

TESIS DE LA UNIVERSIDAD
DE ZARAGOZA

2022

153

José Antonio Mandiá Orosa

Responsabilidad del operador y del administrador social por daños al medioambiente

Director/es

Dra. Mercedes Zubiri de Salinas

<http://zaguan.unizar.es/collection/Tesis>

ISSN 2254-7606



Premsas de la Universidad
Universidad Zaragoza



Universidad
Zaragoza

Tesis Doctoral

**RESPONSABILIDAD DEL OPERADOR Y DEL
ADMINISTRADOR SOCIAL POR DAÑOS AL
MEDIOAMBIENTE**

Autor

José Antonio Mandiá Orosa

Director/es

Dra. Mercedes Zubiri de Salinas

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
Escuela de Doctorado

Programa de Doctorado en Derecho

2020

Universidad de Zaragoza
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho de la Empresa



**Responsabilidad del operador y del administrador social por
daños al medio ambiente**

TESIS DOCTORAL

Presentada por:
José Antonio Mandiá Orosa

Dirigida por:
Dr.^a MERCEDES ZUBIRI DE SALINAS
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Acreditada como Catedrática
Universidad de Zaragoza

Zaragoza 20 de marzo 2020

GRACIAS

Quiero expresar mi agradecimiento a mi esposa Rosa, por su abnegación y esfuerzo, ya que sin su apoyo no sería posible seguir con este trabajo.

A mi directora de tesis Mercedes Zubiri de Salinas, por su gran paciencia y asesoramiento para el desarrollo de esta tesis, sin ella no podría verse culminada.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AA VV	Autores vários
Art.	Artículo
AUE	Acta Única Europea
BGB	Código civil alemán
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
CC.AA.	Comunidades Autónomas
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CE	Constitución Española
C.E.	Comunidad Europea
CEE	Comunidad Económica Europea
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
CTPRDM	Comisión técnica de prevención y reparación de daños medioambientales
DEA	Diploma de Estudios Avanzados
DGSFP	Dirección General de Seguros y Fondo de Pensiones
DRM	Directiva 2004/35/CE 21 de abril de 2004 Sobre la responsabilidad medioambiental
DISP.ADIC.	Disposición adicional
DISP. TRANSIT.	Disposición transitoria
EDIT.	Editorial.
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EE.MM	Estados Miembros
EE.UU.	Estados Unidos
GG	Ley Fundamental de Bonn de 23 mayo1949
GPP	Grupo Parlamentario Popular
GPS	Grupo Parlamentario Socialista
HGB	Código de comercio alemán
IBID.	En el mismo lugar.
IARM	Informe de Análisis de Riesgos Medioambientales.
JG	Junta General
LB	Libro Blanco

LECiv	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGT	Ley General Tributaria
LPACAP	Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LRM	Ley de Responsabilidad Medioambiental.
LR	Ley de Residuos
LRSC	Ley de Residuos y Suelos Contaminados
LRJAPC	Ley Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRJSP	Ley Régimen Jurídico del Sector Público
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LOSSEAR	Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades Aseguradoras y reaseguradoras
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LV	Libro Verde
MAGRAMA	Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente
MA	Medio Ambiente
Núm.	Número
OO.MM.	Órdenes Ministeriales
Pág.	Página
Párr.	Párrafo
Prof.	Profesor
Prof. ^a	Profesora
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Legislativo
RDM	Revista de Derecho Mercantil
REDJ	Revista de Estudios de Derecho Judicial
RIE	Revista de Instituciones Europeas
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RPJ	Revista del Poder Judicial
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
SC	Sociedad de Capital
STS.	Sentencia del Tribunal Supremo
STC.	Tribunal Constitucional
Ss.CC.	Sentencias de la Corte di Cassazione italiana
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TRLSC	Testo Refundido Ley de Sociedades de Capital
TS	Tribunal Supremo

TRLOSSP	Texto Refundido Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
V.gr.	Verbi gratia
Vid.	Véase

INDICE GENERAL

	<u>Páginas</u>
ABREVIATURAS	5
INDICE.....	9
 CAPITULO I	
INTRODUCCIÓN.....	21
1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	21
2. OBJETIVOS Y PLANTEAMIENTOS DE LA	25
INVESTIGACIÓN.	
A) Generales.....	25
B) Específicos.....	26
C) Límites.....	27
3. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO.....	28
4. METODOLOGÍA DEL TRABAJO.....	30
 CAPÍTULO II	
CONCEPTOS BÁSICOS	
1. Conceptos básicos.....	37
A) Ambiente y medio ambiente	37
B) Concepto restringido y amplio del medio ambiente.....	40
C) Medio ambiente como bien jurídico tutelado.....	46

**CAPITULO III
 PROTECCIÓN DEL DERECHO MEDIOAMBIENTAL EN EL
 DERECHO ESPAÑOL Y SU RECONOCIMIENTO
 CONSTITUCIONAL.**

1. ANTECEDENTES DE LA LEY 26/2007	51
a) Planteamiento.....	53
b) Reconocimiento constitucional del medio ambiente.....	56
A) Constitución española.....	59
a) Artículo 45 de la Constitución.....	61
b) Protección.....	65
c) Competencia en materia medioambiental.....	66
d) Legitimación.....	68

**CAPITULO IV.
 RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO
 MEDIOAMBIENTAL EN DIVERSOS
 ESTADOS DE LA UE.**

1. INTRODUCCIÓN	69
2. CONSTITUCIÓN ITALIANA DE 1947.....	71
3. CONSTITUCIÓN FRANCESA DE 1958	72
4. CONSTITUCIÓN PORTUGUESA DE 1976.....	74
5. LEY FUNDAMENTAL DE BONN -ALEMANIA-	76

**CAPITULO V.
 DIRECTIVA DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL Y
 LEY DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL**

1. DIRECTIVA 2004/35/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 21 DE ABRIL DE 2004.....	81
--	-----------

1.	A) Antecedentes	81
	B) Objetivo principal	87
	C) Ámbito de aplicación	88
	D) Regímenes de responsabilidad.....	89
	E) Sujeto responsable.....	91
	F) Ámbitos excluidos de la aplicación de la DRM	92
	G) Informe de la Comisión Europea sobre la eficacia de la DRM..	94
2.	LA LEY 26/2007	99
	A) Génesis.....	99
	B) La tramitación parlamentaria de la Ley	101
	C) Modificaciones	108
	a) Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio	110
	b) Ley 11/2014, de 3 de julio	112
	c) Real Decreto 183/2015, de 13 de marzo	117
3.	REAL DECRETO 2090/2008 DE 22 DE DICIEMBRE	121
4.	Orden ARM /1783/2011	125
	A) Antecedentes	125
	B) Objetivos de la norma	127
	C) Orden de prioridad y plazos previstos	127

CAPÍTULO V I
BFEVE EXAMEN COMPARATIVO DE LA INTERVENCIÓN
ESTATAL EN PAÍSES NO PERTENECIENTES A LA UE -
EE.UU, CANADÁ, ARGENTINA Y BRASIL- .

1.	Introducción	133
	A) Objetivos	136
	B) EE. UU	136
	C) Canadá	142
	D) Argentina	149
	E) Brasil	153

CAPÍTULO VII.
RESPONSABILIDAD POR DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE.

1	INTRODUCCIÓN	157
2.	CARACTERES DEFINIDORES DE LA RESPONSABILIDAD... MEMEDIOAMBIENTAL	158
3.	REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD	159
	A) Es una responsabilidad administrativa	164
	B) Es una responsabilidad ilimitada	165
	C) Es una responsabilidad objetiva	166
	D) Su configuración como una responsabilidad por riesgo.....	171
	E) Responsabilidad subjetiva	174
4.	ÁMBITO DE LA APLICACIÓN DE LA LRM	177
	A) Daños excluidos: los daños tradicionales	179

B) Otros supuestos excluidos dentro de los daños medioambientales	185
a) Daños a la atmosfera	190
5. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA APLICACIÓN DE LA NORMA	197
A) Determinación de los sujetos responsables.....	197
B) Primer responsable	198
6. OPERADOR MEDIOAMBIENTAL	201
A) Concepto	201
B) Responsabilidad solidaria y subsidiaria con el operador	210
C) El administrador social como sujeto responsable de los daños medioambientales.....	212
D) Régimen de responsabilidad del administrador social en	214
General.	
a) Acción social de responsabilidad	220
b) Acción Individual de responsabilidad	223
E) Régimen de responsabilidad de los administradores sociales... en la LRM.	229
a) Responsabilidad medioambiental.....	229
b) Responsabilidad tributaria	231
c) Responsabilidad subsidiaria.....	237
F) El administrador de hecho.....	241
G) La Administración Pública como sujeto responsable	246
a) Exoneración de responsabilidad de la Administración Pública.....	249
7. RESPONSABLES SOLIDARIOS Y SUBSIDIARIOS	251
A) Responsables solidarios	251
a) Responsabilidad solidaria de los administradores de sociedades con carácter general.....	255
b) Responsabilidad del administrador persona jurídica	260

c) Responsabilidad de las personas que colaboran en la realización de la conducta infractora.....	262
d) La posible extensión de la responsabilidad a los apoderados de las sociedades.....	265
8. REGLAS PARTICULARES PARA SUPUESTOS ESPECIALES	269
A) Existencia de un grupo de sociedades	269
B) Pluralidad de operadores responsables	271
C) Extinción de las personas responsables	275
D) Responsabilidad mancomunada	279
9. OBJETO DE LA RESPONSABILIDAD.....	282
A) Ámbito objetivo de la aplicación	282
B) Principio de “quien contamina paga”.....	283
10. EL DAÑO MEDIOAMBIENTAL.....	286
A) Concepto	286
a) Concepto genérico del daño ambiental	287
B) Requisitos y características del daño ambiental	299
a) Certeza	299
b) Relevancia	300
11. DIFERENTES TIPOS DE DAÑOS MEDIOAMBIENTALES...	303
A) Daños fronterizos.....	304
B) Daños históricos.....	310
12. EVALUACIÓN Y VALORACIÓN DEL DAÑO.....	319
MEDIOAMBIENTAL	
A) Evaluación.....	319

B) Valoración.....	326
C) La valoración económica medioambiental	333
a) Métodos concretos de valoración en función de la economía ambiental	334
13. NEXO CAUSAL	336
A) Relación de causalidad.....	336
B) Prueba del nexo causal	341
C) Ruptura del nexo causal.....	343
14. ÁMBITO TEMPORAL DE LA LRM.....	349
15 ÁMBITO GEOGRÁFICO DE LA APLICACIÓN	354
A) Disposición adicional decimotercera de la LRM	354
B) Aplicación de la norma en países pertenecientes a la UE	356
16. EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD	360
A) Obligaciones para la defensa y reparación del medio ambiente por parte de los poderes públicos.....	360
B) Declaración de la responsabilidad. Procedimiento de exigencia de responsabilidad medioambiental.....	362
C) Medidas preventivas y de evitación	363
a) Las medidas adoptadas por el operador	364
b) Medidas de prevención y de evitación adoptadas por la Administración.....	366
D) Medidas reparadoras	367
a) Medidas a adoptadas por el operador.....	369
b) Medidas a adoptar por la Administración.....	372
E) Procedimiento para exigir la responsabilidad medioambiental	374
1. Iniciación del procedimiento por daños ambientales ya producidos.....	374

a) De oficio	375
b) A solicitud por parte del operador o de cualquier otra..... persona interesada.	376
2. Tramitación y resolución	382
a) Terminación convencional.....	383
3. Especialidades del procedimiento seguido por amenazas de daños.....	385

