla puede o no ser cumplida, pero no habría desplazamiento parcial de la regla por conflicto con otra. En caso de conflicto de dos reglas, una de ellas prevalece de forma absoluta, determinando el desplazamiento de la otra¹⁴.

Las normas cuya estructura es de programación condicional -las reglas, en la terminología empleada- pueden formularse incluyendo en su supuesto de hecho conceptos jurídicos indeterminados, o dotando a la Administración de márgenes de discrecionalidad en la determinación de la consecuencia jurídica. En esos casos, la reducción de las incertidumbres en la aplicación de la norma pasa por el recurso a las doctrinas y a los métodos de control de la discrecionalidad y de los conceptos jurídicos indeterminados. Como se ha afirmado: “la programación que proporciona el ordenamiento jurídico cuando la actuación administrativa se halla programada por conceptos jurídicos indeterminados y/o por normas que habilitan discrecionalidad (en la adopción y/o determinación del contenido de su consecuencia jurídica) es, salvo en la *zona de certeza positiva* y en la de *certeza negativa* de los primeros, estrictamente *negativa*. Por consiguiente, tanto el control jurídico de la aplicación de conceptos normativos indeterminados en su *zona de incertidumbre* como el del ejercicio de la discrecionalidad responden, en principio, al mismo modelo de un control negativo. Sólo excepcionalmente, cuando la discrecionalidad se ‘reduce a cero’ en un caso concreto, el control es *positivo*”¹⁵.

La posibilidad de control jurídico, es decir, de pronunciamiento de la concreta decisión administrativa con relación a su conformidad o

14. Sobre estas ideas véanse los trabajos citados en la nota anterior. El artículo 8 del Código penal da criterios para resolver la concurrencia de leyes, que es, desde la perspectiva adoptada, un conflicto de reglas. En el ámbito del Derecho Administrativo se encuentran también previsiones de ese estilo, como por ejemplo, en el artículo 34 de la propia LPCIC o en el artículo 5 del RD 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se regula el Procedimiento General para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora. Con carácter general, los principios que estructuran el sistema normativo sirven fundamentalmente para resolver conflictos entre reglas.

15. Bacigalupo, M. (1997), p. 211. Sobre los conceptos jurídicos indeterminados véase Sáinz Moreno, F. (1976), pp. 164-187, 272-302. La formulación original es de G. Jellinek y se puede consultar en Bacigalupo, M. (1997), pp. 192, 194, 203. Con perspectivas parcialmente divergentes sobre el control de discrecionalidad véanse Desdentado, E. (1999) y Ciriano, C.D. (2000).

76 disconformidad a Derecho, es posible en las zonas tanto de certeza positiva como en las de certeza negativa. En la zona de indeterminación, el control jurídico posible es el negativo. Sirven para llevar a cabo ese tipo de control: el sometimiento a los fines para los que se otorga la potestad y el respeto al resto del ordenamiento jurídico, en el que gozan de especial relevancia, para el control del margen de indeterminación, tanto el derecho a la tutela judicial efectiva como la aplicación de los principios generales del Derecho.

Ahora bien, junto a normas que contienen una programación condicional, encontramos otras cuya estructura obedece, más bien, a lo que pudiera denominarse una programación finalista. No contienen reglas sino mandatos de optimización, incluyen proposiciones de *deber ser* que obligan a realizar conductas en la medida de lo jurídica y fácticamente posible. Estaríamos ante normas cuya especie, en la terminología antes seguida, no sería la de reglas, sino la de principios¹⁶. Entre los principios, entendidos como mandatos de optimización, no existen relaciones absolutas de precedencia, como en el caso de las reglas; a diferencia de éstas, su aplicación se produce por ponderación y no por subsunción¹⁷.

Volviendo a los casos de la autorización ambiental integrada y de la autorización de concentraciones, la estructura de ambas normas (artículo 17 LDC, artículo 22 y, por remisión 7, LPCIC) incluye algo de programa condicional -de regla- y mucho de programa finalista -de principio-. La LPCIC deja abierta tanto la integración del supuesto de hecho, es decir los requisitos que debe reunir la instalación sobre la que se desarrolle la actividad, como la consecuencia jurídica que la Administración debe aplicar, esto es, el contenido de cada una de las determinaciones del artículo 22 LPCIC. Es más, el tenor de la norma imbrica requisitos y consecuencias jurídicas de forma difícilmente separable. Todo ello al servicio del cumplimiento de los objetivos de la Ley señalados en su artículo 1 LPCIC. En la LDC se da una semejante apertura de los requisitos para el ejercicio de la potestad y de la consecuencia jurídica. Se advierte una imbr-

16. Véanse al respecto las citas contenidas en la nota 14.

17. Conforme al criterio de la precedencia condicionada, cuya formulación podemos tomar de Alexy, R. (1993), p. 161: “cuanto mayor es el grado de no satisfacción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

cación entre unas y otras parecida a la que se observa en el ejemplo tomado de la LPCIC y prima, aquí incluso de forma más clara, la necesidad de ponderación, que corresponde a una programación finalista absolutamente preponderante en esta norma.

