

Javier Junceda Moreno
.....

ARBITRAJE AMBIENTAL: Avances y desafíos

Director del Área de Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Internacional de Cataluña (Barcelona, España), en donde ejerce la docencia. Es Doctor en Derecho y Académico de la Asturiana de Jurisprudencia. Ha sido designado recientemente Profesor Honorario de la Universidad Privada Antenor Orrego (Trujillo, Perú) a instancias de su Facultad de Derecho. Es abogado y titular del Estudio Junceda & Medina Abogados, con sedes en Barcelona y Oviedo (España). Como autor, su producción en ámbitos jurídicos, y especialmente ambientales, se eleva hasta el momento a quince libros como único firmante o en obras colectivas y a varias decenas de artículos, publicados en las principales editoriales y revistas españolas. Desde enero de 2009, desempeña el cargo de Cónsul Ad Honorem de la República del Perú en el Reino de España.

I.

El uso de las herramientas legales disponibles en España por quienes denuncian la lesión ambiental por esta o aquella actividad industrial, suele arrojar un saldo que no cuesta calificar como decepcionante. Salvo notables excepciones, quienes animosamente se acercan a los mecanismos jurisdiccionales ordinarios en aras de la defensa ambiental, muy pronto descubren el desencanto enmascarado en la pétreo resistencia del acto administrativo, origen habitual del problema. Dejando a un lado situaciones punto menos que disparatadas y toscas, la reacción jurídica ante las restantes pretensiones ciudadanas en donde se examina el cumplimiento de la legalidad ambiental española, no permite hoy lanzar las campanas al vuelo: Como las vulneraciones deben ser plurales y notorias, lo que no alcance dicha categoría pasará a nutrir el generoso cajón de sastre de las “irregularidades no invalidantes”, por lo que nada cambiará.

Para atenuar esta cuestión, las fórmulas arbitrales han de cobrar cada vez mayor y verdadero sentido en materia ambiental. Siguen siendo un sinnón los asuntos vinculados a este mundo que precisan no tanto de soluciones estrictamente jurídicas como de conjunción

de intereses, de convergencia de factores económicos y ecológicos, idea que plasman además, cuantas proclamaciones internacionales existen.

En derecho comparado, Estados Unidos cuenta desde hace años con un imaginativo sistema de resolución alternativa de conflictos, en sede administrativa ambiental (*Administrative Dispute Resolution Act*, ADR, de 1996), técnica que prevé expresamente medidas alternativas a las jurisdiccionales para la resolución de conflictos, entre ellas el arbitraje administrativo ambiental, usualmente utilizado por su Agencia de Protección en materia de conservación y recuperación de recursos, de protección atmosférica o de contaminación de aguas operando a partir de la suscripción por las partes afectadas (grupos o colectivos ambientales y operadores económicos), de un contrato de compromiso con sometimiento expreso a la fórmula arbitral.

En el ordenamiento interno español, en cambio, la cuestión que aquí abordamos precisa aún del necesario desarrollo, tanto normativo como jurisprudencial y dogmático. Sin perjuicio de las alusiones genéricas a la actividad arbitral de las Administraciones en la legislación general y sectorial, en la particular

cuestión del arbitraje ambiental; contamos apenas con la Ley de Protección general del Medio Ambiente del País Vasco 3/1998, de 27 de febrero, en cuyo articulado dispone que los procedimientos derivados de su aplicación podrán concluir mediante acuerdo entre el solicitante y la Administración competente y terceros afectados.

Así pues, ejemplos como el vasco bien podría extenderse en España, posibilitando respuestas tempranas a asuntos cada vez más presentes en nuestras sociedades. No pueden nuestras gentes ni nuestras Administraciones seguir confiando demasiado en las instituciones jurisdiccionales actuales, y sobre todo en graves dilemas como los ambientales, tan necesitados de soluciones técnicas precisas aunque consensuadas.

II.

