

“Del daño tradicional al daño ambiental”

Sevilla/Aracena, 17 de octubre de 2011.

Blanca Lozano Cutanda

Catedrática de Derecho Administrativo

Consejera Académica de Gómez-Acebo & Pombo

I.- LAS DOS DIMENSIONES, SUBJETIVA Y OBJETIVA O PÚBLICA, DE LOS DAÑOS AMBIENTALES

La auténtica “revolución” que el sistema jurídico europeo y nacional de reparación de los daños al medioambiente está experimentando en los últimos años no se entiende sin comprender que cualquier daño a un recurso natural (un vertido contaminante, un escape a la atmósfera de sustancias tóxicas, la contaminación del suelo, etc.) puede producir dos tipos de lesiones de carácter muy diferente, aunque a veces ambos tienen lugar simultáneamente. Por un lado, pueden ocasionar daños en los bienes o derechos privados o en las personas, y, por otro, daños en los recursos naturales que no producen ninguna lesión individualizada, a los que se suele designar como «daños ambientales autónomos» o «daños ecológicos puros».

Podemos decir, en este sentido, que en los daños ambientales concurre una contraposición entre la *dimensión subjetiva del daño*, cubierta por la responsabilidad civil tradicional, y la *dimensión objetiva o pública*, que ha requerido la introducción de un nuevo régimen jurídico de responsabilidad, el denominado sistema de responsabilidad medioambiental.

II. RÉGIMEN JURÍDICO TRADICIONAL APLICABLE A LOS DAÑOS AMBIENTALES: SU INSUFICIENCIA PARA LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS ECOLÓGICOS PUROS

Los principales instrumentos del derecho civil para la protección de los derechos e intereses privados frente a las agresiones ambientales son la acción de cesación de inmisiones del art. 590 CC y la acción de responsabilidad civil extracontractual del art. 1902 del Código Civil. La doctrina civilista identifica, asimismo, otras técnicas que pueden servir también para resolver conflictos entre particulares nacidos de las agresiones ambientales, entre los que destacan la acción de cesación prevista en sede de propiedad horizontal y la acción resolutoria del contrato de arrendamiento por el ejercicio de una actividad molesta para los vecinos o insalubre ¹.

¹ Vid. M^a Ángeles PARRA LUCÁN, “Derecho civil del medio ambiente”, en la obra colectiva, coordinada por F. LÓPEZ RAMÓN, *Observatorio de Políticas Ambientales 1978-2006*, Thomson-Aranzadi, 2006.

El artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal prohíbe al propietario y al ocupante del piso o local “desarrollar en el o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas”. Y el precepto añade: “El presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes, requerirá a quien realice las actividades prohibidas por este apartado la inmediata cesación de las mismas, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales

Mediante estas técnicas, el derecho civil se limita a resolver conflictos entre particulares pero no sirven para la restauración de los daños ecológicos puros, aunque indirectamente coadyuvan a la protección del medioambiente en general. Otra cosa, como señala PARRA LUCÁN, es “la valoración positiva que merece la labor de la doctrina y la jurisprudencia, que sobre la base de unos artículos raquíticos (arts. 7, 590, 1908 CC) han construido, respaldadas por el art. 45 de la Constitución, una defensa más que aceptable de los intereses privados”².

En las acciones de cesación de inmisiones del art. 590 CC, el supuesto de hecho es el de la mera actividad generadora de riesgo, la construcción “cerca de una pared ajena o medianera” de instalaciones que puedan ser peligrosas o nocivas sin guardar las distancias o sin adoptar las obras de resguardo necesarias «a fin de evitar todo daño a las heredades vecinas». Potencialmente, por tanto, este precepto permite una tutela preventiva desde el derecho civil. Cabe acudir al Juez civil para obtener la aplicación de la normativa reglamentaria o la que, previo dictamen pericial, se juzgue necesaria aun cuando no se hayan causado unos daños, pero siempre que exista tal riesgo («a fin de evitar todo daño», «encaminadas a tutelar el uso de las demás fincas»).

En la práctica, sin embargo, como pone de relieve PARRA LUCÁN³, “la tutela civil sólo es requerida cuando se solicita, junto a la adopción de medidas correctoras o al cese de la actividad, una indemnización por los daños sufridos hasta entonces por el demandante”. Si bien esto se explica porque, normalmente, cuando el particular acude a los tribunales ya se ha sufrido un daño y se aprovecha la ocasión para reclamar la indemnización

precedentes”. Como señala la autora citada, si bien estas disposiciones son, en principio, de naturaleza administrativa, la Ley de Propiedad Horizontal las dota de eficacia civil, existiendo una abundante jurisprudencia sobre este instrumento de protección de las relaciones de vecindad, sobre el que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en dos ocasiones (SS. 301/1993 y 28/1999), descartando la denuncia de inconstitucionalidad de la sanción de privación de uso (basada en la conculcación de los arts. 33 y 19 de la Constitución).

En cuanto a la acción resolutoria del contrato de arrendamiento, el art. 27.2 de la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos, permite al arrendador resolver el contrato “cuando en la vivienda tengan lugar actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas”. Como es obvio, la apreciación de la concurrencia de esta causa de resolución del contrato no opera cuando este tipo de actividades se incluyan en el uso pactado por las partes para la finca.

² “Derecho civil del medio ambiente”, cit. pág. 323.

³ “La defensa civil frente a las inmisiones”, en *Aranzadi Civil*, Madrid, 1993.

correspondiente, carece de justificación, como señala esta autora, “la vinculación –realizada por la mayor parte de las decisiones judiciales existentes sobre esta cuestión– entre la condena a la adopción de medidas de corrección y la producción de daños”. Son muy pocas, por no decir excepcionales, las sentencias del TS que admiten la aplicación del art. 590 CC de manera autónoma en casos en los que se ha denegado una indemnización de daños por entenderse que no se habían producido (S. 27 de octubre de 1988, RJ 1988/7745) o en supuestos en los que la demanda se dirigía exclusivamente a la adopción de medidas de precaución (SSTS de 19 de diciembre de 1963, RJ 1963/5339, y 30 de mayo de 1997). Por lo general, la condena a la adopción de medidas correctoras se hace como resarcimiento en forma específica al amparo del art. 1902 CC.

En esta resistencia de la jurisdicción civil a aplicar el art. 590 CC de forma autónoma y no como forma de resarcimiento subyace, como señala esta autora, “la idea de que la aplicación del art. 590 del Código Civil, autónomamente, con relación a los estándares administrativos a que remite, dada la heterointegración de la norma, sería competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Razonamiento que aparece implícito en aquellas decisiones que, para afirmar la competencia de la jurisdicción civil, sostienen que la adopción de medidas correctoras se hace al amparo del art. 1902 del Código Civil, y que niegan –sólo formalmente– la aplicación de la reglamentación sobre actividades molestas, nocivas y peligrosas así como la contenida en las Ordenanzas municipales sobre la materia”. Incluso alguna sentencia reciente que reconoce que “la *jurisprudencia de esta Sala desde antiguo*, la circunstancia de la remisión a las normas administrativas efectuada en el art. 590 CC no implica que se produzca una “huida” al derecho administrativo de toda la materia de las relaciones de vecindad por implicar la falta de competencia de la jurisdicción civil, a la hora de aplicar el precepto”, afirma que “al no establecer directamente sanciones, sino únicamente los supuestos de hecho de la prohibición de lesión ambiental a las propiedades vecinas, debe completarse con lo dispuesto en el art. 1908 CC” (STS, Sala Primera, de 26 de noviembre de 2010, recurso n.º 901/2007).

Resulta, de lo expuesto, la exclusión de conocimiento por parte de la jurisdicción civil, sin entrar a conocer el fondo del asunto, cuando en el caso concreto, habiendo quizás incumplimiento de la normativa de relaciones de vecindad, no se ha constatado la producción de un daño. Con ello se renuncia a obtener toda la virtualidad preventiva que podría desplegar el art. 590 CC pero se evita, a mi juicio, una duplicidad de acciones pues dada la proliferación de normas protectoras del medioambiente (prácticamente inexistentes cuando se redactó el precepto), el incumplimiento de las normas de vecindad se reconduce al incumplimiento de las obligaciones dimanantes de las licencias u otros títulos de intervención administrativa.