CAPITULO VIII GARANTÍAS FINANCIERAS OBLIGATORIAS

INTRODUCCIÓN.....	389
1. EXIGENCIA DE CONSTITUIR LA GARANTÍA.....	393
2. ÁMBITO TEMPORAL.....	399
3. FIJACIÓN DE LA CUANTÍA.....	404
A) Cuantía mínima.....	408
B) Cuantía máxima.....	411
C) Determinación de la cuantía financiera obligatoria.....	412
4. SUJETOS GARANTIZADOS Y EXENCIONES.....	413
A) Exenciones.....	414
5. PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN DE LA GARANTÍA FINANCIERA OBLIGATORIA	417
6. FONDOS DE COMPENSACIÓN.....	419
A) Clases de fondos.....	421
a) Fondos de compensación de daños medioambientales.....	421
1) Ventajas del Fondo.....	424
2) Desventajas del fondo.....	425
B) Fondo estatal de reparación de daños medioambientales....	426

C) El aval.....	428
D) La Reserva técnica.....	430

**CAPITULO IX.
COBERTURA DE LA RESPONSABILIDAD DEL OPERADOR Y
DEL ADMINISTRADOR SOCIAL POR DAÑOS AL MEDIO
AMBIENTE.**

INTRODUCCIÓN.....	433
1. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD..... MEDIOAMBIENTAL	433
2. SUJETOS DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL	436
A) El asegurador y sus obligaciones.....	437
B) El tomador del seguro y el asegurado.....	439
a) Obligaciones del tomador y del asegurado.....	440
b) Ámbito de aplicación.....	441
c) Elementos fundamentales del contrato de seguro.....	442
3. CARACTERÍSTICAS DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL.....	444
4. FORMA DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL: LA PÓLIZA.....	446
a) Condiciones generales	448
b) Condiciones particulares.....	449
c) Condiciones especiales.....	450
5. LA PRIMA.....	451
6. RIESGO MEDIOAMBIENTAL.....	454
A) Concepto.....	454

B) Caracteres del Riesgo.....	455
C) Evaluación del riesgo	457
D) Riesgo asegurable.....	461
E) Riesgos inasegurables	461
F) Riesgos excluidos.....	465
7. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y MEDIOAMBIENTAL POR CONTAMINACIÓN	466
A) Sumas aseguradas	469
B) Ámbito temporal.....	470
C) Características de la cobertura.....	471
8. POOL DE RIESGOS MEDIOAMBIENTALES	472
A) Pool español.....	473
a) Características del Pool español.....	475
b) Ámbito temporal.....	477
c) Ventajas del Pool	479
9. EL SEGURO D&O	480
Introducción.....	480
A) Interés en la contratación.....	482
B) Competencia para contratar.....	487
C) Cobertura del Seguro	488
D) Exclusiones.....	493
CONCLUSIONES GENERALES	497

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL.....	521
BIBLIOGRAFÍA.....	525

TÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Actualmente vivimos una época de gran preocupación por el medio ambiente. Si bien es cierto que esta inquietud no es nueva, se ha acrecentado recientemente en la conciencia ciudadana, en los poderes públicos y en la actividad económica en general. En consecuencia, el mundo empresarial no es, ni puede ser, ajeno a esta tendencia. Es tarea de todos los sujetos que intervienen en el mercado impulsar la protección y respeto al medio ambiente y, desde el punto de vista de la actividad económica, una actitud proactiva debe ser consustancial a la actuación empresarial.

Debemos tener presente que la naturaleza no es un elemento permanente e inmutable abocado a durar eternamente sin ser alterado, los recursos de que dispone son perecederos y presentan el peligro de sucumbir ante tanto ataque corrosivo.

Por ello, todo lo que afecte al medio ambiente repercute de una u otra manera sobre el ser humano y el hábitat que le rodea, viéndose afectado en la medida en que su supervivencia y desarrollo dependen de la calidad del citado medio¹. Ante su progresivo deterioro, el hombre comenzó a percibir que su uso

¹ No debemos olvidarnos de los graves desastres ecológicos ocasionados principalmente por las actividades del hombre; entre ellos: el accidente nuclear ocurrido en la central de Vladimir Ilich Lenin -a 3 kilómetros de la ciudad Pripyat y a 120 de Kiev Ucrania- el 26 de abril de 1986. Fue uno de los mayores desastres ocurridos en la historia moderna del medio ambiente. En el mismo año tuvo lugar en los almacenes de la industria química SANDOZ en Basilea -Suiza 1/11/1986-, otro desastre medioambiental que contaminó la arteria fluvial más importante de Europa donde se vertieron más de treinta toneladas de productos tóxicos.

En España, el producido por el vertido de residuos tóxicos en el Parque Nacional y Natural de Doñana el 25 de abril de 1998 como consecuencia de la rotura de la balsa de almacenamiento de la mina de pirita propiedad de la empresa sueca Boliden en Aznalcollar -Sevilla-, causando una riada de seis millones de metros cúbicos de aguas ácidas y lodos tóxicos, que desbordó las riberas de los ríos Agrio y Guadiamar a lo largo de 40 kilómetros.

El 11 de diciembre de 1999 se hundió en el Golfo de Vizcaya, frente a la costa francesa, el petrolero maltés Erika, cargado con 31.000 toneladas de fuel-oil pesado. El 22 de abril de 2010 en el Golfo de

indiscriminado y poco protegido, supondría hipotecar el futuro de generaciones venideras. En el momento presente, ello constituye una de las principales preocupaciones de la sociedad, la de mantener un medio ambiente sano y limpio necesario para la vida humana y su hábitat.

Sabido es que en la actualidad la sociedad muestra una creciente inquietud por todos los asuntos relacionados con dicho medio, máxime cuando se está poniendo en constante peligro el propio sistema de vida en que el hombre se mueve y desarrolla, dentro de una sociedad altamente industrializada que hace que cada día sea más persistente dicha amenaza.

En tales circunstancias, se hace aconsejable extremar el cuidado del citado medio puesto que es un sistema complejo y frágil, afectado por multitud de factores que le pueden ocasionar graves daños que perturben la salud del ser humano.

El carácter difuso de la mayoría de los daños medioambientales que afecta en exclusiva al bien común o colectivo constituye una de las mayores preocupaciones de nuestra sociedad, de ahí su firmeza por mantenerlo en el estado favorable de conservación que todo ser vivo necesita para su existencia, prosperidad y bienestar.

El Papa Francisco en su carta encíclica “Laudato Si” de 24 de mayo de 2015² manifiesta su preocupación por el medio ambiente. Es interesante, por la importancia del documento, resaltar que es la primera vez que un Papa dedica

México frente a las costas de Nueva Orleans, después de un gran incendio se produjo el hundimiento de la plataforma petrolífera Deepwater Horizon, provocando un gran derrame de petróleo al mar estimado en unas 890.000 toneladas.

Por último, citamos el hundimiento del petrolero Prestige el 19 de noviembre de 2002 con 77.000 toneladas que provocó una marea negra que se extendió por todo el litoral gallego y parte del Cantábrico ocasionado un grave deterioro medioambiental en ambas costas. Considerada la mayor catástrofe ecológica de la historia de España. Después de 16 años de una larga travesía judicial, en el llamado caso Prestige, la Sala 2ª del Tribunal Supremo dicta sentencia definitiva el 19 de diciembre de 2018 núm. 668/2018 sobre la responsabilidad civil de dicho caso fijando las indemnizaciones correspondientes por un importe superior a 1.500 millones de euros.

²http://w2.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/paparancesco_20150524_Encicicalaudato-si.html. Fecha de consulta 30/10/2015.

parte de su “carta solemne” a la protección de dicho medio. Atribuye el problema del deterioro ambiental a la voracidad de las grandes compañías, y también a la falta de una respuesta valiente por parte de los gobernantes. La solución que aporta requerirá de un alto grado de sacrificio, y lo que llama una “audaz revolución cultural” en todo el mundo.

Por ello, la sociedad va progresivamente tomando conciencia del problema, siendo cada vez más numerosas las iniciativas que se toman al respecto, lo que repercute en los medios de comunicación, sensibiliza a la clase política y reclama la atención en el orden jurídico.

Sabemos que el progreso industrial y la protección del medio ambiente, en cierto modo, han sido incompatibles entre sí. Esto ha supuesto un cierto retraso en la aplicación de normas legales apropiadas para mejorar su protección.

Había que puntualizar que no todas las empresas tienen conciencia del problema que supone la degradación del medio ambiente. Un ejemplo poco edificante lo muestra el grupo automovilístico Volkswagen³, que ha manipulado 11 millones de vehículos de la gama diésel a fin de que no fuera descubierto el gas tóxico que expulsaban a la atmósfera. Tanto el Gobierno germánico como el Departamento de Justicia de los EE. UU están investigando al citado grupo para determinar si hay causa penal en su actuación⁴.

Bien es verdad, que cada vez y con mayor frecuencia, el mundo empresarial es más sensible respecto al papel que desempeña en su preservación y mantenimiento, tratando de evitar o reducir el impacto negativo ambiental que

³http://economia.elpais.com/economia/2015/09/22/actualidad/1442917192_752977.html. Fecha de consulta día 29/09/2015.

⁴ Volkswagen ha confirmado que 11 millones de sus vehículos de todo el mundo tienen instalado el motor diésel en el que se han observado divergencias en EE. UU. entre las emisiones en un test de medición y las provocadas por su uso en carretera. Según denuncian las autoridades estadounidenses, esas divergencias se habrían disimulado en las pruebas de medición a través de un programa informático para cumplir con los límites de contaminación exigidos en ese país. Información proporcionada por www.rte.es/agencias el día 22-09-2015.

puedan generar las empresas al final de su proceso productivo, buscando con su protección asegurar un desarrollo medioambiental sostenible⁵.

No debemos olvidar que su protección es una tarea sumamente compleja. La preocupación por la escasez de sus recursos naturales, el progresivo deterioro de los mismos y la responsabilidad por el daño causado a este medio ha sido y es un tema que preocupa al mundo jurídico, lo que se traduce en el desarrollo de diversas disciplinas, tales como el Derecho civil, mercantil, medioambiental, administrativo, penal, constitucional y tributario.

Con el comienzo de la Revolución Industrial⁶ se iniciaron los grandes desastres ecológicos y la progresiva degradación ambiental plasmada y criticada desde los años 60 y 70 del siglo XX, lo que ha propiciado un importante cambio de perspectiva en las normativas legales que regulan y protegen los recursos naturales. Para evitarlos, en lo sucesivo era necesario y urgente crear herramientas jurídicas que pudiesen hacer frente a esos graves deterioros medioambientales.

Nuestro ordenamiento jurídico ha recogido esa preocupación social otorgándole al Derecho medioambiental rango constitucional como un bien digno de protección jurídica, el cual está recogido en el artículo 45 de nuestra Constitución -en adelante CE-⁷. En él se establece el derecho y el deber de proteger dicho medio, no configurándolo como un derecho subjetivo, sino como

⁵ Antiguo concepto formulado en el año 1972 durante la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Humano. Siendo la definición más acertada la que consta en el Informe “Nuestro futuro común”, conocido también por “Informe Brundtland” presentado en el año 1987 por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente “*Es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades*”.

⁶ La Revolución Industrial iniciada en Inglaterra a mediados del siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX, se extendió por toda Europa y transformó en un período relativamente corto las condiciones de producción. La economía, que estaba basada en el trabajo manual y principalmente en las labores de la agricultura, fue reemplazada por otra dominada por la industrialización, la cual permitió alimentar a una población de pocos recursos económicos que abandonó sus campos para trasladarse a los centros urbanos. Una gran cantidad de campesinos que, con el tiempo, se convirtieron en obreros industriales indujo un enriquecimiento espectacular que se fue generalizando con el correr de los años.