El vigente artículo 107, 2 de la Ley española 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPC, en adelante)¹, permite el sometimiento a arbitraje de los sujetos públicos territoriales en términos tan *sui generis* como limitados: Cuando una Ley específica y sectorial así lo justifique, y siempre que dicho eventual arbitraje se sustancie “ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas”, y en cualquier caso, con respeto a los principios, garantías y plazos que esta Ley de procedimiento general reconoce a los ciudadanos y a los interesados

en todo expediente administrativo. En consecuencia, conforme a este precepto, el marco del arbitraje de derecho público quedará limitado a su función sustitutiva de los métodos de impugnación conocidos, del recurso de alzada y de la reposición potestativa y a poco más, siempre que una ley así lo prevea. Se contempla al arbitraje, pues, como un sistema alternativo a la solución de conflictos ya constituidos formalmente, no de evitación *ab initio* de los mismos desde su mismo origen.

Por consiguiente, y salvo el caso de las sociedades mercantiles de capital público, a las que sí les son dables las fórmulas arbitrales en la solución de sus conflictos con terceros², e incluso sin necesidad alguna de autorización específica de la Administración matriz o previsión legal³, en las restantes personificaciones sometidas al tráfico jurídico público, y de forma muy significativa en las Administraciones territoriales, el arbitraje aún tiene por delante un amplio camino que recorrer, no obstante su concurso en determinados ámbitos.

Así, la técnica arbitral se sigue en España –al margen del propio ámbito privado, que constituye su auténtico nicho–, en las Administraciones que cuidan del consumo⁴, en materia de transporte⁵, o de contratación pública⁶, pero escasamente en el asunto ambiental, como ya hemos tenido la oportunidad de indicar⁷.

En estos casos, no obstante, no estamos propiamente ante una fórmula arbitral *stricto sensu* en el sentido apuntado por la Ley espa-

Se contempla al arbitraje, pues, como un sistema alternativo a la solución de conflictos ya constituidos formalmente, no de evitación ab initio de los mismos desde su mismo origen.

• • • • •
¹ Modificada a medio de Ley 4/1999, de 13 de enero.

² Disposición Adicional Duodécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en la redacción dada por Ley 33/2003, de 3 de noviembre).

³ Así, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 6 de marzo de 1987 –Repertorio Aranzadi Núm. 1419–, por todas.

⁴ A través de las llamadas Juntas Arbitrales de consumo, muy útiles para el ciudadano al resolver asuntos de escaso porte económico no susceptibles de ser llevados por esa razón a la jurisdicción. Este sistema se regula en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, (B.O.E. núm. 48, de 25-02-2008, págs. 11.072-11.086).

⁵ Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre, y Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres.

⁶ V.gr. Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, y Decreto Foral 187/2002, de 19 de agosto.

⁷ Véase, JUNCEDA, Javier, “Arbitraje y Derecho del Medio Ambiente”, *El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, Primera Parte, Volumen 3 de la Biblioteca de Arbitraje, Editorial Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre, Lima (Perú), 2007, págs. 183 a 198.

ñola 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, sino ante actos administrativos (sometidos por tanto al Derecho Administrativo), que se producen a través del uso instrumental de mecanismos arbitrales por parte de la Administración, pero que, una vez producidos, son enteramente susceptibles de ser llevados ante la jurisdicción contenciosa, a pesar de que en dicha sede se pueda oponer –de forma especulativa al menos– que la solución arbitral en lo tocante al fondo del asunto es materia ajena al juez contencioso, sobre la base del artículo 41 de la propia Ley arbitral española, que limita dicho enjuiciamiento a supuestos tasados.

En suma, a la limitada visión del arbitraje español como un mero sustitutivo de los métodos habituales impugnatorios –óptica que se recuerda, es la prevista en la normativa de aplicación general en el Estado (la LPC)– se une la llamada actividad arbitral administrativa que, pese a su atractivo apelativo, sinónimo en buena medida de una benéfica Administración que huye de sus habituales armas rígidas y verticales, y se limita a terciar en las tiendas ciudadanas, en realidad esconde algo más prosaico: La mera terminación de un procedimiento previsto en el artículo 88 LPC.

III.