La tutela ambiental en sede civil se basa por tanto, casi exclusivamente, en la aplicación de los principios de responsabilidad por daños al amparo de la regla general del art. 1902 CC. Se trata, como es sabido, de un sistema de exigencia de responsabilidad que requiere la concurrencia de «culpa o negligencia», pero son muchos los supuestos en los que no es posible probar la culpabilidad o ilicitud de la conducta productora de daños en el medioambiente, pues el agente causante de los mismos puede escudarse en el cumplimiento de la normativa medioambiental protectora, en que tiene y cumple con todas las autorizaciones administrativas para el ejercicio de la actividad, o en que la Administración no ha detectado, en las posibles inspecciones realizadas, ninguna anomalía o incumplimiento. Y lo cierto es que en muchos casos no concurre efectivamente infracción alguna, pues el desarrollo industrial ha llevado a que el Derecho —en este y otros ámbitos— permita y por tanto considere lícitas determinadas actividades portadoras de riesgo por considerarlas socialmente útiles.

La jurisprudencia tiende por ello cada vez más a prescindir de la culpabilidad o ilicitud de la conducta para declarar la obligación de resarcir los daños cuando se trata de actividades productoras de riesgo, reconociendo *una suerte de responsabilidad objetiva o responsabilidad por riesgo*, en la que cuando una actividad desarrollada por una persona o empresa representa una fuente de provechos para ella y un riesgo adicional y extraño para los circundantes, el resarcimiento de daños y perjuicios se configura como una especie de contrapartida de la utilidad proporcionada por la actividad peligrosa (*ubi emolumentum, ibi onus*), aunque tal daño se haya producido sin poder evitarlo y pese a haber adoptado las precauciones técnicas prescritas (véanse, entre otras, las Sentencias del TS: de 29 mayo y de 13 de julio de 1999, RA 4382 y 5046, respectivamente; de 24 de septiembre de 2002, RA 7869; y de 5 de noviembre de 2004. RA 7134).

En los casos de daños producidos como consecuencia de emisiones contaminantes, puede aplicarse también el sistema de responsabilidad objetiva reconocido por el art. 1908 CC, que en sus apartados 2 y 4 contienen una enumeración de supuestos de responsabilidad de este tipo que se limitan, empero, al estado de la tecnología de la época en que se redactó el precepto: los “humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades”, y “las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, contruidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen”. Algunas sentencias han aplicado este precepto para declarar una responsabilidad de corte objetivo en casos de emanaciones tóxicas (*vid.*, entre otras, SSTS de 7 de abril de 1997, recurso n.º 1184/1993 y de

28 de enero de 2004, recurso n.º 882/1998 ⁴). La doctrina propugna un *aggiornamento* de este precepto, de tal forma que pueda resultar aplicable "a la producción de cualesquiera daños que se originen con ocasión de una actividad industrial, peligrosa o insalubre"⁵. De forma más limitada, la jurisprudencia ha extendido su aplicación a tipos de contaminación asimilables a las emisiones excesivas, singularmente al caso del ruido. De acuerdo con esta doctrina, la referencia a los «humos excesivos» en el ordinal 2º del artículo 1908 del Código Civil «es fácilmente transmutable, sin forzar las razones de analogía, a los ruidos excesivos, todo ello en el marco de las posibles conexiones con el artículo 590 del Código Civil» (STS de 29 de abril de 2003, recurso nº 2527/97).

Pero, a pesar de esta tendencia hacia la responsabilidad objetiva, el sistema civil por daños ambientales no sirve para la reparación de los daños ecológicos puros, en atención, fundamentalmente a las razones siguientes:

A. Con carácter general, se le imputa a esta institución que *carece de efecto preventivo*, en cuanto la responsabilidad actúa una vez que el daño ambiental se ha producido. Pueden, ciertamente, en algunos casos adoptarse por los jueces medidas preventivas hacia el futuro, para evitar la repetición de los daños, por medio de la condena a la adopción de medidas correctoras al amparo de los arts. 590 y 1902 CC, pero se trata, en cualquier caso, de medidas concretas de escaso alcance.

Muy distinto es, en este sentido, el sistema norteamericano, donde los órganos judiciales pueden añadir en ocasiones a los veredictos de indemnización de daños y perjuicios cifras astronómicas en base a «daños punitivos» (*punitive damages*) cuya finalidad es imponer a las empresas indemnizaciones dirigidas a prevenir conductas similares en el futuro mediante un cálculo de costes y beneficios, privándole a la empresa de todos los posibles beneficios económicos que su acción haya podido reportarle. Se trata de una peculiar «sanción civil» que, aunque puede

⁴ En estas sentencias, en relación a la responsabilidad civil *por daños causados en fincas colindantes por emanaciones tóxicas de una actividad industrial, se reitera la doctrina, ya sentada por STS de 24 de mayo de 1993, en virtud de la cual: «el número segundo del artículo 1908 del Código Civil, que es donde el presente caso litigioso encuentra una subsunción o incardinación específica, configura un supuesto de responsabilidad, de claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado, al establecer que los propietarios responden de los daños causados "por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades", que es lo ocurrido en el presente caso, pues aunque cuantitativamente los humos y gases expelidos por la fábrica de la entidad recurrente hayan podido respetar los niveles de contaminación reglamentariamente establecidos, lo cierto es que cualitativamente fueron nocivos y causaron daños a terceras personas totalmente ajenas a la referida explotación industrial, lo que evidencia que tales medidas fueron insuficientes para evitar los daños a terceros».*

⁵ M^a.A. PARRA LUCÁN, "Derecho civil del medio ambiente" cit., pág. 344.

resultar efectiva, no parece ser, como señala D. SARMIENTO ⁶, una solución adecuada, en cuanto, por un lado, no deja de ser una sanción y carece de las garantías exigibles en nuestro ordenamiento jurídico, y, por otro lado, no resulta eficaz para la restauración del daño, pues la multa (multimillonaria) queda en manos de los demandantes y no se garantiza que el destino de la misma se destine a la reparación ambiental.

B. La ineficiencia del sistema de responsabilidad extracontractual para el resarcimiento de los daños ecológicos puros se deriva además, en especial, de *la limitación de la legitimación activa*: la acción de cesación de inmisiones del art. 590 CC sólo pueden ejercerla los propietarios o titulares de derechos reales de goce frente a cualquier perturbación de hecho procedente de otras fincas, y la acción de responsabilidad civil por daños del art. 1902 CC se limita a quienes acrediten haber sufrido un perjuicio real, en su propiedad o en su persona y ello no siempre ocurre en el caso de daños a bienes ambientales públicos (pensemos, por ejemplo, en la destrucción de un hábitat situado en un parque natural de titularidad pública o en la pérdida de un ejemplar de especie protegida).

Se habla en este sentido, con gran expresividad, de «lugares huérfanos», en los que no existen intereses particulares que puedan verse afectados y que estimulen, por tanto, la acción de los ciudadanos en su defensa.

Como consecuencia de esta configuración de la responsabilidad civil extracontractual para la defensa de intereses individualizados, aun acreditada la conducta contaminante del demandado, ninguna condena civil procede si la misma no causó daño alguno al demandante (STS 28 de junio de 1979, RA 2553).

C. Cabe destacar, asimismo que en *las sentencias judiciales no siempre se hace primar la reparación del daño causado al medioambiente sobre la indemnización*, y nada garantiza que cuando se otorga una compensación económica a los perjudicados éstos la van a invertir en la recuperación del medio. Ello responde a la tónica general de los supuestos de responsabilidad civil y al hecho de que normalmente son los propios demandantes los que acuden al juez solicitando directamente la indemnización, y son pocas las Sentencias que se preocupan por defender el principio de que en primer lugar debe perseguirse la reparación en especie, y sólo cuando esto no sea posible debe acudir a la indemnización (aunque existen casos en que sí se hace, y puede citarse, en este sentido, la jurisprudencia en materia de contaminación acústica, donde son numerosas las Sentencias que obligan al demandado a eliminar las causas

⁶ SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., «La responsabilidad ambiental en perspectiva comparada», en *Incidencia medioambiental y derecho sancionador*, Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial, n.º VIII, 2006.

que producen el ruido nocivo, o algunas sentencias que imponen el deber de recuperación de aguas contaminadas).