⁷ Como indica MARTIN MATEO, R.: “Nuestro principio constitucional tiene su precedente inmediato en la Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976”. *Tratado de Derecho ambiental*, volumen 1, Edit. Trivium, Madrid, 1991, pág. 107.

un principio rector de nuestro ordenamiento cuyo fin es la defensa y protección de un bien colectivo necesario para preservar la calidad de vida del hombre.

2. OBJETIVOS Y PLANTEAMIENTOS DE LA INVESTIGACIÓN

El tema que abordamos lo situamos en el ámbito de la responsabilidad solidaria y subsidiaria de los operadores y administradores sociales por los graves daños que puedan causar al medioambiente como consecuencia de su mala praxis. Agrupamos los objetivos que perseguimos en:

A) Generales

La elaboración de la presente tesis tiene como objetivo profundizar en la problemática que encierra la responsabilidad medioambiental, referida al “operador” y a los administradores sociales de una sociedad de capital.

Como objetivo determinado se pretende analizar en profundidad el concepto de daños medioambientales y clarificar las posiciones de responsabilidad del operador y la de los administradores sociales, dado que la responsabilidad que les afecta por el incumplimiento de sus obligaciones constituye uno de los objetivos de esta tesis.

Mediante nuestra hipótesis tratamos de exponer que los citados administradores se pueden ver sometidos a la responsabilidad solidaria y subsidiaria junto con sus operadores por actos, acciones u omisiones que ejecuten en actuaciones propias de su cargo. En cierta forma, los que participan o cooperan en la evitación de pagos pecuniarios u otras obligaciones del operador, que puedan ser calificadas como infracciones tributarias y administrativas ecológicas. Por ello, hemos optado por un enfoque sustantivo dejando a un lado el estudio de los procedimientos del ejercicio de cualquier tipo de acción legal.

Aspiramos a aportar la máxima claridad doctrinal y las soluciones más acordes con el derecho vivo, así como un enfoque lo más práctico posible, teniendo en cuenta la problemática que se plantea a lo largo de la existencia de una sociedad de capital -en adelante S.C.- y más en la etapa actual, donde la sensibilidad por el medio ambiente está presente en todos los ámbitos y momentos de nuestra vida.

B) Específicos

Para poder alcanzar nuestra meta, partimos de una serie de objetivos específicos que serían los que guiarían el desarrollo de nuestra investigación, acotando el objeto del trabajo por exclusión y dejando fuera de él las cuestiones relacionadas con la eventual responsabilidad penal y fiscal en que puedan incurrir los operadores y los administradores sociales. No se contemplan igualmente los actos ilícitos que cometan los administradores fuera de los límites de actuación del ejercicio de su cargo.

Analizamos la principal normativa legal que les puede afectar a ambos -operador y administrador-, puesto que entendemos que el administrador social se ajusta al amplio concepto de “operador”, en la medida que, en determinadas ocasiones, no sea posible determinar quién ejerce el control de la empresa -v.gr. empresa filial-. En tal supuesto y teniendo en cuenta que uno de los principales deberes que rige la conducta de los administradores, consiste en controlar toda la actividad de la empresa que administra por ser ese su cometido. Por tal motivo, consideramos a ambos -administrador y operador-. responsables solidarios en ciertos supuestos de responsabilidad medioambiental, o en su defecto responsables subsidiarios.

Si además tenemos presente que el ámbito de la responsabilidad del administrador se amplió considerablemente con la Ley de Sociedades de Capital -en adelante LSC-, con respecto a lo establecido en el art. 79 de la LSA de 1951,

de 17 de julio –BOE núm. 199-⁸, entendemos que con ello el legislador abre una nueva vía para que esta responsabilidad en determinados supuestos recaiga en las mismas condiciones sobre la sociedad y su administrador-, es por ello que estimamos que dicha responsabilidad pueda convertir al administrador en responsable solidario junto a su operador en ciertos casos de responsabilidad medioambiental.

De hecho, la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental -en adelante LRM- su art. 13-1 identifica, por remisión a las normas tributarias, una serie de sujetos que pueden ser responsables solidarios al igual que el operador, remitiéndose a lo establecido en el art. 42-2 Ley General Tributaria -en adelante LGT-, y pudiendo estar comprendido el administrador en los supuestos establecidos en sus apartados a), b) y c), puesto que aquellos no son ajenos a las consecuencias que acarrea tal situación, ya que las obligaciones a que están sometidos se hallan comprendidas en el ámbito del art. 225-1 LSC.

Otro supuesto de solidaridad está contemplado en el art. 31 de la LGT al referirse a las multas. La Hacienda Pública como acreedora puede demandar indistintamente a la empresa o a su administrador.

C) Límites

La falta de uniformidad doctrinal y jurisprudencial y las carencias de regulación en esta materia nos imponen ciertos límites que no nos permiten analizar toda la problemática que se plantea sobre la responsabilidad y la obligación de reparar el daño medioambiental.

⁸ “Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal, y responderán frente a la Sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave. En cualquier caso estarán exentos de responsabilidad los Administradores que hayan salvado su voto en los acuerdos que hubieren causado daño”.

Por ello, limitamos el objeto de este trabajo por exclusión, dejando fuera las materias que estén relacionadas con las cuestiones de responsabilidad penal, en que puedan incurrir los administradores sociales. Igualmente, no contemplamos los actos ilícitos que se cometan fuera de los límites del ejercicio del cargo, ni los actos de procedimiento llevados a efecto por la Administración para el cobro de multas.

3. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO.

El motivo por el cual acometemos este trabajo titulado “*Responsabilidad del operador y del administrador social por daños al medioambiente*”, ha sido como consecuencia de tres hechos fundamentales que han condicionado nuestra actitud:

-La inquietud por la responsabilidad empresarial en todo lo referente al medio ambiente.

-La problemática que encierra la aplicación de la LRM sobre daños y, dado el hecho de que mi directora de tesis es autora de un texto sobre el seguro medioambiental⁹, le propuse la idea de abordar una línea de investigación sobre la responsabilidad del administrador en el medio ambiente, por lo que, de común acuerdo, decidimos que el objetivo de la misma sería analizar, en concreto, los diversos sistemas de responsabilidad medioambiental en los que se puede ver inmerso el operador y el administrador social.

-Por último, el hecho de que sean escasos los estudios referidos a esta materia también resultó ser un factor determinante para su elección.

Las Sociedades de Capital constituyen un entramado de compleja estructura y son sus relaciones internas objeto de un sin número de problemas y dificultades,

⁹ ZUBIRI DE SALINAS M.: *El Seguro de Responsabilidad Civil por Daños al Medio ambiente*. Edit. Thomson- Aranzadi, Cizur Menor -Navarra-, 2005.

principalmente las referidas a los derechos, deberes y funciones de sus administradores. Dice al respecto el Prof. DÍAZ ECHEGARAY “bajo el manto de la S.A. late todo un micro-estado, en el que existe una asamblea soberana - Junta General-, un gobierno que rige sus destinos -los administradores- y unas normas legales que regulan el funcionamiento de todo ello”¹⁰.

La existencia de dicha problemática en el panorama jurídico español nos ha llevado al examen de los supuestos concretos de la responsabilidad del administrador en el deterioro del medio ambiente. Para ello se ha efectuado un análisis detallado de todas aquellas normas jurídicas y jurisprudencia que de algún modo aluden o se refieren al tema.

Sólo tras realizar la citada labor de “dissección” de cada una de las diferentes manifestaciones, hemos estado en condiciones de poder analizar los principios determinantes de la responsabilidad del operador y del administrador.

El dedicar cierta atención a la problemática del Derecho ambiental en otros países y principalmente a los de nuestro entorno, nos ha ayudado a arrojar nueva luz sobre algunos aspectos de nuestro propio Derecho referidos a dicha responsabilidad.

Debemos indicar que la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 hizo una apuesta decidida por un modelo fundamentalmente común y de contenido de mínimos para todos los Estados miembros de la UE -en adelante EE.MM-, manteniendo las características jurídicas propias de cada uno de ellos.

Comprendemos que abordar este tema comporta una cierta osadía y temeridad por nuestra parte, habida cuenta que la normativa sobre ella está en constante evolución.

¹⁰ Vid. DÍAZ ECHEGARAY, S.L.: *Responsabilidad civil de los Administradores de la Sociedad Anónima*, Edit. Montecorvo. Madrid 1995., pág. 22.

Igualmente, estimamos que parte de la importancia de este trabajo radica en que la investigación acometida es innovadora, dado que, bajo la perspectiva planteada, no tenemos conocimiento de la existencia de otra tesis sobre el mismo tema.

4. METODOLOGÍA DEL TRABAJO.

El método a seguir consistirá en analizar y estudiar el régimen legal que pueda afectar a la responsabilidad del operador y del administrador de una sociedad de capital por deterioro ambiental. Se pretende desarrollar, mediante examen pormenorizado, el contenido de las diferentes normativas de Derecho europeo que les puedan afectar. Nos detendremos en el Derecho comparado por la conveniencia de revisar la legislación de otros países no pertenecientes a la UE, a fin de llevar a cabo las comparaciones pertinentes y tomar las ideas más relevantes para realizar propuestas con las adaptaciones oportunas.

Por ello, y con el ánimo de alcanzar los objetivos que nos hemos propuesto sobre la hipótesis planteada, se desarrollará este trabajo mediante un plan de actuación en el que se ha procedido metodológicamente a dividirlo en capítulos perfectamente diferenciados, atendiendo a las distintas materias de que se compone, y éstos a su vez, subdividiéndolos para una mejor comprensión:

-En el Capítulo I, analizamos el estado de la cuestión del tema que nos ocupa, así como los objetivos y planteamientos de la investigación, su justificación y la metodología de trabajo.

-En el capítulo II, con el título “*Conceptos básicos*”, desarrollamos los conceptos de ambiente y medio ambiente, tanto en su concepción amplia como estricta. Tratamos la protección de este medio como un bien jurídico a tutelar por su gran importancia para la vida del hombre y de su hábitat.

-En el capítulo III, abordamos los antecedentes de la Ley de Responsabilidad Medioambiental y su reconocimiento constitucional, y analizamos algunos aspectos que se desprenden del art. 45 de la Constitución española, tales como: la protección, la competencia en materia medioambiental y la legitimación.

-En el capítulo IV, nos referimos al reconocimiento constitucional del Derecho medioambiental en algunos de los ordenamientos de los Estados de la Unión Europea -en adelante UE- que hemos considerado más relevantes, destacando por su interés la Constitución italiana, la francesa, la portuguesa y la Ley Fundamental de Bonn -alemana-.

-En el capítulo V, analizamos los antecedentes de la Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, sobre la responsabilidad medioambiental -en adelante DRM-, por ser el primer documento de plasmación de la UE en materia de responsabilidad medioambiental, y por su importancia en el desarrollo de la LRM.

Examinamos sus objetivos, ámbito de aplicación, regímenes de responsabilidad y sujeto responsable del daño al medio ambiente, así como las diferentes causas por las que ciertos daños medioambientales quedan excluidos de su ámbito de su aplicación.

Proseguimos con la génesis de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental -en lo sucesivo LRM-, y su tramitación parlamentaria por afectar a los objetivos que ésta, y a sus sucesivas modificaciones.

Con especial atención a la normativa legal siguiente:

-Orden ARM/1783/2011, de 22 de julio, 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 la garantía financiera obligatoria,

prevista en la disposición final cuarta de la Ley 26/2007, de 23 de octubre de Responsabilidad Medioambiental.

-Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio -RDL-, 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.