En efecto, el citado artículo 88 LPC introduce en 1992 en España la posibilidad de que una Administración Pública pueda celebrar pactos o acuerdos con los ciudadanos para concluir procedimientos administrativos, e incluso prevé más: que tales acuerdos, pactos, convenios o soluciones con personas físicas o jurídicas, individuales o colectivas, tengan por objeto satisfacer el interés público encomendados a las propias Administraciones, entre ellos, como muestra, la protección del medio ambiente y el desarrollo económico de las sociedades, tema del que más adelante nos ocuparemos.

Por consiguiente, cualesquiera de los procedimientos administrativos ambientales pueden

ser, a priori, resueltos en sede pública por medio de una terminación convencional, si bien ello se supedita a que la propia Administración así lo desee, toda vez que tiene dicho el Tribunal Constitucional español que no cabe en nuestro ordenamiento el arbitraje forzoso que impida o dificulte la función jurisdiccional (Ss.T.C. 119/1993, o 18/1994, entre otras).

Ahora bien, en caso de que la Administración no prevea la resolución del asunto en cuestión a través del marco arbitral o pactado, ningún mecanismo existe para obligarla a estar y pasar por dicho cauce, por cuanto la terminación convencional es apenas una alternativa a la resolución clásica de los procedimientos.

Además, los límites a los que se supedita dicha solución paccionada constriñen adicionalmente los finales convencionales a los que nos referimos, al no poder resultar contrarios al ordenamiento jurídico, que no tengan por objeto materias no susceptibles de transacción, que no alteren el ámbito competencial propio de cada sujeto público, y en suma, que satisfagan el interés general, que aquí habrá de ser el propio de un desarrollo económico cualitativo, o si se prefiere, de un desarrollo sostenible en el que se cuente con la variable ambiental, pero también con la propia del obligado progreso económico y social.

IV.

Con relación al interés público que puede gravitar en torno a toda solución arbitral o pactada de los procedimientos administrativos con sustancia ambiental, acaso proceda enfatizar en los extremos que a continuación expondremos.

Fruto de limitados antecedentes de la historia constitucional española (artículo 45, 2 de la Constitución de 1931), y de ciertos anclajes precursores en textos continentales del mismo cariz (en especial, artículos 9 y 66 de la Constitución Portuguesa de 1976), el artículo 45 de nuestra vigente Norma Fundamental contempla, por vez primera en nuestro

Por consiguiente, cualesquiera de los procedimientos administrativos ambientales pueden ser, a priori, resueltos en sede pública por medio de una terminación convencional, si bien ello se supedita a que la propia Administración así lo desee...

sistema y como suerte de *principio rector de la política social y económica*, el derecho de disfrutar de un medio ambiente adecuado, y el paralelo deber de conservarlo, incluyendo en ambos casos la garantía de una utilización racional de los recursos naturales, bajo pena de la obligación de restaurarlos y de la imposición de cuantas sanciones penales o administrativas procedan.

En consecuencia, la ubicación del citado precepto en el Capítulo III del Título I de la Constitución ha elevado la cuestión ambiental a elemento básico de la misma, como quiera que, a tenor de lo dispuesto en su artículo 53,3, dicha cuestión informará la legislación positiva, la actuación de los poderes públicos y sobre todo, la práctica judicial con arreglo a lo que establezcan las leyes dedicadas a regularla.

No obstante, el hecho de la conflictiva convivencia de este mandato programático, con otros de igual rango constitucional que velan por otros tantos valores sociales y económicos de primer nivel, ha situado su funcionalidad en términos punto menos que inseguros, a tenor de la jurisprudencia del Supremo Interprete recaída hasta el presente.

Partimos, por tanto, de un hecho concluyente: La Constitución Española consagra el derecho-deber a un medio ambiente adecuado en los tres párrafos de su artículo 45, pero tal valor debe compaginarse también con los demás derechos y deberes a un desarrollo económico e industrial, incluidos en los artículos 38 (modernización y desarrollo de todos los sectores económicos); 40 (promoción de condiciones favorables para el progreso social y económico); 128 (principio de libertad de empresa); 130 (planificación de la actividad económica para atender necesidades colectivas y estimular el crecimiento de la riqueza); y en fin, 131,1 (subordinación de la riqueza nacional al interés general), todos ellos de la Constitución.