III. EL SISTEMA DE PREVENCIÓN Y RESTAURACIÓN DE LOS DAÑOS ECOLÓGICOS PUROS INTRODUCIDO POR LA LEY 26/2007 DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL

Las deficiencias que presenta el sistema tradicional para la reparación de los daños ecológicos puros resultan comunes a la generalidad de los Estados miembros de la Unión Europea. Por ello, la Unión consideró necesario intervenir y aprobó la Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre responsabilidad medioambiental en materia de prevención y restauración de los daños ambientales (Directiva ELD, según la sigla de su denominación inglesa: *Directive on the environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage*), con el objetivo, como declara en sus considerandos, de establecer «un marco común para la prevención y la reparación de los daños ambientales a un coste razonable para la sociedad», en tanto dicho objetivo «no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente (...) puede lograrse mejor a nivel comunitario»⁷.

La Directiva introduce un marco común de responsabilidad en la UE, que podríamos denominar “mínimo”, con el fin de prevenir y reparar los daños causados a las especies protegidas, los hábitats naturales y los recursos hídricos, así como los daños que afectan a los suelos.

En España, la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (LRM, en adelante), vino a transponer esta Directiva. Se ha aprobado asimismo, mediante Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre, el Reglamento que desarrolla parcialmente la Ley, en el que se regulan aspectos fundamentales para la aplicación de la misma (como el método y los criterios para la determinación de los daños ambientales y para el cálculo de la garantía que deben prestar los operadores).

El objetivo de la LRM es, de acuerdo con la Directiva, regular «la responsabilidad de los operadores de prevenir, evitar y reparar los daños medioambientales, de conformidad con el art. 45 de la Constitución y con los principios de prevención y de que “quien contamina paga”» (art. 1).

⁷ La Directiva fue modificada en dos ocasiones: por la Directiva 2006/21/CE, sobre la gestión de los residuos de las industrias extractivas, que añadió la gestión de estos residuos a la lista de actividades profesionales a las que se aplica el sistema de responsabilidad objetiva del Anexo III; y por la Directiva 2009/31/CE, relativa al almacenamiento geológico del dióxido de carbono, que incluye la explotación de estos almacenamientos en la lista del Anexo III.

Para ello, se introduce un nuevo sistema de responsabilidad con el que no se pretende sustituir sino complementar los ya existentes ⁸. Se trata, sin embargo, de un sistema que introduce un giro copernicano en el planteamiento y la sustanciación de los daños a determinados recursos naturales. Cuatro son las principales novedades que singularizan al nuevo régimen jurídico de responsabilidad medioambiental:

(A) aplica un sistema de responsabilidad objetiva a la reparación de los daños medioambientales para las actividades que enuncia en su anexo III (los demás operadores responden cuando concorra dolo o culpa);

(B) reconoce un papel central a las autoridades públicas en la prevención y reparación de los daños;

(C) la reparación de los daños a las aguas o a las especies tiene como finalidad la restitución de los recursos naturales al estado anterior al daño (y en los daños a los suelos, su descontaminación hasta que no haya ningún riesgo grave de incidencia negativa en la salud humana).

(D) El sistema de responsabilidad medioambiental se aplica tanto a la reparación de los daños producidos como a su prevención.

A. Sistema de responsabilidad objetiva para la reparación de los daños medioambientales

No cualquier daño ambiental queda cubierto por el sistema que regula la LRM en transposición de la Directiva LED. Únicamente los denominados por la LRM como “daños medioambientales” quedan cubiertos por el sistema de prevención y reparación que regula, y este concepto hay que definirlo mediante la suma de tres elementos:

⁸ Sobre el sistema de responsabilidad previsto en la LRM pueden consultarse las obras siguientes: BAUTISTA LLORCA RAMIS, J., «La responsabilidad por daños al medio ambiente: la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental: un análisis», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 762, 2008; ESTEVE PARDO, J., *Ley de Responsabilidad Medioambiental. Comentario sistemático*, Marcial Pons, Madrid, 2008; GUERRERO ZAPLANA J., *La responsabilidad medioambiental en España*, La Ley, 2010; MANTECA VALDELANDE, V., «La Ley de Responsabilidad Medioambiental», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 754, 2008; RODRÍGUEZ ESCOBAR, R., «La nueva responsabilidad medioambiental derivada de la Ley 26/2007», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n.º 13, 2008; RUDA GONZÁLEZ, A. (autor principal), *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental*, Aranzadi, Pamplona, 2008; VV.AA., *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental (Ley 26/2007, de 23 de octubre)*, B. LOZANO CUTANDA (Coordinadora), Thomson-Civitas, Navarra, 2008; YANGUAS MONTERO, G., «La nueva responsabilidad medioambiental», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 245, 2008.

(i) El «daño», que se define por la Ley como «el cambio adverso y mensurable de un recurso natural o el perjuicio a un servicio de recursos naturales, tanto si se produce directa o indirectamente». Por «servicio de recursos naturales» se entiende «las funciones que desempeña un recurso natural en beneficio de otro recurso natural o del público», siempre que no se trate de beneficios privados (expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la Ley por su art. 5)⁹.

Interesa señalar que en el concepto de daño se incluyen de forma expresa «aquellos daños medioambientales que hayan sido causados por elementos transportados por el aire», lo que se explica porque entre los recursos objeto de protección no se incluye *per se* a la atmósfera, resultando el aire elemento relevante solo en cuanto transmisor de la contaminación (como ocurriría, por ejemplo, en el caso de la lluvia ácida). Esta exclusión se justifica porque la contaminación atmosférica es un daño difuso y, por ello, imposible en muchos casos de imputar a un solo agente causante, y muy difícil de cuantificar y reparar, por lo que las políticas públicas de protección de este recurso deben centrarse en la prevención y utilizar otros medios, como son los previstos en la legislación de calidad del aire.

(ii) Los recursos naturales que son objeto de protección por la LRM:

- Las «especies silvestres y los hábitats», definidos en términos muy amplios, pues comprenden todas las especies silvestres y los hábitats que estén protegidos, ya sea por las normas de la UE, por la legislación estatal o autonómica, o por los Tratados Internacionales en que España sea parte. La Directiva ELD daba la opción de limitar la responsabilidad por este concepto a las especies y hábitats contemplados en los anexos de las Directivas 79/409/CEE (“Directiva Aves”) y 92/43/CEE (“Directiva Hábitats”), o bien de ampliar la protección a “cualesquiera hábitats o especies no enumerados en dichos anexos que el Estado miembro designe para fines equivalentes a los establecidos en esas dos Directivas”. Esta ampliación ha sido llevada a cabo por catorce Estados miembros, entre ellos España.
- Las «aguas», concepto también muy amplio que comprende todas las aguas continentales (superficiales, subterráneas, costeras y de transición) tal como se definen en el Texto Refundido de la Ley de Aguas (Real Decreto Legislativo 1/2001), así como los restantes elementos que forman parte del dominio público hidráulico (con lo que elementos que se ven excluidos del concepto de «suelo», como

⁹ Estos servicios ambientales se suelen clasificar en tres categorías: servicios de provisión (agua dulce, recursos genéticos...); servicios de regulación (regulación del clima, de la erosión, de enfermedades, de riesgos naturales...); y servicios culturales (de recreación y turismo, valores estéticos...).

los terrenos «permanentemente cubiertos por una lámina de agua superficial» se incluyen en este objeto de protección).

- El «suelo», cuya definición es idéntica a la contenida en el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados («la capa superior de la corteza terrestre, situada entre el lecho rocoso y la superficie, compuesto por partículas minerales, materia orgánica, agua, aire y organismos vivos y que constituye la interfaz entre la tierra, el aire y el agua, lo que le confiere capacidad de desempeñar tanto funciones naturales como de uso»).
- La «ribera del mar y de las rías». Se trata éste de un recurso natural incorporado *ex novo* por la LRM, pues no cuenta con una regulación diferenciada en la directiva, lo que responde a la voluntad de otorgarle el nivel de protección, superior al de la Directiva, que prevé la legislación de costas, y de garantizar que se respeten las competencias que en este ámbito corresponden a la Administración General del Estado. La LRM define la ribera del mar y de las rías como «los bienes de dominio público marítimo-terrestre regulados en el art. 3.1 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas».

El nuevo régimen de responsabilidad no incluye, por tanto, los daños tradicionales a personas o a bienes de titularidad privada, objeto característico de la responsabilidad civil, salvo que esos daños a bienes privados se configuren como un daño medioambiental (por ejemplo, la contaminación de un suelo particular o de un acuífero subterráneo de propiedad privada). Ello es así porque se trata, como hemos dicho, de *un sistema que no viene a sustituir, sino a complementar los sistemas tradicionales de responsabilidad extracontractual*, que sí resultan eficaces para obtener el resarcimiento de daños a bienes de titularidad privada.