-Ley 11/2014, de 3 de julio por la que se modifica la ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. Con ella se pretende reforzar el papel preventivo, así como mejorar la aplicación del marco normativo. La modificación establecida en el art. 24.2 de la LRM, permite la agilización del procedimiento para la determinación de las garantías financieras obligatorias respecto a las actividades profesionales y económicas que tuvieran una mayor incidencia en el medio ambiente.

-El Real Decreto -en adelante RD- 183/2015, de 13 de marzo, por el que se modifica el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. La finalidad que se persigue con el Real Decreto es reducir la carga administrativa y simplificar los procedimientos para determinar qué operadores quedan excluidos de constituir la garantía financiera.

-En el capítulo VI, examinamos breve y comparativamente la intervención medioambiental en las constituciones de los Estados no pertenecientes a la UE, tales como EE. UU, Canadá, Argentina y Brasil. Comparamos las soluciones que han adoptado para tutelar y desarrollar la problemática que rodea al medio ambiente, con las adoptadas en nuestro país. De hecho la mayoría de ellas, en comparación con la nuestra persiguen objetivos similares, como la conservación, la reparación y el mejoramiento de los recursos naturales.

- Respecto al contenido del capítulo VII, abordamos los elementos principales que son la base de esta tesis, por ello es el más extenso de este trabajo.

Nos centramos en las formas que son específicas del régimen de responsabilidad medioambiental y que configuran el mismo, analizamos sus caracteres definidores y sus diferentes regímenes, tales como:

-La responsabilidad objetiva, por ser ésta la que mejor se adapta a las características del daño medioambiental y por ser especialmente distinta de la responsabilidad civil.

-La configuración como una responsabilidad ilimitada. De trascendental importancia por obligar al operador responsable de un daño al medio ambiente a asumir el coste total de la reparación del daño que ha causado en aplicación del principio “quien contamina paga”, y devolver el recurso dañado a su estado original.

- La responsabilidad administrativa, la cual está justificada por la especial naturaleza del medio ambiente y el riesgo de su deterioro. Ello hace que el Estado asuma su garantía y vele por la conservación de él, justificando dicha intervención y su carácter administrativo en el núm.3 del Preámbulo de la LRM.

Proseguimos con la naturaleza de la responsabilidad, criterios de imputación, exoneración, limitación de dicha responsabilidad y la descripción de los distintos supuestos de responsabilidad medioambiental.

Profundizamos en el concepto de operador como primer responsable de un daño ambiental en sus dos normas reguladoras -DRM y LRM-, y de otros sujetos responsables medioambientales como el administrador social o el administrador de hecho, haciendo hincapié en las diversas clases de responsabilidades en que pueden incurrir como la responsabilidad solidaria, subsidiaria y mancomunada. Continuamos con la valoración de los daños.

Dado que no todos los daños medioambientales están incluidos en el ámbito de la LRM, analizamos los incluidos y los excluidos de la misma. Por su

importancia para imputar la responsabilidad de un daño medioambiental, estudiamos la relación de causalidad existente -nexo causal- entre dicha causa y el daño propiamente dicho, viendo en profundidad los diferentes tipos de daños como los “fronterizos” y los “históricos”, por ser los temas más debatidos a nivel europeo referidos al ámbito territorial y geográfico de la aplicación de la LRM.

-En el capítulo VIII continuamos con el análisis de una de las principales novedades que aporta la LRM, como es el deber impuesto al operador de constituir una garantía financiera que le permita hacer frente a las responsabilidades medioambientales, en caso de ser declarado culpable de ocasionar un daño grave al medio ambiente.

Hacemos referencia a los fondos de compensación como herramientas para resolver casos donde es difícil asignar costes de reparación y su financiación, clases de fondos, ventajas y desventajas de estos, para finalizar con otras modalidades de garantías establecidas en la LRM, como el aval y la reserva técnica.

-En el capítulo IX nos detenemos en el seguro de responsabilidad medioambiental, por sus características especiales y por ser una herramienta adecuada para cubrir los daños medioambientales, y al mismo tiempo proteger económicamente al operador contra los imprevistos que puedan surgirle en el desarrollo de su actividad profesional y, además, por ser un instrumento práctico que no bloquea recursos económicos de la empresa. Analizamos sus ventajas e inconvenientes.

Examinamos la temática del riesgo, su concepto, sus caracteres, así como su evaluación, además de señalar otros mecanismos que determinan su valoración, cuándo es asegurable y cuándo no, y cuáles son los riesgos asegurables y los excluidos.

Continuamos, por su importancia para la defensa del medio ambiente, con los seguros de responsabilidad civil por contaminación, ya que su reparación

ocasiona grandes desembolsos económicos para hacer frente a las responsabilidades derivadas del mismo.

Analizamos el Pool de riesgos medioambientales, para seguir con el seguro D&O por considerarlo una herramienta de extrema utilidad, tanto para la protección del patrimonio de la propia empresa como la de sus administradores, además de servirles a estos últimos de estímulo para afrontar mayor nivel de riesgos en sus actuaciones.

-En la parte final de esta tesis desarrollamos las conclusiones a las que hemos llegado. A manera de síntesis, mostramos las obtenidas tanto a partir del desarrollo teórico como del empírico, y citamos la jurisprudencia y la bibliografía que consultamos y que afecta a los temas tratados, buscando las opiniones doctrinales que nos sirvan de base para una mejor comprensión de este trabajo.

CAPÍTULO II

CONCEPTOS BÁSICOS.

A) Ambiente o medio ambiente

Nos encontramos frente a un concepto que aún no tiene una consolidación jurídica estable y suficiente; dicha dificultad creemos que proviene de la propia configuración del mismo, por estar ésta íntimamente vinculada al concepto que tengamos sobre dicho medio¹¹ y siempre tomando como base el bien jurídico que se proteja. Cuestión sumamente compleja, tal como expresa la Prof^a. ZUBIRI DE SALINAS¹² “buena parte de la confusión proviene por la dificultad de la definición, necesariamente previa de medio ambiente”.

Al objeto de definir en términos jurídicos lo que entendemos por daño ambiental, consideramos necesario precisar y distinguir el significado de “ambiente” y “medio ambiente”. Para ello, analizaremos ambas expresiones por separado.

El término “ambiente”¹³ etimológicamente proviene del latín “ambiens”, se refiere a lo que rodea o acerca¹⁴. Es equivalente al vocablo francés “*environnement*” y al alemán “*unwelt*”, ambos han sido traducidos con acierto por el término “entorno”, aunque con evocaciones de carácter urbanístico.

¹¹ Vid. REYES LÓPEZ M, J.: *Derecho Ambiental Español*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2001, pág., 209.

¹² Vid. ZUBIRI DE SALINAS M.: *El Seguro de Responsabilidad Civil...* cit, pág., 167.

¹³ Expresión que aparece por primera vez en España en el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.

¹⁴ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, vol. 1., vigésima segunda edición 2001. Edit. Espasa Calpe, Madrid 2001. “*Condiciones y circunstancias físicas, sociales, económicas, etc., de un lugar, de una reunión, de una colectividad o de una época*”. En síntesis, podemos considerar el “medio ambiente” como un conjunto de circunstancias tanto físicas como culturales o sociales que rodean a las personas que posibilitan al ser humano hacer su vida.

Es preciso señalar que dicho adjetivo -voz ambiental-, hace referencia a otro vocablo cuyo concepto puede considerarse sinónimo en lengua castellana. Se trata del “medio ambiente”, término habitualmente utilizado en España.

De las definiciones de “ambiente” y “medio ambiente” aportadas por el Diccionario de la Lengua Española, percibimos que ambos términos los considera como sinónimos. Sin embargo, el vocablo “ambiente” ha gozado de una mayor aceptación en el mundo relacionado con cuestiones medioambientales, puesto que hace referencia a las circunstancias exteriores y actuales que interactúan con los objetos, elementos y seres que nos rodean. En consecuencia, se pueden emplear indistintamente los adjetivos “ambiental o medioambiental”.

Dado que el concepto “ambiente” debe contener aspectos naturales y sociales, se puede decir que es el escenario donde la sociedad y la naturaleza se relacionan, por ello se trata de un bien jurídico, y como tal, es objeto de protección jurídica.

Definir el concepto y el contenido del término “medio ambiente” constituye un problema para parte de la ciencia jurídica. Si bien es cierto que exigir de la doctrina una definición de “medio ambiente” y que la misma sea común y unánime, no es posible por la variedad de elementos que lo configuran y el carácter esencialmente dinámico de su contenido. En tal sentido, no resulta fácil el determinar qué objetos o bienes quedan comprendidos dentro de su concepto.

Su limitación y extensión dependen de apreciaciones eminentemente subjetivas o pasajeras, de acuerdo con diversos criterios culturales y temporales propios de cada país.

Sobre su configuración ha habido un número considerable de autores que se han ocupado del tema, defendiendo distintas posturas doctrinales:

a) Algunos autores se inclinan por un concepto “restringido”¹⁵, que comprende elementos bióticos -flora y fauna- o abióticos -atmósfera y agua-, o bien ambos en conjunto. Es decir, lo identifican como un patrimonio natural, que sólo debería incluir la vida animal, vegetal y otros componentes de la naturaleza¹⁶.

b) Otros, por el contrario, se refieren a una concepción amplia¹⁷, puesto que adicionan a la restringida elementos culturales, históricos y artísticos.

De la distinción entre ambas expresiones diremos que “medio ambiente”¹⁸, en principio se puede considerar todo aquello que rodea al hombre, el entorno en que vive y se desenvuelve. Es decir, no se reduce solo al espacio en el que se desarrolla la vida de los seres vivos, sino que también abarca, además, seres humanos, animales, plantas, objetos, agua, suelo, aire y las relaciones entre ellos, así como elementos tan intangibles como la cultura.

Lo configuramos de esta forma, dado que en Derecho se parte de la base de que la persona humana es el único sujeto de derechos e intereses. Por el contrario, para los estudiosos de la ecología o biología, el medio ambiente lo conciben como un todo; es decir, el hombre es un miembro más de los elementos que interactúan y conforman el sistema ambiental.

Sobre el tema, el Prof. MARTIN MATEO¹⁹ considera el medio ambiente como aquellos elementos naturales de titularidad común como el agua y el aire. Para el Prof. RUDA GONZÁLEZ²⁰, el concepto de medio ambiente es impreciso e indeterminado. En palabras de nuestro Tribunal Constitucional, el medio

¹⁵ Dentro de esta posición destaca la tesis del Prof. MARTÍN MATEO, poniendo empeño en defender la titularidad común de estos elementos, concretamente en el aire y el agua que considera factores esenciales para la existencia del hombre en la tierra.

¹⁶ Vid. REYES LÓPEZ, M. J.: *Derecho Ambiental...*, cit, pág. 210.

¹⁷ Es la posición mayoritaria de las doctrinas internacionales, consistente en añadir a la anterior, además de los elementos naturales bióticos y abióticos, aquellos que pueden considerarse como sociales, culturales y económicos.

¹⁸ Expresión que aparece por primera vez en España en el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.

¹⁹ MARTIN MATEO, R.: *Manual de Derecho...*, cit.: pág. 80.

²⁰ Vid. RUDA GONZÁLEZ A.: *Daño ecológico...*, cit., pág. 108.

ambiente es un concepto estructural cuya idea rectora es el equilibrio de sus factores, además de confirmar su carácter pluridimensional e interdisciplinar recogido en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de junio de 1995²¹. En su fundamento jurídico cuarto destaca que es un conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales:

“Como síntesis, el “medio ambiente” consiste en el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida [...] En una descomposición factorial analítica comprende una serie de elementos o agentes geológicos, climáticos, químicos, biológicos y sociales que rodean a los seres vivos y actúan sobre ellos para bien o para mal, condicionando su existencia, su identidad, su desarrollo y más de una vez su extinción, desaparición o consunción”.