Esto supuesto, de cara a profundizar en el alcance real de la tutela ambiental y del even-

tual juego de las fórmulas arbitrales en dicha materia interesa constatar, desde este temprano momento, dos variables de suma trascendencia:

1º.- Desde el punto de vista constitucional, no cabe la absolutización de la norma ambiental ni de la económica, debiéndose vetar cualquier actuación pública o jurisdiccional, unidireccional o radical en esos sentidos.

2º.- El auténtico juego a efectos jurídicos del valor ambiental residirá en su adecuada y en muchos casos problemática compaginación con los demás valores que preservan el desarrollo económico, sin que tales valores arrumben a los ambientales ni viceversa.

Esta doble conclusión se obtiene del atento repaso de la doctrina constitucional dictada en España sobre la siempre apasionante tensión entre medio ambiente y desarrollo, siendo sus grandes trazos del siguiente y explícito tenor:

A).- *“No puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la “utilización racional” de esos recursos con la protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de vida”.* (S.T.C. 64/1982, de 4 de noviembre).

B).- *“La conclusión que se deduce del examen de varios preceptos constitucionales (Preámbulo, artículos 45, 129,1 y 130,1) lleva a la necesidad de compaginar en la forma que en cada caso decida el legislador*

La Constitución Española consagra el derecho-deber a un medio ambiente adecuado en los tres párrafos de su artículo 45, pero tal valor debe compaginarse también con los demás derechos y deberes a un desarrollo económico e industrial...

competente la protección de dos bienes constitucionales: el medio ambiente y el desarrollo económico (...). La elección de las técnicas para llevar a cabo la protección del medio ambiente corresponde al legislador, estando la técnica de la restauración expresamente reconocida en la Constitución". (S.T.C. 64/1982, de 4 de noviembre).

C).- "El artículo 128,1 de la Constitución supone que no pueden sustraerse a la riqueza del país recursos económicos que el Estado considera de interés general, aduciendo otras finalidades como la protección del medio ambiente. Ello supone que, si bien la imposición de una carga adicional para la protección del medio ambiente no es en sí contraria a la Constitución, sí lo es la prohibición con carácter general de actividades que son de importancia económica". (S.T.C. 64/1982, de 4 de noviembre).

D).- "En los supuestos en que se pueda plantear, en concreto, el conflicto entre los dos intereses cuya compaginación se propugna, será necesario ponderar en cada caso la importancia para la economía nacional de la explotación que se trate y del daño que se pueda producir al medio ambiente, y requiere también entender que la restauración exigida podrá no ser siempre total y completa, sino que ha de interpretarse con criterio flexible" (Ss.T.C. 64/1982, de 4 de noviembre y 170/1989, de 19 de octubre).

E).- "La naturaleza y características de la zona marítimo-terrestre no se reducen al simple hecho físico de ser esa zona el espacio en el que entran en contacto el mar y la tierra. De esta situación se derivan una serie

de funciones sociales esenciales para el mantenimiento de los equilibrios naturales que condicionan la vida humana, y ocupan un lugar estratégico en el desarrollo económico. Para servir a estas finalidades el legislador no sólo está facultado, sino obligado, a proteger el demanio marítimo-terrestre a fin de asegurar tanto el mantenimiento de su integridad física y jurídica, como su uso público y valores paisajísticos. Estas finalidades que ampara el artículo 45 de la Constitución no pueden alcanzarse, sin embargo, sin limitar o condicionar de algún modo las utilidades del demanio y el uso que sus propietarios pueden hacer de los terrenos colindantes con él" (Ss.T.C. 149/1991, de 4 de julio).

Estos criterios han sido ratificados con toda pureza por el Tribunal Supremo en sus S.T.S. de 2 de diciembre de 1994 [Repertorio 10023] y de 11 de febrero de 1995 [Repertorio 2061], mientras que, en otras decisiones, como las Ss.T.S. de 26 de diciembre de 1989 [Repertorio. 9649]; y de 29 de noviembre de 2000 [Repertorio 9874], parece optar porque tal equilibrio de valores se incline un tanto en favor del factor ambiental.