Interesa señalar aquí, incidentalmente, el *ámbito temporal de aplicación de la Ley*. Su artículo 4 dispone, siguiendo lo previsto en la Directiva, que «no será de aplicación a los daños medioambientales si han transcurrido más de treinta años desde que tuvo lugar la emisión, el suceso o el incidente que los causó». La Ley (a diferencia de la Directiva), especifica que dicho plazo «se computará desde el día en que haya transcurrido por completo o se haya producido por última vez la emisión, el suceso o el incidente causante del daño». La Ley, por otro lado, *no se aplicará con efectos retroactivos*, para lo cual precisa que los daños causados antes del 30 de abril de 2007 (fecha en que expiraba el plazo de transposición de la Directiva), no están cubiertos por sus preceptos (Disposición transitoria única).

(iii) Para que concurra un «daño medioambiental» que active el sistema de responsabilidad de la Ley, no basta con que se produzca un daño o lesión a

los recursos naturales expuestos, sino que es necesario, además, que el daño sea «significativo», lo que exige tanto la determinación del estado en que se encontraba el recurso natural afectado antes del daño (el llamado «estado básico»), como la valoración de si los daños producidos han ocasionado cambios o efectos adversos significativos en el recurso natural y los servicios ecológicos que prestaba. De acuerdo con el Reglamento, una vez identificado el agente causante del daño y los recursos y servicios afectados, deberá procederse a cuantificar el daño en función de su extensión, intensidad y escala temporal.

A continuación, es preciso determinar si el daño ocasionado puede reputarse como significativo atendiendo a los criterios de la Ley y el Reglamento, que responden, o bien a la alteración sufrida por el recurso dañado, o bien al cociente de riesgo generado por el agente causante ¹⁰.

En el caso de que estemos ante uno de estos daños medioambientales significativos cubiertos por el sistema de RM, los operadores de las actividades del Anexo III tienen siempre, aunque no concurra culpa, dolo o negligencia, la obligación de adoptar tres tipos de medidas en caso de daño medioambiental o de amenaza inminente del mismo: medidas de

10 La propia LRM contiene en su Anexo I diversos criterios para valorar el carácter significativo del daño en las especies o los hábitats. El Reglamento de desarrollo parcial de la LRM ha completado los criterios para valorar el carácter significativo del daño para los daños ocasionados a las aguas, al suelo, y a la ribera del mar y de las rías, acudiendo en lo posible a los estándares y normas ya previstos en otras normas sectoriales para cada recurso natural. Así, por ejemplo, los daños causados al suelo serán significativos si el receptor experimenta un efecto adverso que genere riesgos para la salud humana o para el medioambiente, de manera que aquél pueda ser calificado como suelo contaminado en los términos establecidos en el RD 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para determinar los suelos contaminados. La significatividad del daño puede calcularse también por referencia al tipo de agente causante del daño cuando sea de tipo químico o bien un organismo modificado genéticamente. En el primer caso, según el Reglamento (art. 17), la significatividad del daño se determinará mediante un cálculo del cociente de riesgo, considerándose que concurre cuando el cociente de riesgo entre la concentración que alcanza la sustancia en el receptor y el umbral de toxicidad para un nivel concreto de intensidad sea superior a uno, o bien cuando no alcanzando este cociente el daño sea acumulable. En el caso de los OGM, se dispone que la significatividad del daño se determinará mediante un análisis caso por caso, acreditado por un organismo oficialmente reconocido.

Pero incluso estos dos criterios pueden resultar insuficientes en algunos casos. La dificultad de determinar con exactitud el «estado básico» del bien deviene insalvable en ocasiones, en especial cuando se trata de daños a las aguas o a suelos que ya habían sido declarados contaminados. Para estos supuestos, el Reglamento dispone como criterio subsidiario que «se presumirá que los daños a las aguas y al suelo tienen carácter significativo cuando el daño que experimenten las especies silvestres que habitan en tales recursos como consecuencia de la acción del mismo puedan ser considerados significativos» (art. 18).

prevención, de reparación y de evitación de nuevos daños. En este Anexo se incluye una relación de actividades potencialmente lesivas para el medio, como son todas las sometidas a la autorización ambiental integrada y un conjunto de sectores que se definen asimismo por relación a las normas estatales que los regulan (gestión de residuos, vertidos en aguas interiores y mar territorial, utilización confinada, liberación intencional o comercialización de organismos modificados genéticamente, transporte de mercancías peligrosas o contaminantes, etc.).

Los operadores de cualquier actividad económica o profesional distinta de las enumeradas en el Anexo III tienen también con carácter objetivo, aunque no concurra culpa, dolo o negligencia, la obligación de adoptar las medidas de prevención y de evitación de nuevos daños cuando concurra una "amenaza inminente de daños medioambientales",

Estos operadores de actividades económicas o profesionales distintas de las enumeradas en el Anexo III tienen además el deber de reparar los daños medioambientales cuando —y sólo cuando— concurra culpa, dolo o negligencia.

La responsabilidad de carácter objetivo que establece la LRM para determinados operadores y en función de las medidas a adoptar, excluye la necesidad de probar la concurrencia de dolo, culpa, o al menos negligencia en la actuación del operador para que surja el deber de prevenir o de reparar (basta con que su actividad «atendiendo a su naturaleza intrínseca o a la forma en que se ha desarrollado, sea apropiada para causarlo», lo que, de conformidad con el art. 3.1, se presume salvo prueba en contrario), pero no, obviamente, la *concurrencia de la relación de causalidad entre su actividad y el resultado lesivo*.

Aquí, los daños ambientales siguen encontrando con frecuencia un escollo insalvable en los llamados «daños difusos», producto de la acumulación de distintas actividades con efectos adversos para el medio, en los que muchas veces resulta imposible identificar al operador o el conjunto de operadores que han sido determinantes para la producción del daño. La LRM dispone, en este sentido, que «esta Ley solo se aplicará a los daños medioambientales, o a la amenaza inminente de tales daños, causados por una contaminación de carácter difuso, cuando sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de los operadores concretos» (art. 3.3).

Interesa señalar que, en los supuestos de pluralidad de responsables de un mismo daño, la LRM establece el *sistema de responsabilidad mancomunada* cuando, existiendo varios operadores, "se pruebe su participación en la causación del daño o de la amenaza inminente de causarlo", de tal forma que cada operador responderá sólo de la parte del daño que realmente puede imputarse a su actividad concreta, a no ser que por Ley especial que

resulte aplicable se disponga otra cosa (art. 11). Este sistema de responsabilidad mancomunada ofrece una menor garantía de reparación del daño medioambiental que la responsabilidad solidaria, en virtud de la cual cada operador deberá responder de la totalidad de la reparación, sin perjuicio de su derecho a repetir frente al resto de los responsables identificados. Este sistema hubiera sido el más indicado cuando, como ocurre en el sistema de la LRM, no se trata de indemnizar el daño sino de proceder a tareas de restauración, con frecuencia muy complejas y costosas, que se acometerían mejor por un único operador (el más potente). Por ello, la LRM atempera la regla de la responsabilidad mancomunada con la previsión de que la Administración podrá acordar y ejecutar por sí misma las medidas de prevención, de evitación o de reparación de los daños cuando “haya diversos operadores responsables y no sea posible una distribución eficaz en el tiempo y en el espacio que garantice la correcta ejecución de las medidas”, dictando con posterioridad una resolución fijando el importe de los costes de las medidas ejecutadas y el obligado u obligados a satisfacerlos, la cual será susceptible de ejecución forzosa (art. 23).

En cuanto a las *causas de exención de la responsabilidad*, deben mencionarse, en primer lugar, las contempladas con carácter general en la Directiva ELD, que incluyen determinados supuestos que son usuales en los regímenes de responsabilidad civil (fuerza mayor, actuación de un tercero ajeno al ámbito de la organización, cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria dictada por una autoridad pública competente), o en las normas de protección ambiental de la Unión Europea (actividades cuyo principal propósito sea servir a la defensa nacional o a la seguridad internacional), así como la exclusión lógica de las actividades cuyo único propósito sea la protección contra los desastres naturales.