El “medio ambiente”²² es pues, el “entorno”, el medio vital del hombre, que comprende una serie de elementos de carácter climático, geológico, químico, biológico y social.

B) Concepto restringido y amplio del medio ambiente

Entre los autores que más se han destacado en defensa de la primera postura -restringida-, está el Prof. MARTIN MATEO²³, para quien el ámbito del concepto de medio ambiente incluye los elementos de titularidad común. A él se debe también que su definición sobre dicho medio sea una de las más citadas por el resto de la doctrina. Considera que el medio ambiente está integrado por “aquellos elementos naturales de titularidad común y características dinámicas: en

²¹ Pleno. Sentencia TC. RJ. 102/1995, de 26 de junio de 1995. Recursos de inconstitucionalidad 1.220/1989, 1232/1989 [...]. Publicada en el BOE núm. 181, de 31 julio 1995, págs. 3 a 44.

²² Diccionario de la Lengua Española. -Vigésima segunda edición-..., cit., pág.1478. “*Conjunto de circunstancias culturales, económicas y sociales en que vive una persona*”.

²³ Vid. VERA JURADO, D.: *La disciplina ambiental de las actividades industriales*. Edit. Tecnos, Madrid págs. 24-25. Padre del Derecho Ambiental, sostiene que el concepto de “ambiente” abarca “aquellos elementos de titularidad común y de características dinámicas, en definitiva, el agua, el aire, vehículos básicos de transmisión, soportes y factores esenciales para la existencia del hombre en la tierra”. Muchos autores consideran que dicha tesis es rígida, dado que no cita que en su concepto de medio ambiente, se contemplase la acción del ser humano, tanto en su individualidad como en su condición social y cultural.

definitiva, el agua y el aire, vehículos básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del hombre sobre la tierra”. Se observa que al citado concepto no incorpora el suelo, ya que entiende que la gestión de este no debe reconducirse a la ordenación global del territorio²⁴, ni el ruido al integrarlo en el contexto del elemento aire²⁵.

Por el contrario, otros autores defienden el concepto amplio, como el Prof. JORDANO FRAGA²⁶ que ampara la utilidad racional del suelo como tal recurso natural y en consecuencia relacionado con el medio ambiente, al igual que MOLA DE ESTEBAN²⁷; PÉREZ LUÑO²⁸.; LÓPEZ RAMOS²⁹; y GÁLVEZ MONTES³⁰.

Esta concepción amplia es la que impera hoy día en el mundo científico, caracterizándose por agregar a la concepción restringida del medio ambiente, los recursos naturales, organismos vivos -recursos abióticos- y bióticos como el aire, el suelo, el agua, la flora, la fauna y sus interacciones, y los bienes que componen el patrimonio cultural-artístico y las características del paisaje.

Sobre estas cuestiones medioambientales se expresa el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, entre las que destacamos:

La sentencia 102/1995 pleno 26 de junio de 1995³¹, siendo ésta la primera que aporta un concepto concreto de medio ambiente. Además de confirmar su

²⁴ MARTIN MATEO, R.: *Manual de Derecho ...*, cit., págs. 70 y ss.

²⁵ MARTIN MATEO, R.: *Manual de Derecho ...*, cit., pág. 86.

²⁶ JORDANO FRAGA, J.: *La Protección de Derecho...*, cit., págs. 57 y 58.

²⁷ Vid. MOLA DE ESTEBAN, F.: *La defensa del medio humano*, Ministerio de la Vivienda, Servicio Central de Publicaciones, Madrid, 1972, pág. 661.

²⁸ Vid. PÉREZ LUÑO, A.E.: *Artículo 45 Comentarios a la Leyes políticas. ...*, cit., pág. 261,

²⁹ LÓPEZ RAMON, F.: *Ideas acerca de la intervención administrativa sobre el medio ambiente*. Documentación Administrativa, nº 190, 1981, págs. 41.

³⁰ GÁLVEZ MONTES, F.J.: “Artículo 45”. En AA. VV en *Comentarios a la Constitución*. Edición a cargo de Fernando Garrido Falla, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1985, pág. 808.

³¹Vid. STC núm. 102/1995, de 26 de julio. Recursos de inconstitucionalidad 1.220/1989, 1.232/1989, 1.238/1989, 1.239/1989, 1.260/1989 Y 1.268/1989 -acumulados-; conflictos positivos de competencia 95/1990, 163/1990, 170/1990, 172/1990 Y 209/1990 -acumulados-; y conflictos positivos de competencia 162/1990, 210/1990 y 1.938/1990 -acumulados-. Promovidos, respectivamente, los recursos de inconstitucionalidad, por el Gobierno vasco, la Junta de Andalucía, el Gobierno de Canarias, la Generalidad de Cataluña, la Junta de Galicia y el Parlamento de Cataluña contra la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres. [...].

carácter pluridimensional e interdisciplinar, destaca en su fundamento jurídico 4º párrafo 1º. “*Es un conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales*”.

“La configuración de la competencia en esta materia, que comparten el Estado y las Comunidades Autónomas, contiene un primer elemento objetivo, estático, el medio ambiente como tal. y otro dinámico funcional, que es su protección, soporte de las potestades a su servicio. [...]”.

En su párrafo segundo manifiesta:

“Una primera indagación semántica, según el sentido propio de las palabras utilizadas por la Constitución y los Estatutos, nos lleva al Diccionario de la Real Academia Española, donde algunas acepciones de la palabra “medio” definen como el conjunto de circunstancias culturales, económicas y sociales en que vive una persona o un grupo humano”.

Deducimos de la lectura del párrafo, siguiendo su significado gramatical, no es lo suficientemente completa como para perfilar un concepto jurídico del medio ambiente.

Desde un punto de vista sistemático, el fundamento jurídico 4º párrafo 3º nos dice:

“A su vez, el «ambiente» comprende las condiciones o circunstancias de un lugar que parecen favorables o no para las personas, animales o cosas que en él están. Como síntesis, el «medio ambiente» consiste en el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida [...]”.

La STC de 4 de noviembre de 1982, referida al recurso de inconstitucionalidad núm. 114/1982³². En sus fundamentos jurídicos cuarto y quinto, si bien no profundiza en el concepto de medio ambiente, dice “la necesidad

³² STC. RJ 64/1982 -Pleno-. “En el recurso de inconstitucionalidad núm. 114/1982 promovido por el presidente del Gobierno, representado por el Abogado del Estado, contra la Ley 12/1981, de 24 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, por la que se establecen normas adicionales de protección de los espacios de especial interés natural afectados por actividades extractivas, en el que han comparecido el Parlamento de Cataluña representado por su presidente, el Consejo Ejecutivo de la Generalidad [...]”.

de que el Estado fije las normas que impongan un encuadramiento de una política global en materia de medio ambiente dado el alcance no ya nacional, sino internacional que tiene la regulación de esta materia”. De lo que se deduce que, dentro de la política medioambiental, corresponde al Estado la competencia en exclusiva de dictar la legislación básica que regule la protección del medio ambiente, sin perjuicio de que las CC. AA establezcan normas adicionales de protección de dicho medio.

En su punto quinto se refiere a su carácter complejo, con un talante pluridimensional y por tanto multidisciplinar³³.

En definitiva, como podemos apreciar a través de las dos sentencias citadas, dicho Tribunal está por una concepción amplia del concepto de medio ambiente, y desde este punto de vista, lo considera como “la asociación de elementos cuyas relaciones mutuas determinan el ámbito y las condiciones de vida de las personas”.

Al igual que el TC nuestro Derecho aboga por una concepción amplia del mismo, pues la mayoría de nuestros autores se inclinan por considerar el medio ambiente en tal sentido, aunque como ya hemos citado al principio, existen otros partidarios de una concepción más estricta, encontrando los dos conceptos acomodado en nuestra Constitución.

Del análisis del art. 45 de la CE, se deduce que en su párrafo segundo se impone a los poderes públicos que estos velen por la “*utilización racional de todos los recursos naturales , con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente*”; ello nos aboca a la interpretación de que en el mismo quedan englobados todos los aspectos medioambientales, lo que

³³ Este carácter se proyecta en el campo de las ciencias jurídicas, de tal modo que los problemas ambientales no constituyen patrimonio exclusivo de una rama del derecho, pues existen numerosos puntos de conexión con otras disciplinas como: Derecho constitucional, Derecho civil, Derecho administrativo y Derecho mercantil.

ha permitido configurar un concepto amplio sobre lo que entendemos por medio ambiente, como ha quedado demostrado en la STC 102/1995 -supra-.

Por lo expuesto, apreciamos que la CE se decanta más por una visión amplia y progresista del derecho en sus tres dimensiones: como derecho subjetivo, como deber ciudadano de conservarlo y como principio rector de las actividades del Estado.

En cuanto a su contenido, el Tribunal Constitucional señala que el medio ambiente está compuesto por una serie de elementos definidores del mismo. En este sentido, en primer lugar, se refiere a los recursos naturales y su soporte físico.

Desde el punto de vista descriptivo, el medio ambiente es el conjunto compuesto por los recursos naturales en la forma más amplia -flora y fauna, los animales y los vegetales o plantas y los minerales-, con el soporte físico en el que se asientan -suelo, agua y el espacio natural-, quedando así recogido en la sentencia del TC 102/1995 -anteriormente citada-, en su fundamento jurídico 6º, párrafo segundo y tercero en la forma siguiente:

“En definitiva, la tierra, el suelo, el espacio natural, como patrimonio de la humanidad producen unos rendimientos o “rentas”, los recursos, que son sus elementos y cuyo conjunto forman un sistema, dentro del cual pueden aislarse intelectualmente, por abstracción, otros subsistemas en dimensión gradual, hasta la célula y al átomo”.

Así quedando “el medio ambiente como objeto de conocimiento desde una perspectiva jurídica, estaría compuesto por recursos naturales [...]”.

En definitiva, el TC considera al medio ambiente como *“la asociación de elementos cuyas relaciones mutuas determinan el ámbito y las condiciones de vida de las personas”*. De lo que se deduce a través de la sentencia citada, que el citado Tribunal, en su descripción del medio ambiente mantiene una concepción amplia del concepto del mismo, adicionando a la misma los recursos naturales clásicos de la naturaleza -v.gr. flora, fauna y el espacio natural- y los históricos o culturales -v.gr. los monumentos y el paisaje de cada época y cultura-.

Dicha postura, encuentra acomodo en el párrafo segundo del art. 45 de nuestra Carta Magna, por establecer que los poderes públicos tienen el deber de velar por la “*utilización racional de todos los recursos naturales [...], defender y restaurar el medio ambiente*”; ello nos aboca a la interpretación de que en el mismo quedan englobados todos los aspectos medioambientales, lo que ha permitido configurar un concepto amplio sobre lo que entendemos por medio ambiente, como estimamos que ha quedado demostrado en la STC 102/1995 -supra-.

Por todo ello, apreciamos que la CE se inclina más por una visión amplia y progresista del medio ambiente en sus tres dimensiones: como derecho subjetivo, como deber ciudadano de conservarlo y como principio rector de las actividades del Estado.

En cuanto a su contenido, el Tribunal Constitucional señala que el medio ambiente está compuesto por una serie de elementos definidores del mismo. En este sentido, en primer lugar, se refiere a los recursos naturales y su soporte físico.