En suma, el análisis de cuantas controversias jurídicas se susciten en materia ambiental habrá que partir de una premisa clásica aristotélica, por la que *in media virtus est*.

V.

Las enseñanzas constitucionales que se acaban de adelantar, además, revelan otra nueva conclusión previa de cara a abordar adecuadamente este género de asuntos en clave arbitral ambiental: La defensa idónea de quienes estén sometidos a procedimientos o procesos ambientales entraña dominar el delgado hilo que separa lo que resulta compaginable y lo que no lo es y sobre manera, en tratar de de-

En suma, el análisis de cuantas controversias jurídicas se susciten en materia ambiental habrá que partir de una premisa clásica aristotélica, por la que in media virtus est.

mostrar que determinadas estrategias, actuaciones o simples normas ambientales imposibilitan el normal y habitual desenvolvimiento de una concreta actividad productiva.

Pero, para dar cumplida satisfacción a este siempre espinoso empeño, y siguiendo bien de cerca la antes referida doctrina constitucional, deberán reconocerse, al menos, las siguientes pautas de actuación:

1º.- El Derecho Ambiental existe como tal, y no resulta posible, por ello desconocer sus numerosos mandatos.

2º.- Los valores ambientales pueden y deben ser ponderados con los propios de las actividades productivas, sin que unos arrumben por completo a otros.

3º.- El proceso de ponderación de valores deberá partir de un mínimo de proporcionalidad y equilibrio, debiendo sacrificarse unos u otros en idéntica medida, si es que ello resulta factible técnicamente.

4º.- Gráficamente, ante valores económicos prioritarios o de notoria importancia, las cargas ambientales habrán de ser observadas de forma no maximalista, mientras que aquellas actividades productivas no prioritarias que resulten afectadas por obligaciones ambientales de primer nivel, deberán ser supeditadas estrictamente a lo dispuesto en éstas. Del mismo modo, aquellos intereses económicos o productivos de suma trascendencia que estén sometidos a disposiciones ambientales insoslayables, animarán a que tanto el desarrollo económico como la preservación de los recursos padezcan en similar medida, posibilitando un menor crecimiento con menor afección ecológica.

5º.- Constitucionalmente, y a la hora de conceptuar a una actividad económica como prioritaria, habrá de atenderse a su consideración como tal por las normas que la rigen o en su defecto, estimarla así por los datos objetivos de esa naturaleza que de ella se derivan (volumen de facturación, dimensión, extensión territorial, número de empleados, producción o elaboración de materiales o bienes estratégicos...).

6º.- Respecto a las cargas ambientales de primer nivel, en cambio, deben considerarse todas aquéllas contempladas por cuantas normas ambientales están vigentes, desde el ámbito local al continental, siempre y cuando posibiliten, de conformidad con la referida dicción constitucional, el tan deseable *desarrollo económico cualitativo*.

En resolución, a partir del marco dispuesto en estas materias por el Tribunal Constitucional, el trasfondo de todo litigio ambiental residirá en demostrar, a través de los cauces legales pertinentes, como los arbitrales, si una determinada actuación de defensa de la naturaleza con expreso amparo normativo, convierte en infructuosa una concreta actividad económica o si, de otro modo, permite su existencia, aunque limitando o condicionando sus nocivos efectos ecológicos. Por eso, si una sanción o un simple mandato de reparación ambiental se funda en criterios o estrategias alejadas de la problemática compaginación preconizada por el Tribunal Constitucional, tales conductas habrán de reputarse contrarias a la *Lex Legum*, por muy correctos que hayan sido el procedimiento seguido en su gestación o las poderosas razones que se esgriman por quien demanda dichas exigencias.