En segundo lugar, hay dos casusas de excepción en las que el operador está obligado a prevenir o reparar el daño pero queda exento de sufragar el coste de las medidas adoptadas, y que son opcionales para los Estados miembros, existiendo una gran divergencia en las normas nacionales de transposición (casi la mitad de los Estados miembros han incluido ambas excepciones, casi la mitad las han excluido, y otros Estados han admitido únicamente una de ellas). Son razones de excepción cuya admisión es objeto de polémica en la mayoría de los Estados miembros (aun aquellos, como España, que las han admitido), y que deben interpretarse restrictivamente si no se quiere desvirtuar el régimen de responsabilidad objetiva previsto en la Ley. Se trata de los casos en los que el operador demuestre «que no ha incurrido en culpa, dolo o negligencia y que concurre, además, alguna de las siguientes circunstancias»:

a) Que la emisión o el hecho que sea causa directa del daño medioambiental constituya *el objeto expreso y específico de una*

autorización administrativa otorgada de conformidad con la normativa aplicable a las actividades enumeradas en el Anexo III¹¹.

b) La conocida como causa de exclusión del “estado del arte” (según la expresión anglosajona *state of the art*) o de los “daños del progreso” o “del desarrollo”: que el operador pruebe que el daño medioambiental fue causado por una actividad, una emisión, o la utilización de un producto que, en el momento de realizarse o utilizarse, no eran considerados como potencialmente perjudiciales para el medioambiente con arreglo al estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en aquel momento¹².

La LRM excluye, por último, de su ámbito de aplicación determinadas actividades cuyo régimen de responsabilidad está establecido en Convenios internacionales (incidentes o actividades que empleen materiales regulados por la normativa europea del Tratado EURATOM o por los convenios internacionales enumerados en el Anexo V).

11 Se trata éste de un supuesto de exclusión que debe interpretarse de forma restrictiva para que no quede en nada el régimen de responsabilidad objetiva previsto por la Ley. Hay que entender así que la autorización debe referirse expresa y específicamente a «la emisión» o «el hecho que sea causa directa del daño ambiental» (por ejemplo, un vertido en aguas continentales), de tal forma que el objeto de la misma será específicamente la emisión o el hecho productor de daños ambientales y no el desarrollo de la actividad. La Ley precisa asimismo que, para que concurra esta causa de exención, es necesario que el operador se haya ajustado estrictamente en el desarrollo de la actividad a las determinaciones o condiciones establecidas al efecto en la autorización y a la normativa que le sea aplicable en el momento de producirse la emisión o el hecho causante del daño medioambiental.

12 Esta causa de exclusión, a diferencia de la anterior, no es extraña a nuestro ordenamiento jurídico, ya que se recoge de forma expresa tanto en la legislación de responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 141 de la LRJAP), como en la legislación reguladora de la responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos [art. 140.e) del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios]. La aplicación de esta causa de exoneración en el ámbito de la responsabilidad medioambiental no está exenta, sin embargo, de problemas.

Además de las dificultades de interpretación que plantea (en especial, qué debe entenderse por «estado de los conocimientos científicos y técnicos»), llama la atención que su reconocimiento parece entrar en contradicción con el propio ámbito de aplicación de la Ley, en cuanto supone, en gran medida, dejar sin efecto el sistema de responsabilidad objetiva para el supuesto de daños ocasionados en el futuro por determinadas actividades potencialmente peligrosas, en especial la utilización confinada o liberación intencional en el medioambiente, transporte y modificación de organismos modificados genéticamente, cuya regulación por la Unión Europea se basa fundamentalmente en el principio de precaución, al no existir todavía evidencias científicas incontrovertidas sobre los daños que pueden ocasionar al medioambiente. Resulta difícil imaginar un daño que pueda producir en el futuro la ingeniería genética que no sea un riesgo del desarrollo.

B) Sistema administrativo de responsabilidad controlado por la jurisdicción contencioso-administrativa

Se puede hablar, como lo hace el Preámbulo de la Ley, de un «régimen administrativo» de responsabilidad, pues no son los interesados quienes instan ante los tribunales la reparación del daño, como ocurre en los sistemas tradicionales, sino que es a la Administración a quien corresponde, en el caso de que el operador no actúe por sí mismo, garantizar la prevención o restauración de los daños.

En principio, corresponde al operador, sin necesidad de advertencia o requerimiento previo, la adopción de las medidas necesarias para la prevención y, en caso de haberse producido ya un evento dañoso, de evitación de nuevos daños. Los operadores pondrán en conocimiento inmediato de la autoridad competente todos los aspectos relativos a los daños medioambientales o a la amenaza de tales daños, así como las medidas de prevención y evitación adoptadas. En estos casos, la autoridad competente podrá adoptar en cualquier momento, y mediante resolución motivada, cualquiera de las siguientes decisiones: a. exigir al operador que facilite información sobre toda amenaza inminente de producción de daño medioambiental cuando existan indicios de que va a producirse; b. exigir al operador que adopte inmediatamente las medidas encaminadas a prevenir y a evitar tales daños y requerir su cumplimiento; c. dar al operador instrucciones de obligado cumplimiento sobre las medidas de prevención o de evitación de nuevos daños que deba adoptar o, en su caso, dejar sin efecto; d. ejecutar a costa del sujeto responsable las medidas de prevención o de evitación cuando concurren las circunstancias previstas en la Ley (artículos 23 y 47).

En cuanto a la reparación de los daños, el operador de cualquiera de las actividades económicas o profesionales enumeradas en el anexo III que cause daños medioambientales como consecuencia del desarrollo de tales actividades, está obligado a ponerlo en conocimiento inmediato de la autoridad competente y a adoptar las medidas de reparación que procedan de conformidad con lo dispuesto en la Ley. Para ello, sin demora y sin necesidad de advertencia previa, el operador: a. adoptará todas aquellas medidas provisionales necesarias para, de forma inmediata, reparar, restaurar o reemplazar los recursos naturales y servicios de recursos naturales dañados; b. someterá a la aprobación de la autoridad competente una propuesta de medidas reparadoras elaborada conforme a las previsiones del Anexo II.

La autoridad competente aprobará o modificará las medidas propuestas y dará instrucciones al operador sobre la aplicación de las mismas. El TJUE ha reconocido, además, a la autoridad competente la posibilidad de “modificar,

incluso de oficio, es decir al margen de una propuesta inicial del operador, medidas reparadoras del medio ambiente adoptadas anteriormente. En efecto, dicha autoridad puede, en particular, declarar en la práctica la necesidad de una acción complementaria a la que ya se ha adoptado o llegar a la conclusión de que las medidas inicialmente adoptadas resultan ser ineficaces y que son necesarias otras medidas para reparar una determinada contaminación medioambiental”, pero para ello, y por exigencia del principio de contradicción, debe “oír a los operadores a los que se impongan tales medidas, salvo cuando la urgencia de la situación medioambiental exija una actuación inmediata por parte de la autoridad competente” (Sentencia del TJUE, Gran Sala, de 9 de marzo de 2010, recurso C-379/2008, por la que se resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo Regional de Sicilia).

En el caso de que el operador responsable no proceda a adoptar las medidas precisas, la autoridad competente resolverá sobre las mismas, requerirá su adopción y, de no ser atendida, procederá a su ejecución forzosa (para lo que se le reconocen los procedimientos de ejecución subsidiaria y de aplicación de multas coercitivas previstos con carácter general en la LRJAP), y aplicará, en su caso (y únicamente a los operadores privados), las sanciones que establece y regula el Capítulo V de la Ley para los casos de infracciones de sus previsiones.

Especial importancia reviste, en este tipo de procedimientos, la adopción por la autoridad competente de medidas provisionales de carácter preventivo o de evitación de nuevos daños que sean necesarias «para que no se agrave la situación ni se causen daños medioambientales y, especialmente, para garantizar la salud humana» (art. 44).

Interesa señalar que, en cualquier momento del procedimiento, se permite que se llegue a un acuerdo entre el operador y la autoridad responsable sobre cómo efectuar la reparación del recurso natural dañado (contenido y alcance de las medidas de reparación, forma y plazos de ejecución, etc.). De lo que se trata es de *favorecer la adopción voluntaria por el operador de las medidas de reparación*, ya sea proponiendo de forma voluntaria el sistema de reparación, o ya sea mediante la posibilidad de una «terminación convencional del procedimiento» de exigencia de responsabilidad medioambiental que, además de agilizar la restauración de los daños, puede resultar ventajosa también para el responsable, en la medida en que le permite proponer el sistema de reparación que, dentro de los criterios establecidos por la legislación, le resulte más conveniente (y que con mucha probabilidad va a resultarle más ventajoso que el que le imponga la Administración).