Desde el punto de vista descriptivo, el medio ambiente es el conjunto compuesto por los recursos naturales en la forma más amplia -flora y fauna, los animales y los vegetales o plantas y los minerales-, con el soporte físico en el que se asientan -suelo, agua y el espacio natural-. Quedando recogida en fundamento jurídico sexto la sentencia del TC 64/ 1982 citada anteriormente, en la forma siguiente:

“En definitiva, la tierra, el suelo, el espacio natural, como patrimonio de la Humanidad, producen unos rendimientos o “rentas”, los recursos, que son sus elementos y cuyo conjunto forman un sistema, dentro del cual pueden aislarse intelectualmente, por abstracción, otros subsistemas [...] así, el medio ambiente como objeto de conocimiento desde una perspectiva jurídica, estaría compuesto por recursos naturales [...]”.

C) Medio ambiente como bien jurídico tutelado

Consideramos que un medio ambiente equilibrado y adecuado es merecedor de tutela jurídica, por tratarse de un bien de especial trascendencia para el ser humano y su hábitat, cuya protección es necesaria para su propia existencia y para el derecho del hombre a disfrutar de una vida saludable en armonía con la naturaleza.

La Conferencia de Naciones Unidas sobre el medioambiente celebrada en Estocolmo en el año 1972, en su Principio 1^o³⁴ establece que el hombre tiene derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado que le permita una buena calidad de vida, y la obligación de protegerlo y mejorarlo para las generaciones presente y futuras. En el Principio 17³⁵ establece que las instituciones nacionales competentes, tienen la tarea de administrar y controlar la utilización de los recursos ambientales de los Estados.

En la Presentación del Informe 42/87 de la WCED de la ONU o Informe de la Comisión Brundtland³⁶ de 11 de diciembre de 1987, como en la Conferencia de Río de Janeiro de 1992, se establece igualmente, que los Estados deberán cooperar para conservar y restablecer la salud y la integridad del ecosistema.

Por último, el medio ambiente toma carta de naturaleza constitucional en nuestro país por primera vez en nuestra Carta Magna de 1978, considerando dicho medio como un bien de carácter colectivo del que es titular la sociedad, a la que se le reconoce el derecho de disfrutarlo y la obligación de mantenerlo en óptimas condiciones para el uso y disfrute de generaciones venideras.

³⁴ “El hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras [...]”.

³⁵ “Debe confiarse a las instituciones nacionales competentes la tarea de planificar, administrar o controlar la utilización de los recursos ambientales de los Estados con el fin de mejorar la calidad del medio ambiente”.

³⁶ En dicho Informe se propuso por primera vez la idea del desarrollo sostenible, definiéndolo como “es el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”.

Para ello, la CE contiene un mandato claro y preciso sobre dicho medio dirigido a los poderes públicos, consistente en el deber de “*defender y restaurar el medio ambiente*”, y de establecer un sistema que permita hacer efectiva la obligación de reparación del daño causado, para todo el que atente contra la utilización racional de los recursos naturales y la defensa y restauración de dicho medio.

En su art. 45³⁷ se recoge ese derecho a la tutela ambiental por parte del Estado, y para tal fin se elaboran normas jurídicas específicas encaminadas a proteger dicho bien, moviéndose todas ellas dentro del campo de la imposición de deberes y derechos. De hecho, en el apartado 2º del citado artículo, obliga a los poderes públicos no sólo a defender y restaurar el medio ambiente, sino también a proteger y mejorar la calidad de vida³⁸.

De lo que se deduce que el bien jurídico -medio ambiente-, que se protege en la Constitución, comprende todos los recursos naturales necesarios para preservar la calidad de vida y el bienestar del ser humano. Es decir, quien recibe la protección jurídica no es el aire, ni el suelo, ni los árboles o animales que se encuentran en un lugar, sino todo el ambiente, el cual comprende todos los elementos que lo integran y las relaciones que se suceden u originan en él³⁹.

La LRM al referirse a su ámbito de aplicación en su art. 3, establece claramente que esta Ley se aplicará a los daños medioambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran. Lo que por sí solo dota de

³⁷ Este precepto constitucional, se encuadra, como es sabido, dentro de los principios rectores de la política social y económica que conforman el Cap. III del Tít. I de la CE. Según lo establecido en el art. 53 CE, de principios o valores informadores del ordenamiento jurídico, no aparecen configurados como derechos subjetivos por lo que no son directamente invocados ante los Tribunales, ni tampoco, está claro que sean susceptibles de amparo constitucional.

³⁸ La calidad de vida está igualmente citada y protegida por el Estado en el núm.5 del art. 66 de la Constitución portuguesa de 25 de abril de 1976.

³⁹ La Sentencia citada anteriormente, núm. 102/1995 del Tribunal Constitucional de España, estableció que: “El medio ambiente no puede reducirse a la mera suma o yuxtaposición de los recursos naturales y su base física, sino que es el entramado complejo de las relaciones de todos los elementos que por sí mismos tienen existencia propia y anterior pero cuya interconexión les dota de un significado trascendente, más allá del individual de cada uno”.

capacidad jurídica al ambiente. Es considerado como patrimonio común de la nación, y por tal motivo la enriquece.

Y de ahí que el ambiente merezca protección jurídica, como bien que mejora y aumenta el patrimonio individual y colectivo. También reconoce la legitimidad procesal activa a cargo de los ciudadanos comunes, para que ellos puedan intentar las acciones jurídicas y administrativas para obtener su protección, reparación y resarcimiento.

Por ello, consideramos que, si el medioambiente no fuese objeto de tutela jurídica, no podríamos ostentar su representación ni iniciar demandas en su nombre.

Este medio no se configura en la CE como un derecho subjetivo, sino como un principio rector del ordenamiento, principio que tiene por finalidad la defensa de un bien o interés colectivo. El Prof. EMBID IRUJO⁴⁰, en referencia al mismo tema, nos dice que al transcribir el precepto 53.3 de la CE, lo que hace es aportar una nueva prueba de desvalorización del posible carácter de derecho subjetivo del derecho al medio ambiente que contiene la CE.

La tesis que considera que estamos ante un derecho subjetivo es mantenida por: Prof. JORDANO FRAGA⁴¹ y Prof. PRIETO SANCHIS⁴². También hay autores como el Prof. BETANCUR RODRÍGUEZ⁴³ que niegan que el derecho a un medio ambiente adecuado establecido en el art. 45-1 de la CE sea un derecho subjetivo, debido a que este supuesto derecho carece de contenido esencial y de

⁴⁰ Vid. EMBID IRUJO. A.: *Derecho a un Medio Ambiente Adecuado*. Edit. Iustel Madrid 2008. pág. 398.

⁴¹JORDANO FRAGA j.: Sostiene que el derecho al medio ambiente adecuado es un derecho subjetivo y fundamental, que en el artículo 45.1 CE hay un mandato del legislador al juez para que el derecho al medio ambiente adecuado sea tutelado eficazmente, tal como lo dispone el artículo 24 CE., en, *La protección del derecho...* cit, pág..472 ss.

⁴² Vid. PRIETO SANCHÍS, L.: *Estudios sobre los Derechos Fundamentales*. Edit. Debate. S.A. Madrid 1996, pág. 194.

⁴³ BETANCOR, RODRÍGUEZ, A.: *Instituciones de derecho ambiental*. Edit. La Ley. Madrid 2001, pág.. 371 y ss.

protección judicial cualificada, lo que lo aleja de los “Derechos y Libertades” del Capítulo II de la CE.

Tradicionalmente el marco de la reparación medioambiental se ha basado fundamentalmente en la responsabilidad subjetiva, centrada ésta en la culpabilidad del causante del daño⁴⁴. Dicho sistema no resultaba justo para el perjudicado, puesto que recaía sobre él la obligación de demostrar la culpabilidad del responsable, y ello suponía una ardua labor que en ocasiones no podría llevarse a cabo por la dificultad que le suponía a la víctima probar la negligencia del culpable, beneficiándose de tal situación el que originó el daño.

Las legislaciones internacionales viendo el problema, consideraron que era necesario el establecimiento de un nuevo régimen de responsabilidad más acorde y justo, motivo por el cual se creó un régimen de responsabilidad objetiva⁴⁵ fundado en la teoría del “riesgo”⁴⁶. Caracterizándose este régimen por carecer de relevancia la condición culpable o negligente de la conducta del infractor. Es evidente que este sistema es el más idóneo y eficaz en materia de daños medioambientales.

La LRM en el apartado 5º de su preámbulo da a la responsabilidad medioambiental un carácter objetivo e ilimitado dado que las obligaciones de responsabilidad que se le imponen al “operador” son al margen de cualquier culpa o negligencia por parte de éste. Sobre la responsabilidad objetiva, tratamos con mayor amplitud en el núm. 7 apartados A) y ss. del capítulo VI “*Responsabilidad de los administradores*”.

Debemos reiterar que dicha responsabilidad encuentra su fundamento en las teorías clásicas del riesgo, por cuanto quien asuma un riesgo de deterioro

⁴⁴ Debemos significar que en el marco de esta responsabilidad, se ha exigido que el daño fuese causado por culpa o negligencia, rigiendo de esta forma el principio basado “no hay responsabilidad sin culpa”.

⁴⁵ Vid. Ley 26/2007, de 23 de octubre, Responsabilidad Medioambiental párrafo 5 del Preámbulo I “La responsabilidad medioambiental es, por último, una responsabilidad de carácter objetivo en la que las obligaciones de actuación se imponen al operador al margen de cualquier culpa [...]”.

⁴⁶ Conforme a esta teoría, la persona causante del riesgo o daño en su propio beneficio es responsable del daño causado siguiendo el principio “*ubi incómodo, ibi commodo*”.

ambiental, se arroga igualmente la responsabilidad de los daños que se puedan causar asumiendo los costes de la reparación.

La responsabilidad ambiental debe ser necesariamente solidaria, de forma que todas y cada una de las empresas que consideren que hayan participado en el daño, respondan solidariamente a la hora de atribuir las indemnizaciones por el daño causado. Creemos que de igual forma deberán responder sus administradores, puesto que, en su mayoría, ellos disponen de ese poder de decisión que la LRM establece para otorgar la responsabilidad solidaria. Estimamos que lo ideal sería que todos los operadores que participaron tanto en la creación del riesgo como en la producción de los daños respondieran solidariamente a la hora de indemnizar o repararlos. Existen países como España que contemplan dicha posibilidad.

CAPÍTULO III

PROTECCIÓN DEL DERECHO MEDIOAMBIENTAL EN EL DERECHO ESPAÑOL Y SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL.

1. ANTECEDENTES DE LA LEY 26/2007

Históricamente España no se ha caracterizado por ser un país con un sentido arraigado de la protección del medio ambiente. Ello no significa que con anterioridad a la LRM no se hayan promulgado normativas legales para la regulación de sus recursos naturales y para determinar la responsabilidad frente a los mismos.

Estas normativas tenían su apoyo en el Derecho civil, que no siempre ha resultado ser eficaces a la hora de gestionar los daños medioambientales, por tener éstos sus propias características diferentes a los daños civiles, por lo cual los conflictos que se generaban no podrían ser resueltos con la eficacia deseada con la sola aplicación del Código civil, dado que éste protege exclusivamente a las personas y a sus derechos en caso de que resultasen afectados como consecuencia de un impacto medioambiental. Por el contrario, el Derecho al medio ambiente, regula las relaciones de Derecho público y privado tendentes a preservar dicho medio.

Es cierto que hubo precedentes que constituyen los antecedentes del Derecho medioambiental en nuestro país, y que se remontan a la Ley de 19 de septiembre de 1896 por la que se dictan normas para la protección de pájaros

insectívoros; Ley de Parques Nacionales de 1916⁴⁷ y Ley de espacios Naturales Protegidos de 1975⁴⁸.