VII. El control jurídico de la corrección de las decisiones

A la vista de la descripción a grandes rasgos de la estructura de las normas consideradas se pueden hacer algunas observaciones. La programación condicional contenida en esas normas deberá ser respetada. Su control jurídico será posible aplicando las reglas de control de la discrecionalidad y de los conceptos jurídicos indeterminados. Así, respecto de la autorización ambiental integrada, las prescripciones contenidas en normativa ambiental sectorial que garantizan la minimización de la contaminación o las que garanticen la protección del suelo y de las aguas subterráneas.

El control de la legalidad de la programación finalista contenida en esas normas será posible desde la perspectiva de la ponderación¹⁸. El control así ejercido sería, lógicamente, de legalidad y no de oportunidad; es decir, sería control negativo, los Jueces y los Tribunales no podrían, a través del método de la ponderación, sustituir las decisiones de la Administración adoptadas en aplicación de normas que incluyan programas finalistas¹⁹. Ese control podría desplegarse sobre la correcta observancia por parte de la Administración de las distintas fases que integran la ponderación como método: “1º La identificación de todos los principios (bienes, valores, intereses) en conflicto; 2º La atribución de peso o importancia a cada uno, a la vista de las circunstancias del caso; 3º La decisión de prevalencia conforme al

18. Sobre los distintos ámbitos de aplicación del principio de ponderación, su consideración como método y como resultado así como los riesgos de la ponderación véase Rodríguez de Santiago, J.M. (2000).

19. Lo destaca Rodríguez de Santiago, J.M. (2000), pp. 104-105. Cabría deducir esa consideración, además de otras que ahí se realizan, de una interpretación coherente con el sentido del artículo 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el sentido de que los órganos jurisdiccionales no podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados.

78 criterio de que “cuanto mayor sea el grado de perjuicio a uno de los principios, mayor ha de ser la importancia del cumplimiento de su contrario”²⁰.

En el caso de la LPCIC, la propia Ley obliga a ponderar. Así, la autorización otorgada, estableciendo los valores límite de emisión sin tener en cuenta cada una de las circunstancias señaladas en el artículo 7.1 LPCIC, podría considerarse como infracción del ordenamiento jurídico²¹. Aquí estaríamos ante la aplicación de una regla, consistente en la obligación de ponderar. Al ser las circunstancias reseñadas en el artículo 7.1 LPCIC variables en función del caso concreto, el método de ponderación debe aplicarse en sus tres fases y su incorrecta aplicación sería susceptible de control de legalidad. Por otro lado, los condicionados del artículo 17 LDC obedecen casi en exclusiva a una programación finalista que sólo por ponderación puede ser objeto de control jurídico negativo, en los términos vistos.

Se ha afirmado que: “la ponderación de todos los intereses en juego deriva de la misma esencia de la planificación propia de un Estado de Derecho y sirve de contrapeso (y brecha que hace accesible el control) a la libertad conformadora, que también se encuentra en la esencia de la competencia administrativa misma de planificación”²². Otro tanto cabría aplicar a los dos supuestos aquí expuestos, en la medida en que las normas que los regulan contienen programaciones finalistas, a las que difícilmente pueden renunciar y que no encuentran otro tipo de control de su corrección jurídica.

Debemos destacar, sin embargo, que en los casos expuestos la regulación descansa sobre conceptos de experiencia o de valor, a los que asocia consecuencias jurídicas también indeterminadas, en la medida en que admiten condicionados plurales. A la zona de certeza negativa, que es muy amplia y se proyecta tanto sobre los presupuestos de hecho como sobre la consecuencia jurídica, se une una programación en buena parte finalista, cuyo cumplimiento depende de datos fácticos antes que jurídicos. La magnitud de la determina-

20. Se recogen y explican en Rodríguez de Santiago, J.M. (2000), pp. 121-138.

21. La existencia de grados de invalidez y la posibilidad de considerar determinados defectos del acto como irregularidades no invalidantes añade una perspectiva interesante a considerar.