Con este «régimen administrativo» de garantía de la reparación cuyas líneas fundamentales acabamos de exponer se subsanan, como vemos, algunos de los mayores obstáculos que presenta el sistema de

responsabilidad extracontractual para lograr una reparación efectiva de los daños ambientales, como son la necesidad de que sean los interesados quienes insten la acción de responsabilidad, y el hecho de que, en caso de prosperar su pretensión, se beneficien, con frecuencia, de una indemnización que nada garantiza que se destine a la restauración de los daños.

La actuación de las autoridades encargadas de aplicar el sistema se controla por la jurisdicción contencioso-administrativa. Para ello, se contempla la posibilidad de que los interesados insten la intervención administrativa que consideran necesaria y, en caso de no ser atendidos, interpongan los recursos administrativos y contencioso-administrativos que resulten procedentes (arts. 41 y siguientes de la LRM).

La Ley reconoce la condición de interesados a quienes tengan derechos o intereses legítimos afectados por los daños o la amenaza de los mismos y a asociaciones ambientales que cumplan determinados requisitos, que son los mismos que prevé la Ley 27/2006, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, para reconocerles la «acción pública» ambiental, esto es, cualesquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro que acrediten el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) que tengan entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular; b) que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y que vengan ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos; y c) que según sus estatutos desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por el daño medioambiental o la amenaza de daño.

La LRM introduce, además, la legitimación del Ministerio Fiscal para intervenir «en cualesquiera procesos contencioso-administrativos que tengan por objeto la aplicación de esta ley» (Disposición Adicional Octava). Con esta legitimación, y siempre que se interprete en un sentido amplio — como comprensiva tanto de la vía procesal como de la administrativa previa, en cuanto presupuesto procesal para la intervención de la jurisdicción—, se suple la falta de legitimación en nuestro Derecho de la Administración del Estado para exigir de las autoridades autonómicas medidas concretas de protección ambiental cuando son éstas las responsables de adoptarlas.

La legitimación del Fiscal para intervenir en el procedimiento de exigencia de responsabilidad medioambiental viene respaldada por la función que le otorga el art. 124 de la Constitución Española para defender la legalidad y el interés público. El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 51/1980, de 30 de diciembre) reconoce, además, de forma expresa, que el Ministerio Fiscal tiene como función “ejercitar la acción pública en cualquier tipo de

procedimiento, directamente o a través de instrucciones impartidas a los delegados, cuando aquella venga prevista en las diferentes Leyes y normas de carácter medioambiental, exigiendo las responsabilidades que procedan”.

La legitimación del Ministerio Fiscal para instar el inicio del procedimiento de exigencia de responsabilidad para la prevención o reparación de los daños en vía administrativa y, en caso de no ser atendido por la autoridad competente, en vía de recurso contencioso-administrativo, ha sido ya reconocida expresamente por varios Autos de Tribunales Superiores de Justicia de las comunidades autónomas (véase, entre otros, el Auto del TSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de julio de 2010, dictado en el procedimiento n.º 419/2009).

C) El objetivo del sistema de responsabilidad medioambiental es la recuperación del estado que los recursos naturales tenían antes de sufrir el daño

El objetivo de la LRM es lograr la reparación de los daños, no su indemnización, ya sea aplicando medidas de restauración de los recursos naturales dañados, denominadas medidas de reparación primaria, y, cuando ello no sea posible, mediante una reparación complementaria dirigida a compensar el daño mediante otras actuaciones en recursos naturales lo más similares que sea posible al dañado.

La LRM define las “medidas de reparación” como «toda acción o conjunto de acciones, incluidas las de carácter provisional, que tenga por objeto reparar, restaurar o reemplazar los recursos naturales y servicios de recursos naturales dañados, o facilitar una alternativa equivalente a ellos según lo previsto en el Anexo II», que establece «un marco común que habrá de seguirse a fin de elegir las medidas más adecuadas para garantizar la reparación del daño medioambiental».

El concepto y los objetivos de la reparación que establece este Anexo II difieren en función del recurso objeto de protección, de tal forma que:

Para el caso de *daños al suelo*, las medidas de reparación, que se adoptarán en el marco de la legislación de residuos, consistirán en la eliminación, control, contención o reducción de sustancias, preparados, organismos o microorganismos nocivos, de forma que el suelo afectado deje de suponer una amenaza significativa de que se produzcan efectos adversos para la salud o para el medioambiente.

Para *el resto de los daños medioambientales*, esto es, los que afecten a las especies silvestres, los hábitats, las aguas o la ribera del mar y de las rías, la acción de reparación supone la recuperación del estado que esos recursos y elementos tenían en el momento de sufrir el daño medioambiental

(«estado básico»), así como la recuperación de los servicios y funciones que los mismos prestaban a otros recursos naturales, al ecosistema, o a la sociedad. Además, la reparación de los daños medioambientales en estos supuestos deberá eliminar toda amenaza significativa de que se produzcan efectos desfavorables para la salud humana. Se trata, por tanto, en estos casos de obligar al responsable a *devolver el recurso natural dañado a su estado originario*, cualquiera que sea el coste de la reparación, aplicando medidas de restauración de los recursos naturales dañados, denominadas medidas de reparación primaria, y, cuando ello no sea posible, mediante una reparación complementaria dirigida a compensar el daño mediante otras actuaciones en recursos naturales lo más similares que sea posible al dañado.

En cuanto a las medidas complementarias, el Anexo II dispone que su finalidad es «proporcionar un nivel de recursos naturales o servicios de recursos naturales —inclusive, si procede, en un lugar alternativo— similar al que se habría proporcionado si el lugar dañado se hubiera restituido a su estado básico. En la medida en que sea posible y adecuado, el lugar alternativo deberá estar vinculado geográficamente al lugar dañado, teniendo en cuenta los intereses de la población afectada».

Además de las medidas complementarias, la Ley prevé las denominadas «medidas compensatorias», definidas como toda acción adoptada para «compensar las pérdidas provisionales de recursos naturales o servicios de recursos naturales que tengan lugar desde la fecha en que se produjo el daño hasta el momento en que la reparación primaria haya surtido todo su efecto». Esta acción, añade expresamente el Anexo II de la Ley «no consiste en una compensación financiera al público».

La aplicación de las medidas compensatorias y complementarias resulta compleja pues, en cuanto supone la creación adicional de recursos naturales y de servicios, es necesario disponer de criterios de equivalencia y de un modelo económico de asignación de valor a los bienes y servicios ambientales.

Las normas del Anexo II de la LRM que fijan el marco común para la reparación de los daños medioambientales, junto con las que pueda establecer con carácter complementario la legislación autonómica, resultan aplicables «en la determinación de la obligación de reparación de daños medioambientales, con independencia de que tal obligación se exija en un proceso judicial civil, penal o contencioso-administrativo o en un procedimiento administrativo» (disposición adicional novena). Se trata ésta de una de las previsiones más importantes de la Ley, que no puede dejar de alabarse, a pesar de las dificultades que, sin duda, va a conllevar insertar este nuevo sistema de restauración de daños a los recursos naturales, mediante medidas de reparación primaria, compensatorias y

complementarias, en procedimientos y jurisdicciones acostumbradas a seguir sistemas de reparación más fáciles de aplicar.

Interesa señalar que, en las leyes administrativas medioambientales aprobadas con posterioridad a la LRM, ya se incluye una cláusula expresa de remisión al sistema de esta Ley para la reparación de los daños medioambientales [así lo hacen: la Ley 42/2007, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad; la Ley 8/2010, por la que se establece el régimen sancionador previsto en los Reglamentos CE que regulan las sustancias y mezclas químicas (Reglamentos REACH y CLP); y la Ley 41/2010, de protección del medio marino]. En las normas anteriores, se deberá aplicar igualmente este sistema, en cuanto previsto en una Ley posterior y especial en relación a los daños medioambientales.

D) El sistema de responsabilidad medioambiental se dirige no sólo a la reparación de los daños sino también a su prevención

Una de las mayores novedades del nuevo sistema de responsabilidad medioambiental es, como ya hemos adelantado, que se dirige no solo a reparar, sino también a prevenir los daños al medioambiente, lo que rompe el esquema tradicional de la responsabilidad extracontractual en nuestro Derecho, en cuanto la nota característica de la misma, tanto la de carácter civil como administrativo, se ha considerado siempre que radica en la producción efectiva de un daño que debe ser objeto de reparación.