Estas normas jurídicas supusieron los primeros pasos de un Derecho medioambiental, comenzando a dar contenido a la nueva disciplina que tuvo su despliegue definitivo con la incorporación de España a la UE⁴⁹.

Se puede decir que la LRM, sigue dos trayectorias distintas: una proveniente del Derecho español y la otra del Derecho comunitario.

Nuestro país necesitaba disponer de una ley que regulase la responsabilidad derivada de los graves daños ocasionados al medio ambiente, siendo reflejada dicha necesidad por primera vez en el art. 45-3 de la Constitución de 1978 donde se establece lo siguiente.

“Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

Este apartado resulta confuso para su interpretación puesto que el legislador se está refiriendo -“*quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije*”-, a la aplicación de la ley, a una ley que en esa época en materia medioambiental no existía.

Estimamos que el legislador ya nos estaba indicando esa necesidad de disponer de un régimen especial de responsabilidad apropiado para dar solución a los problemas que planteaba el medio ambiente. Aunque las leyes sectoriales en esta materia -aguas, espacios naturales, energía nuclear etc.- se han ido

⁴⁷ Es la primera Ley de Parques Nacionales, aprobada el 8 de diciembre de 1916. Consiguió, con sus únicos tres artículos, que España fuera uno de los países pioneros en Europa en la apuesta por la protección de la naturaleza. Esta ley recogía el concepto estético y paisajístico de parque nacional, bajo el que se declararon en 1918, los dos primeros parques nacionales españoles, el de la Montaña de Covadonga y el de Ordesa en los Pirineos.

⁴⁸ La finalidad de esta ley es contribuir a la conservación de la naturaleza otorgando regímenes de adecuada protección a las aéreas o espacios que lo requieran por su singularidad e interés de sus valores naturales.

⁴⁹ Entonces Comunidades Europeas. La Demanda de adhesión se presentó el 26 de julio de 1977 y ocho años más tarde -12 de junio de 1985- se firmó en Madrid el Tratado de adhesión de nuestro país a la UE.

modificando con el transcurso del tiempo, era necesario contar con una ley general en materia medioambiental que diese solución a los problemas que generaba un grave daño ocasionado a ese medio.

a) Planteamiento

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LRM, en los casos en que el daño ambiental no se derivaba de un delito o infracción administrativa, se acudía para solucionarlo al sistema de responsabilidad extracontractual, que presentaba dos tipos diferentes de responsabilidad: responsabilidad civil extracontractual por hecho propios y responsabilidad civil extracontractual por hechos ajenos.

En el primer supuesto el art.1902 del CC. indica *“el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*.

En el segundo supuesto, al margen del carácter objetivo o subjetivo de la responsabilidad del daño el art. 1903 del CC. Establece: *“La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder [...]”*. Exigiéndoseles su reparación mediante la aplicación del art. 1902 del CC.

Al margen de los sistemas citados, existe otro procedimiento referido a la denominada responsabilidad patrimonial de la Administración cuando el daño era consecuencia del mal funcionamiento de los servicios públicos.

En este último caso, el reconocimiento de los perjudicados a ser resarcidos se fundamenta en el art. 106-2 de la CE⁵⁰, en el que se establece que los particulares tendrán que ser compensados por las lesiones que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos.

⁵⁰ *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*.

En el supuesto de que fuese la Administración la causante del daño se acudía a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -en adelante LRJAPC⁵¹.-, en aplicación de sus arts. 139 y ss. En virtud de los cuales la Administración responde por los daños causados por el mal funcionamiento de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor.

Ambos sistemas no resultaron efectivos a la hora de reparar los daños ocasionados al medio ambiente. Dicha ineficacia se derivaba fundamentalmente de que, con arreglo a lo previsto en la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento civil -LECiv-, para justificar la responsabilidad se exige la existencia de derechos e intereses legítimos individuales que hayan sido vulnerados.

En parecidos términos se pronuncia su Exposición de motivos I párrafo 6º. “Esta nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se inspira y se dirige en su totalidad al interés de los justiciables, lo que es tanto como decir al interés de todos los sujetos jurídicos y, por consiguiente, de la sociedad entera”.

Por el contrario, la LRM insta un régimen jurídico de reparación de daños medioambientales donde se establece que el “operador” que por sus actuaciones ocasione daños al medioambiente o sea tendente a ocasionarlos, deberá adoptar las medidas necesarias para evitarlos, y, si ya se han causado, tendrá que usar los medios adecuados para devolver los recursos naturales dañados a su “estado básico”.

De lo que se deduce que el sistema introducido por la LRM intenta superar las lagunas o deficiencias del sistema de responsabilidad por daños medioambientales existentes en el ordenamiento jurídico español anterior a la

⁵¹ Ley derogada y sustituida por dos nuevas leyes -Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público-, sobre la que se estructura el nuevo régimen de Administraciones Públicas.

misma, estableciendo un procedimiento autónomo diferente al mecanismo clásico de responsabilidad civil que se venía ejerciendo.

Se trata de un sistema dirigido a la prevención, evitación y reparación de los graves daños ocasionados a este medio.

El Derecho medioambiental, por su carácter interdisciplinar, se nutre de los principios de diversas ramas del ordenamiento jurídico. Este derecho, al tutelar intereses generales, tiene estrecha relación con el Derecho Público, tanto en el sentido administrativo como sancionador y, por su naturaleza preventiva y reparadora de los daños medioambientales, constituye también un capítulo importante del Derecho Privado.

En la medida de que determinadas actividades dañen el medio ambiente, traen como consecuencia directa para el autor o autores del mismo la aplicación de postulados de responsabilidad, sea ésta civil, administrativa o penal.

Los daños causados al medio ambiente contienen una serie de características que los diferencian de los ocasionados a las personas o a sus bienes. Debido a ello, tanto la Directiva en su exposición de motivos apartado 14⁵², como el art. 5-1 de la LRM⁵³, excluye de la aplicación de ambas normas los daños ocasionados a particulares y a sus propiedades privadas.

⁵²“La presente Directiva no se aplica a las lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada o a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños”.

⁵³ “Esta Ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental. Tales acciones se regirán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación”.

b) Reconocimiento constitucional del medio ambiente

La mayoría de los textos fundamentales de los Estados europeos contienen normas encaminadas a garantizar por parte del Estado el derecho a un medio ambiente adecuado y sostenible, y velar por su conservación.

Es positivo para la sociedad que el bien jurídico que se pretende proteger -Derecho al medio ambiente-, esté claramente delimitado conceptualmente en las Constituciones de los Estados de la UE, con ello se le reconoce como un derecho fundamental de la persona.

El reconocimiento internacional del derecho del ser humano a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza se establece en el Principio I de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrada en 1992⁵⁴. Derecho que se reafirma en la “Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente -conocida como Cumbre de la Tierra- celebrada en Estocolmo del 5 al 16 de junio en 1972⁵⁵, y para la Unión Europea, se reconoce a partir de la entrada en vigor del Acta Única Europea -AUE-⁵⁶. Mediante esta, se han podido desarrollar sobre una base jurídica los objetivos de la UE en relación con el medio ambiente.

A nivel internacional, el reconocimiento como un derecho humano es relativamente reciente. Se sitúa en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en su art. 25-1⁵⁷. En él se establece la primera base sobre la

⁵⁴ “Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”. Vid. <https://www.un.org › spanish › esa › sustdev › documents › declaracionrio>

⁵⁵ Con posterioridad, se celebraron: en 1992 la segunda Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro y más adelante, se celebró la tercera cumbre en Johannesburgo el año 2002 y la cuarta Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro en junio de 2012.

⁵⁶ fecha de entrada en vigor del Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 y en La Haya el 28 de febrero de 1986. Y los 12 países que por entonces eran miembros de la Comunidad. Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. L 169/1 29/06/1987.

⁵⁷ “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad,

que se podría asentar el citado derecho reconociéndose de una manera más o menos entendible el derecho de la persona a disfrutar de un medioambiente sano y adecuado.

Posteriormente la Conferencia de Estocolmo de 1972 reconoce la protección del medio ambiente proclamándolo en su Principio primero.

“El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”.

En la reunión mundial de Asociaciones del Derecho ambiental celebrada en Limoges los días trece y quince de noviembre de 1990, se acordaron una serie de recomendaciones entre las que destaca la núm. 4 *“El derecho del hombre al medio ambiente y los medios jurídicos para su reconocimiento”.*

Considerando que el derecho del hombre a un medio ambiente deviene cada vez más de un derecho personal, no sólo a nivel nacional sino regional e internacional, recomienda que dicho derecho debe ser reconocido a nivel nacional e internacional de una manera explícita y clara, y los Estados tienen el deber de garantizarlo.

En la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio ambiente y Desarrollo, conocida también como Cumbre de la Tierra celebrada en Río de Janeiro -1992- se proclama en su principio primero *“Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”.* Obsérvese que, en las dos últimas Conferencias citadas, se reconoce expresamente el derecho humano a disfrutar de un medio ambiente adecuado.

En el ámbito del Derecho europeo, el reconocimiento constitucional del medio ambiente comienza a partir del Acta Única -en adelante AUE-. Fue firmada

invalidéz, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 y supuso un punto de inflexión sobre la política medioambiental a nivel internacional. Junto con el Tratado de Maastricht 1987, firmado el 7 de febrero de 1992 y que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993, se dio un paso muy significativo en el tratamiento de la problemática del medio ambiente en la UE. Además, se introdujo el concepto de “reconocimiento sostenible”⁵⁸, en referencia a un tratamiento respetuoso con el medio ambiente.

Es entonces cuando la protección del medio ambiente pasa a ser uno de los objetivos de la Unión Europea, consolidándose la importancia de dicha protección a través del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa - Bruselas 13 de octubre de 2004-, que la considera como materia de competencia compartida entre la UE y sus Estados miembros.

En sus artículos II-97, III-119 y III-172-3 establece lo siguiente respecto a la protección del medio ambiente:

Art. II-97 titulado “Protección del medio ambiente” ·

“En las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad”.

Art. III-119 *“Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y ejecución de las políticas y acciones contempladas en la presente Parte, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible”.*

Art. III-172-3 *“En sus propuestas presentadas con arreglo al apartado en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores, la Comisión se basará en un nivel elevado de protección, teniendo en cuenta especialmente cualquier novedad fundada en hechos científicos [...]”.*

⁵⁸ Término que aparece por primera vez en el Informe Brundtland publicado en 1987 y que asumió el principio 3 de la Declaración de Río del 3 al 14 de junio de 1992 estableciendo lo siguiente: “El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”.

En su sección 5ª “Medio Ambiente” de la Parte III “De las políticas y funcionamiento de la Unión” dedica los Artículos III-233 y III-234 a los objetivos del medio ambiente y del desarrollo sostenido.

Art. III-233, marca los objetivos que en la política medioambiental deberá alcanzar la Unión.

Art. III-234, establece las acciones que se deberán emprender para alcanzar los objetivos establecidos en el artículo anterior.

A) Constitución española

El medio ambiente toma carta de naturaleza constitucional por primera vez en nuestro país en la Constitución de 1978⁵⁹, haciéndose eco de la inquietud y preocupación de la sociedad española por ese medio, y reconociendo un conjunto de acciones encaminadas a su disfrute y su conservación.

De hecho, en su preámbulo se reconoce expresamente la voluntad de “*promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida*”. También prevé el derecho a un medio ambiente adecuado donde se pueda desarrollar la persona -art. 45 CE-, sin embargo, el legislador no le concede la especial protección que se establece para los derechos fundamentales -Secc. 1ª Capítulo 2º del Título I de la Carta Magna-, por ubicar el art. 45 en el Capítulo III del Título I referido a los principios rectores de la política social y económica.