22. Véase Rodríguez de Santiago, J.M. (2000), p. 92.

ción, en los términos relatados de los artículos 16 y 17 LDC y 7 y 22 LPCIC, es grande pues, más que descansar en unos conceptos susceptibles de interpretación, el Legislador se basa en unos conocimientos aportados por estudios previos económicos o ambientales, ligando a éstos consecuencias jurídicas plurales. Si con carácter general es correcta la afirmación de que los hechos no admiten interpretación, sino prueba; aquí, los hechos, convenientemente probados, desbordan su limitado papel de presupuestos para integrar la misma proposición normativa.

Para el control jurídico de la corrección de esas decisiones, en los ejemplos puestos, se debe combinar, junto con la aplicación de los criterios tradicionales de fiscalización de la discrecionalidad, el análisis de la ponderación llevada a cabo por la Administración. A estos efectos, los estudios y las evidencias fácticas relativos a la relación entre la finalidad de las normas consideradas y las realidades -los mercados en los que operan las empresas que pretenden su concentración y las condiciones ambientales del emplazamiento de la planta industrial- son de toda importancia. Esas evidencias son el sustrato de los valores, bienes o intereses que se deben tener en cuenta en el proceso de ponderación y se alinean detrás de cada uno de esos valores, bienes o intereses, integrantes de los principios²³. Esta alineación se realiza como en un doble plano: el de las evidencias fácticas, cuya trascendencia para la mejor solución es percibida por la ciencia o la técnica, y el plano superior jurídico de los valores, bienes o intereses a ponderar. Las relaciones entre uno y otro plano pueden ser muy distintas según los casos concretos, determinando otras tantas dificultades para valorar la corrección jurídica, de legalidad, de la ponderación realizada por quien ostenta la competencia para hacerlo, que es el Gobierno, si de las concentraciones de empresas se trata, y el órgano competente de la Comunidad Autónoma, en el caso de la autorización ambiental integrada.

A lo anterior puede añadirse que el derecho a la tutela judicial efectiva en supuestos como los que analizamos de escasa, por abierta, programación normativa que oriente y predetermine la actuación de la Administración, genera un efecto regulador de la carga de la argumentación jurídica, de forma que cuanto menor sea la densidad nor-

23. En el sentido de Alexy, R. (1993), pp. 83, 86-88.

80 mativa con la que el Legislador ha programado la actividad de la Administración, mayor será la carga de la argumentación jurídica exigible²⁴.

La importancia de la finalidad y la estrecha conexión con las circunstancias de las realidades que son objeto de regulación y sobre las que ésta incide son otros tantos caracteres que, observados en los dos ejemplos propuestos, parecen comunes a la regulación ambiental y a la regulación económica. Pretender una rígida determinación normativa de supuestos de hecho y de consecuencias jurídicas sería, en ambos casos, difícil de compaginar con la satisfacción de los fines establecidos por las respectivas normas y, en definitiva, con los intereses generales. Esa indeterminación, sin embargo, no puede suponer una quiebra de los elementos esenciales del Estado de Derecho; lo cual requiere aguzar las tradicionales técnicas de control, adaptándolas a las peculiaridades de esos ámbitos de regulación.

Bibliografía

Alexy, Robert (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Ariño, Gaspar y López de Castro, Lucía (2001), *Derecho de la competencia en sectores regulados*, Comares, Granada.

Bacigalupo, Mariano (1997), *La discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Madrid.

Barnés, Javier (1998), "El principio de proporcionalidad", *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, pp. 9-45.

Bernal Pulido, Carlos (2003), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Ciriano, César David (2000), *Administración económica y discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid.

Desdentado, Eva (1999), *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Pamplona.

24. Bacigalupo, M. (1997), pp. 248-249 formula con carácter general dicho efecto.

Di Fabio, Udo y Haigh, Nigel (1998), *Integratives Umweltrecht*, Berlín.

Ihering, Rudolf von [1881(1921)], *La lucha por el Derecho*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid.

Jellinek, Georg [1905(1963)], *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt.

López González, José Ignacio (1988), *El principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo*, Instituto García Óviedo, Sevilla.

Miranda Serrano, Luis María (1994), *Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español*, La Ley, Madrid.

Rodríguez de Santiago, José María (2000), *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid.

Sáinz Moreno, Fernando (1976), *Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid.

Triepel, Heinrich [1927(1986)], *Derecho público y política*, Civitas, Madrid.

Velasco, Francisco (1996), *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Tecnos, Madrid.