La LRM amplía, sin embargo, de acuerdo con la Directiva que transpone, el ámbito del que deberíamos llamar con mayor propiedad «derecho de daños al medioambiente» a la prevención de los mismos, que se configura como un deber del operador en virtud del cual, en el supuesto de una «amenaza inminente de daños medioambientales», como consecuencia de cualquier actividad económica o profesional, el operador (con independencia de que sea o no responsable de adoptar medidas de reparación conforme a lo dispuesto en la Ley), deberá acometer sin demora y sin necesidad de advertencia o requerimiento administrativo, «las medidas preventivas apropiadas», así como poner en conocimiento “de inmediato” (“sin demora” dice la Directiva) el suceso y las medidas adoptadas a la autoridad administrativa competente (art. 17).

Este deber se configura de forma objetiva, con independencia de que concurra o no dolo, culpa o negligencia por parte del operador (según dispone expresamente el art. 3.2 de la LRM), y, en caso de que el operador no adopte por decisión propia las medidas preventivas apropiadas, se iniciará, de oficio o a instancia de cualquier interesado, el procedimiento de exigencia de responsabilidad en el que se dictará una resolución sobre la responsabilidad medioambiental que corresponda al operador. En los casos de prevención de daños, esta resolución de la autoridad competente incluirá

la “definición de las medidas de prevención o de evitación de nuevos daños que se deban adoptar, acompañadas, en su caso, de las instrucciones oportunas sobre su correcta ejecución” [art. 45.2.c].

La función preventiva de la LRM que, en principio, parecería que tiene una funcionalidad limitada -debido a que normalmente los daños ocasionados por las actividades industriales (contaminaciones, vertidos, etc.) se manifiestan cuando ya se han producido (a no ser que se ponga de manifiesto el riesgo en el curso de una inspección)-, puede, sin embargo, llegar a adquirir una importante función de protección ambiental si se acepta que la posibilidad de que se pueda instar el procedimiento para que la Administración evite, revocando autorizaciones o licencias si es preciso, el propio inicio de actuaciones económicas o profesionales que se consideren contrarias a la legalidad y sean susceptibles de causar daños medioambientales. La amenaza inminente de daños medioambientales no se deriva en estos casos de la actividad del operador sino del hecho de que comience su actividad y acometa, en su caso, las obras necesarias para ello. Si bien este supuesto no parece estuviera *in mente* del legislador al elaborar la LRM, nada impide que su sistema de prevención se aplique a este tipo de supuestos, dado el concepto tan amplio de “daño medioambiental” que acoge la Ley.

Esta nueva virtualidad de la Ley se puede ver, además, potenciada al reconocer la LRM, como se verá, la legitimación del Ministerio Fiscal para intervenir en los procedimientos de responsabilidad medioambiental (Disposición Adicional Octava de la Ley), por lo que podrá instar de la Administración y, en su caso, de los tribunales, la adopción de este tipo de medidas de prevención¹³.

Interesa señalar, por último, que la LRM ha introducido las denominadas *medidas de evitación de nuevos daños*. Se trata de un término acuñado por la Ley española, puesto que no se contiene en la Directiva que transpone (pudiendo subsumirse en el concepto de medidas de reparación que la misma contiene), y comprende toda aquella medida que «producido ya un daño medioambiental, tenga por finalidad limitar o impedir mayores daños

13 Véase, entre otros, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 16 de julio de 2010 citado. Se trata éste de un proceso, aún pendiente de Sentencia, de singular interés, por cuanto el Ministerio Fiscal actuó frente a la construcción de unos parques eólicos en una zona protegida (Lugar de Interés Comunitario o LIC), por considerarse que se había fraccionado indebidamente el proyecto para evitar la aplicación de la legislación de evaluación de impacto ambiental. El Ministerio Fiscal procedió, en primer lugar, a instar de la Administración autonómica la revocación de la autorización administrativa otorgada y la exigencia al operador de la paralización de las obras para evitar el daño ambiental definido en el art. 2 de la LRM, y, ante la desestimación de esta solicitud por la autoridad administrativa, interpuso recurso contencioso-administrativo que fue admitido y determinó la adopción de una medida cautelar de paralización de las obras de construcción de los parques eólicos (mediante Auto de 28 de octubre de 2009).

medioambientales, controlando, conteniendo o eliminando los factores que han originado el daño, o haciendo frente a ellos de cualquier otra manera».

IV. LA OBLIGATORIEDAD DE LA GARANTÍA FINANCIERA DE LOS DAÑOS MEDIOAMBIENTALES PARA LOS OPERADORES DEL ANEXO III: UNA PREVISIÓN LEGAL EN ENTREDICHO

Todo sistema de responsabilidad objetiva exige, para no tropezar con la eventual insolvencia de los sujetos responsables, un sistema de aseguramiento obligatorio de los daños. Existen ya previsiones de seguros de responsabilidad civil frente a los daños ambientales en algunas leyes sectoriales: la cobertura mediante seguro es impuesta como obligatoria para determinadas actividades, tales como: transporte de hidrocarburos, energía nuclear o gestión de residuos.

Sin embargo, el aseguramiento de los riesgos fue una de las cuestiones que más polémica suscitó en la elaboración de la Directiva ELD, por la oposición de algunos Estados (singularmente Alemania) a implantarlo, optándose finalmente por no adoptar un sistema armonizado de garantía financiera obligatoria a nivel europeo. La Directiva se limitó a instar a los Estados a que fomentasen el desarrollo de mercados e instrumentos de garantías financieras, y dispuso que en el informe sobre su aplicación que la Comisión debía presentar en 2010 se evaluaran todos los aspectos relativos a las condiciones de los seguros y otros tipos de garantías financieras, a fin de hacer, si procedía, una propuesta relativa a un sistema de garantía financiera armonizada a nivel europeo.

El citado Informe fue presentado el 12 de octubre de 2010, pero no ha propuesto la implantación de una garantía financiera obligatoria armonizada a nivel europeo, por considerar que, dada la escasa experiencia en la aplicación de la Directiva ELD, no existe justificación suficiente en el momento actual para introducir un sistema armonizado a nivel europeo. Se afirma, no obstante, que la Comisión “va a hacer un seguimiento de los últimos acontecimientos, tales como el vertido del Golfo de México, que podrían justificar una iniciativa en este ámbito”. La opción por una garantía financiera obligatoria será, en todo caso, “reexaminada antes de la revisión de la Directiva prevista para 2014”.

Resulta un obstáculo importante para la aplicación efectiva de la Directiva ELD el hecho de que la Comisión no haya optado todavía por introducir un sistema armonizado a nivel europeo de garantía financiera obligatoria (hasta el momento únicamente ocho Estados miembros, entre ellos España, lo han establecido en su Derecho interno). El aseguramiento de los daños es fundamental, como hemos dicho, para evitar una eventual insolvencia de los sujetos responsables, y, si bien es cierto que los propios operadores deberían procurarlo, en el propio Informe se reconoce que éstos, y, en

especial, los del Anexo III de la Directiva, no han adaptado todavía sus pólizas de seguro para cubrir la responsabilidad medioambiental, y algunos ni siquiera tienen noticia de su entrada en vigor. Este hecho, unido a la buena disposición del sector asegurador a ofrecer, bajo ciertas condiciones, productos que cubran estos riesgos (como reconoce también el Informe), hubieran justificado suficientemente la introducción de un sistema armonizado de aseguramiento obligatorio de los daños, en especial cuando las disparidades en los sistemas nacionales existentes pueden conducir a distorsiones en la competencia contrarias al Derecho de la Unión Europea.

La LRM sí ha previsto un sistema de garantías financieras obligatorias de los riesgos por parte de los operadores responsables, con lo que España es uno de los nueve Estados miembros pioneros (junto con Portugal, Bulgaria, Grecia, España, Hungría, Eslovaquia, República Checa y Rumanía) en la creación de una garantía obligatoria del régimen de responsabilidad medioambiental. La Ley establece la obligación de todo operador de las actividades incluidas en el Anexo III de disponer de una garantía financiera obligatoria, bien mediante la suscripción de póliza de seguro, que va a ser la fórmula habitual, bien con la obtención de un aval por una entidad financiera autorizada, o bien mediante la constitución de una reserva técnica mediante la dotación de un fondo *ad hoc* (materializado en inversiones financieras respaldadas por el sector público).