Junto al valor constitucional de protección del medio ambiente, en consecuencia, coexisten similares mandatos en orden al desarrollo eco-

...a partir del marco dispuesto en estas materias por el Tribunal Constitucional, el trasfondo de todo litigio ambiental residirá en demostrar, a través de los cauces legales pertinentes, como los arbitrales, si una determinada actuación de defensa de la naturaleza con expreso amparo normativo, convierte en infructuosa una concreta actividad económica...

nómico, lo que demandará de los operadores jurídicos un grave esfuerzo en determinar el grado de racionalidad ambiental y económica de cada actividad, en aplicación del principio de proporcionalidad, ya acogido, con expresa vocación de generalidad en el actuar administrativo, por los artículos 96,1 y 131 LPC.

VI.

En cualquier caso, la doctrina constitucional (por todas, Ss.T.C. 199/1996, de 3 de diciembre y 119/2001, de 24 de mayo) ha sentado, ya que la protección del medio ambiente es un auténtico *principio rector*, no susceptible de su comprensión como derecho subjetivo de aplicación directa, lo mismo que se ha acreditado, antes y después de esas sentencias del Tribunal Constitucional, por el Tribunal Supremo (así, Ss.T.S. de 6 de junio de 1984 [Repertorio 4018]; de 2 de febrero de 1987 [Repertorio 2043]; de 11 de julio de 1987 [Repertorio 6877]; de 25 de abril de 1989 [Repertorio 3233] o de 17 de mayo de 1999 [Repertorio 4148], entre otras).

No obstante, la realidad del derecho constitucional a un medio ambiente adecuado como *principio rector* no empece a su concreta operatividad jurídica y vinculación para los poderes públicos, como quiera que, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo, dicha norma programática participa del valor normativo que se preconiza de los preceptos de la *Norma Normarum*, sin que se pueda “*limitar su eficacia al campo de la retórica política o la inútil semántica propia de las afirmaciones demagógicas*” (S.T.S. de 25 de abril de 1989 [Repertorio 3233] y, entre otras muchas, S.T.S. de 30 de abril de 1990 [Repertorio 5620] y de 26 de abril de 1995 [Repertorio 7767]). Del mismo modo, tal *principio rector ambiental* servirá, además, para interpretar el resto del ordenamiento jurídico (mandato éste acogido en el artículo 5,1 de la Ley Orgánica 6/1985,

de 1 de julio, del Poder Judicial -LOPJ, en lo sucesivo-), especialmente en lo tocante a la inteligencia de la normativa preconstitucional, aún existente en materia ambiental (así, Ss.T.S. de 26 de diciembre de 1989 [Repertorio 9649], y de 14 de diciembre de 1998 [Repertorio 152/1999]).

Finalmente, el hecho de la consideración de la protección ambiental como *principio rector* en España no obsta a que determinadas materias en ella incardinadas puedan ser concebidas como Derecho Fundamental, como acontece con la contaminación acústica, considerada por la S.T.C. 119/2001, de 24 de mayo (y por Ss.T.E.D.H. de 21 de febrero de 1990 [*Asunto Powell y Rayner contra el Reino Unido*]; de 9 de diciembre de 1994, [*Asunto López Ostra contra España*]; y de 2 de octubre de 2001 [*Asunto Hatton et al. contra el Reino Unido*]), como lesiva de los derechos de este carácter contemplados en los artículos 10,1 y 18,1y 2 CE.

VII.

De cuanto antecede se desprende, pues, que en España existe la posibilidad de culminar los procedimientos administrativos ambientales a través de los cauces arbitrales a los que hemos hecho referencia y guiándose por los criterios de fondo que apuran el punto de encuentro entre la protección ambiental y la defensa del desarrollo económico, aunque dichas soluciones queden habitualmente a disposición de las propias Administraciones y tampoco dejen en manos de los ciudadanos el derecho subjetivo a impetrar dicho desenlace arbitral.

Sea como fuere, y de accederse para la solución al método arbitral, han de saber todas las partes implicadas las enseñanzas constitucionales: Que nada es blanco ni negro, sino de una infinita gama de grises.

Junto al valor constitucional de protección del medio ambiente, en consecuencia, coexisten similares mandatos en orden al desarrollo económico, lo que demandará de los operadores jurídicos un grave esfuerzo en determinar el grado de racionalidad ambiental y económica de cada actividad...