Debemos señalar, sin embargo, que, tal y como está previsto, se trata de un sistema muy limitado de cobertura obligatoria de los daños (fue producto de una ardua negociación con el sector financiero y, en especial, el asegurador), debido a: (i) las exenciones de la obligación de constitución de la garantía, que reposan en el argumento del escaso potencial de daños (menos de 300.000 euros), o daños de alcance moderado (daños cuya reparación se evalúe por una cantidad comprendida entre 300.000 y 2.000.000 de euros), cuando se trate de actividades adheridas al sistema europeo de gestión y auditoría medioambiental EMAS, o bien al sistema de gestión medioambiental UNE-EN ISO 14001. Las personas jurídico-públicas quedan exentas, igualmente, de la obligación de constituir una garantía; (ii) las limitaciones impuestas en relación a los costes cubiertos (la cobertura de la garantía financiera obligatoria nunca será superior a 20 millones de euros); (iii) el ámbito temporal de aplicación de la garantía, que se limita al periodo que dura la actividad, cuando los daños pueden manifestarse con posterioridad; (iv) las previsiones relativas a su entrada en vigor, que la posponen hasta la aprobación, a partir del 20 de abril de 2010, de las órdenes ministeriales que exigibilidad de la garantía financiera obligatoria a los distintos sectores de actividad (Disposición Adicional Cuarta), sin perjuicio, claro está, de que voluntariamente las empresas puedan obtener tal garantía antes de dicha fecha.

Pero, incluso con este carácter limitado, puede decirse que actualmente la aplicación efectiva del sistema de garantía financiera obligatoria está en entredicho como consecuencia de los desarrollos normativos que han tenido lugar y que pasamos a exponer.

- Se ha pospuesto la obligación de constituir la garantía financiera obligatoria, mediante la Orden ARM/1783/2011, de 22 de junio de 2011, por la que se establece el orden de prioridad y el calendario para la aprobación de las órdenes ministeriales a partir de las cuales será exigible la constitución de esta garantía. La Orden, siguiendo lo dispuesto en la Ley (Disposición Final Cuarta), hace depender la obligación de constituir garantía financiera para los operadores del anexo III de la aprobación de órdenes sectoriales por el Ministerio, pero la Ley prevé su aprobación “a partir del 30 de abril de 2010”, y mediante esta Orden se establece un calendario gradual (atendiendo fundamentalmente al índice de peligrosidad o de siniestralidad), en virtud del cual en ningún caso se aprobarán, para los sectores de actividad clasificados con la mayor prioridad, antes de los dos años desde su entrada en vigor, esto es, antes del 30 de junio de 2013¹⁴. Y la aprobación de las órdenes es sólo el primer paso, pues, de acuerdo con sus prescripciones, los operadores de las actividades afectadas deberán realizar sus propuestas de análisis de riesgos medioambientales –que identificarán los escenarios de riesgo de su instalación y la probabilidad de ocurrencia del riesgo en cada escenario- y éstos deberán ser aprobados por la autoridad competente para que ésta determine la cantidad que, como mínimo, deberá garantizarse de forma obligatoria¹⁵.

¹⁴ Dispone esta norma que “las órdenes ministeriales de exigibilidad de la garantía financiera obligatoria a los sectores de actividad que estén clasificados con la letra F se publicarán a partir de los dos años desde la entrada en vigor de esta orden, las relativas a los sectores clasificados con la letra E se publicarán a partir de los tres años, y a partir de los cinco años desde la entrada en vigor de esta orden para los sectores de actividad que estén clasificados con las letras A, B, C y D”.

¹⁵ De acuerdo con el Real Decreto 2090/2008, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la LRM, el análisis de riesgos medioambientales debe ser realizado por el operador o un tercero contratado por éste, siguiendo el esquema establecido por la norma UNE 150.008 u otras normas equivalentes y deberá ser verificado por una entidad acreditada.

Sin embargo, para facilitar la evaluación de los escenarios de riesgos así como para reducir el coste de su realización, el Reglamento prevé distintos instrumentos de carácter voluntario, tales como los modelos de informe sectoriales de riesgos ambientales tipo, las tablas de baremos o las guías metodológicas, de manera que la previsión general de realización de un análisis de riesgos íntegro por instalación se flexibiliza a través de estos instrumentos colectivos que permiten la particularización para casos concretos de las previsiones generales contenidas en los mismos.

Los modelos de informe sectoriales de riesgos ambientales tipo -los denominados MIRAT-,

- Se ha habilitado al Gobierno para introducir excepciones a la obligación de constituir garantía financiera obligatoria. El Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio (de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa), ha introducido un nuevo supuesto de exención de la obligación de constituir garantía financiera obligatoria. De acuerdo con el nuevo párrafo 4 del artículo 28 de la LRM, “los operadores de las actividades que cumplan con los criterios y condiciones de exclusión que se establezcan reglamentariamente, de acuerdo con la disposición final tercera, quedarán exentos de constituir garantía financiera obligatoria, y por tanto de elevar una propuesta a la autoridad competente para la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 24.3”.

La actual crisis económica, y el hecho de la Comisión no haya optado todavía por la adopción de un sistema armonizado a nivel europeo de garantía financiera obligatoria para los operadores del anexo III, explican que se haya optado por posponer y flexibilizar su aplicación, siendo previsible la exención de esta obligación para determinados sectores especialmente castigados por la crisis.

Pero, en cualquier caso, la conveniencia, por no decir necesidad, de que los operadores sometidos a responsabilidad objetiva garanticen sus riesgos medioambientales subsiste, pues, como precisa la LRM, la determinación de la cantidad que, como mínimo, deberá garantizarse de forma obligatoria “no limitará en sentido alguno las responsabilidades establecidas en la Ley”, y la responsabilidad de reparación de los recursos naturales dañados es ilimitada, hasta su total restauración, para los operadores responsables. Por ello, con independencia de la obligatoriedad, en su caso, de suscribir una garantía financiera, los operadores pueden, y de hecho muchos de ellos ya lo están haciendo, suscribir voluntariamente pólizas de seguro que cubran los riesgos medioambientales y, en este sentido, se ofrecen ya varios productos en el mercado¹⁶.

incorporan todas las tipologías de actividades e instalaciones de un sector en todos los escenarios accidentales relevantes. Partiendo de los criterios y guías recogidos en los MIRAT, el análisis de riesgos deberá particularizarlos para la realidad del entorno y emplazamiento específico donde se ubique la instalación o actividad.

Asimismo, las órdenes sectoriales de desarrollo de la LRM podrán contener tablas de baremos para la determinación de las cantidades que deben garantizarse, cuando se trate de sectores o subsectores de actividad o de pequeñas o medianas empresas que, por su alto grado de homogeneidad permitan la estandarización de sus riesgos ambientales, por ser éstos limitados, identificables y conocidos (no siendo necesario por tanto, en estos casos, realizar un análisis de riesgos medioambientales).

¹⁶ En este ámbito de los riesgos ambientales opera el denominado «Pool español de riesgos medioambientales», constituido en 1994, que es una agrupación de empresas aseguradoras

Interesa señalar, por último, que la LRM crea un *Fondo estatal de reparación de daños medioambientales*, como complemento de las garantías financieras obligatorias. El objeto del fondo es sufragar los costes derivados de las medidas de prevención, evitación y reparación, pero su alcance, tal como está previsto en la Ley, es muy limitado, pues cubre solamente los daños a los bienes públicos de titularidad estatal cuando corresponda al Estado determinar las medidas de prevención, reparación o evitación y cuando éstas no deban ser sufragadas por el operador al concurrir determinadas causas de exención. El Fondo será gestionado por el Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino y se dotará con cargo a los presupuestos generales del Estado. Se prevé que las comunidades autónomas podrán participar en su financiación y gestión, en cuyo caso el ámbito de cobertura podrá ampliarse a otros daños.

y reaseguradoras para la suscripción conjunta (coaseguro o correaseguro) de riesgos ambientales. El Pool ha elaborado un nuevo seguro adaptado a los requerimientos de la LRM, denominado "Seguro de responsabilidad civil y medioambiental por contaminación". Este seguro está estructurado en tres módulos de cobertura: A. responsabilidad medioambiental por contaminación; B. descontaminación del propio suelo; C. responsabilidad civil por contaminación (asegura los daños a terceros, en sus propiedades y derechos). Para las actividades del Anexo III de la LRM, el módulo A es de contratación básica y los B) y C) complementarios y de contratación voluntaria. Para contratar los seguros, las empresas pueden dirigirse a cualquiera de las aseguradoras que son miembros del Pool (para más información puede consultarse su página web: www.perm.es).