⁵⁹ Debemos advertir que en el ordenamiento constitucional español tenemos algún antecedente remoto como la Constitución de la II República del año 1931 que incluía, en su párrafo segundo del art. 45 decía: “*El Estado protegerá también los lugares notables por su belleza natural o por su reconocido valor artístico o histórico*”. la obligación del Estado de proteger la conservación del entorno natural. En este punto el legislador republicano manifestaba ya su preocupación por la preservación del entorno natural.

Bien es verdad, que el reconocimiento formal de ese derecho queda vacío de contenido si no es acompañado de una previsión clara sobre si una lesión del mismo puede fundamentar una pretensión de daños y en qué términos⁶⁰.

Debemos significar que el art. 24-1 de nuestra Constitución⁶¹, reconoce y garantiza al máximo nivel el derecho a una tutela efectiva sin que pueda producirse indefensión. Lo que viene a decirnos la lectura de su texto es que toda persona, sea física o jurídica, que demuestre un interés legítimo, -bien puede ser el medio ambiente-, podrá solicitar la tutela de su derecho subjetivo. Nuestra Constitución en la letra b) del apartado primero del art. 162 otorga ese derecho de legitimación para “*interponer recurso de amparo, a toda persona que invoque un interés legítimo [...]*”.

En su art. 149 establece “*El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias* “. Entre ellas citamos el número 23 del mencionado artículo por referirse exclusivamente al medio ambiente, donde dice:

“Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las (CC. AA) de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias”⁶².

Tenemos que puntualizar que nuestra Ley fundamental se aprobó antes de que España formase parte de la Unión Europea, motivo por el cual debemos interpretar todo lo relacionado con el medio ambiente y principalmente el texto de su artículo 45 dentro del contexto jurídico más favorable a dicha materia. Es a partir de nuestro ingreso en la Comunidad Europea cuando se procede a acometer

⁶⁰ Vid. RUDA GONZÁLEZ. A.: *El Daño Ecológico Puro...*,cit., pág. 55.

⁶¹ “*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”.

⁶² La sentencia del TC 194/2004, del 10 de noviembre, permite a las CC. AA asumir en exclusiva la gestión de los Parques Naturales ubicados en su territorio, manteniendo el Estado competencias en materia de bienes públicos.

la distribución de competencias y se determina el contenido del Derecho ambiental en nuestro país.

a) Artículo 45 de la Constitución

Antes de proceder al análisis del citado artículo, debemos puntualizar que, como es sabido, nuestra Ley Fundamental fue aprobada antes de que España formase parte de la Unión Europea⁶³, motivo por el cual corresponde interpretar todo lo relacionado con el medio ambiente y principalmente el contenido del art 45 de la CE dentro del contexto jurídico que sea más favorable a dicha materia.

Nuestro Ordenamiento jurídico ha recogido en el art. 45 de la Constitución Española⁶⁴ la preocupación social por la defensa del medio ambiente otorgándole rango constitucional. En ella se recoge el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y el deber de conservarlo; es decir, se protegen los recursos naturales para preservar la calidad de vida del hombre⁶⁵ y de su hábitat.

Si bien, tal como dice el Prof. RUDA, “La Constitución española prevé el derecho al medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, pero no lo concede la especial protección de que gozan los derechos fundamentales -sección primera del Capítulo segundo del Título I de la CE-“⁶⁶. Tal vez el legislador consideró más oportuno insertar el citado derecho en el marco del Capítulo III del Título I de la CE, donde se regulan los principios de la política social y económica, limitando así su ámbito de protección a la actividad de los poderes públicos.

⁶³ España firma el Tratado de Adhesión a la CEE el 12 de junio de 1985, siendo su integración efectiva el 1 de enero de 1986.

⁶⁴ Vid. MARTIN MATEO R. Precepto que está inspirado en la Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976. *Tratado de Derecho ...*, cit., pág. 107.

⁶⁵ MARTÍN MATEO, R. Como dice el Prof. “Calidad de vida es una noción intrínsecamente valorativa, que dependerá de los criterios, inevitablemente subjetivos, de quienes ponderen una situación frente a otra. Se requieren algunas limitaciones, ya que a primera vista aparece como un “macroconcepto” desbordado y vinculado con la idea de felicidad”. *Tratado de Derecho...*, cit., págs. 100 a 104.

⁶⁶ Vid. RUDA GONZÁLES. A. *El Daño Ecológico Puro...*, cit., pág. 51.

El citado art. 45 de la CE⁶⁷, al estar encuadrado en el Título I, Capítulo III de la Constitución con el rótulo “*De los principios rectores de la política social y económica*”, regula un derecho que a la vez es un principio donde se impone a los poderes públicos la obligación de promover, restaurar y velar por el uso racional de los recursos naturales; además se establece el deber de todos a conservarlo, quedando reforzado su cumplimiento con la previsión de sanciones administrativas y penales.

El interés social por la protección del medio ambiente sirve a esa a la calidad de vida del ser humano. Esta constitucional “calidad de vida”⁶⁸, se entiende que el legislador se está refiriendo a la vida humana, ya que a tenor de lo que dispone el art 45-1 de la CE, se refiere al desarrollo de la persona el cual enlaza con lo que proclama el art. 10-1. Con todo ello, se puede llegar a la conclusión de que la conservación del medio ambiente y la utilización racional de los recursos naturales no están con preferencia al servicio de la vida en general, sino de la vida humana en particular.

En el segundo apartado del artículo 45 indica que: “*Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales*”. Se establecen así las directrices de la gestión de la política ambiental del Estado en función del desarrollo de la persona, el cual contiene una triple dimensión: primero, les impone a los poderes públicos el velar por la utilización racional de todos los

⁶⁷ “1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

⁶⁸ Tiene su precedente en el número 4 del art. 66 de la Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976 - “Del medio ambiente y calidad de vida”- “*O Estado deve promover a melhoria progressiva e acelerada da qualidade de vida de todos os portugueses*”.

recursos naturales; segundo, proteger y mejorar la calidad de vida y tercero el mandato de defender y restaurar el medio ambiente.

Este mandato constitucional obliga a las autoridades a velar por la conservación del medio ambiente y garantizar una mejor gestión de los recursos naturales, puesto que deben “Proteger y mejorar la calidad de vida”. El concepto de calidad de vida resulta ambiguo, sin embargo, expresa la necesidad de armonizar la protección del medio ambiente con el desarrollo económico. Al hacer compatibles el progreso económico con la protección del medio ambiente es necesario establecer los cauces de participación y coordinación de los distintos sectores implicados.

Por último, las autoridades deben “defender y restaurar el medio ambiente” –apartado 2 del art. 45 de la CE-. Esta función exige la preservación de los recursos naturales, así como una buena gestión de la flora y fauna. El incumplimiento de esta obligación conllevaría la inconstitucionalidad de la actuación pública del Estado.

Además, este número 2 del art. 45 establece una serie de instrumentos que se les proporcionan a los poderes públicos, para que éstos mejoren y protejan la calidad de vida, defiendan y restauren el medio ambiente⁶⁹ con el objetivo de que el ser humano cuente con la condición adecuada para su desarrollo y bienestar.

En la Ley 4/1989, del 27 de marzo de Conservación de los Espacios naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, en los apartados dos⁷⁰ y tres⁷¹ de su art. 2 son más concretos que el anteriormente citado.

⁶⁹ Consideramos que la calidad de vida y el medio ambiente son conceptos distintos, aquélla engloba al medio ambiente ya que aparece como un objetivo al que contribuye la defensa y restauración de éste. La calidad de vida se mejora, además, de formas muy diferentes. El medio ambiente, es todo aquello que rodea al hombre y el entorno en el que se desenvuelve y que afecta al modo de vida de éste.

⁷⁰ “Las Administraciones competentes garantizarán que la gestión de los recursos naturales se produzca con los mayores beneficios para las generaciones actuales, sin merma de su potencialidad para satisfacer las necesidades y aspiraciones de las generaciones futuras”.

⁷¹ “Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias velarán por el mantenimiento y conservación de los recursos naturales existentes en todo el territorio nacional, con independencia de

En cuanto al tercer apartado del art. 45 de la CE, refuerza el deber de proteger, defender y restaurar el medio ambiente, estableciendo para ello un conjunto de instrumentos jurídicos con el fin de fortalecer el cumplimiento de dichos deberes con la previsión de sanciones administrativas y penales, consistente en penar aquellas conductas de las personas físicas o jurídicas que dañen gravemente el medio ambiente.

Tendrá que ser el legislador quien, valorando los actos que ocasionen el daño ambiental, determine qué conductas son sancionables, con qué intensidad y a través de qué procedimiento.

Dentro del procedimiento de esta última vía, se pueden defender los intereses medioambientales a través de la acción popular y por medio del art. 24-1 de la CE -ya citado anteriormente-, del art. 7-3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁷² y del art. 19-1-b de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa administrativa. En el citado artículo se establecen los que están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, entre ellos se cita el apartado b) *“Las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos”*.

En el orden penal la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal recoge en su Título XVI del Capítulo III titulado “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, donde se tipifican aquellas conductas merecedoras de penalización y se incrementa la gravedad de las sanciones, recogiendo un buen número de delitos medioambientales. Citaremos como los

su titularidad o régimen jurídico, atendiendo a su ordenado aprovechamiento y a la restauración de sus recursos renovables”.

⁷² *“Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción”*.

más significativos para combatir los delitos medioambientales los arts. 325⁷³ y 326⁷⁴.

El primero, establece “*Será castigado con penas de prisión de seis meses a veinticuatro meses [...]*” y el segundo regula el tipo penal agravado, estableciéndose la pena si concurren las circunstancias citadas en los apartados a) al f) inclusive.

No debemos olvidar que el citado Código, además de los preceptos indicados, contiene otros que castigan conductas que atenten contra el MA -v.gr., incendios forestales, contaminación por hidrocarburos, etc. -.

b) Protección

Como hemos podido observar, el precepto constitucional impone a los poderes públicos - no a los ciudadanos- el deber de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales con la obligación de su cumplimiento. Esta labor de custodia queda reforzada, como se ha dicho anteriormente, con lo establecido en el apartado tres del art. 45 de la CE, señalando un abanico de sanciones de carácter administrativo o penal, para los que violen lo determinado en los dos apartados anteriores. Estas dos vías constituyen en la mayoría de los ordenamientos jurídicos las herramientas más apropiadas para resolver la responsabilidad por daños ocasionados al medio ambiente.

Tanto el Derecho Administrativo como el Derecho Penal, se complementan con el fin de proporcionar mayor contenido a la protección del medio ambiente. No cabe la menor duda de que cada uno de ellos tiene perfectamente delimitado el ámbito de su actuación, se puede decir respecto al Administrativo, que a éste le corresponde el papel preventivo y sancionador en primera instancia, y al derecho

⁷³ Vid. Artículo modificado por el art. Único, núm. 173 de la Ley Orgánica 1/2015 de treinta de marzo para su entrada en vigor a partir del 1/7/2015.

⁷⁴ Se modifica por el artículo único, núm. 174 de la Ley Orgánica 1/2015 de treinta de marzo para su entrada en vigor a partir del 1/7/2015.

Penal le es asignada la actuación cuando el daño medioambiental tenga características de infracciones muy graves. Desde el punto de vista de la responsabilidad medioambiental, que es el tema que a nosotros nos preocupa, también la LRM contempla estas potestades de las autoridades competentes en aras de la protección del medio ambiente en los arts. 18⁷⁵ y 21⁷⁶.

c) Competencia en materia medioambiental

Una vez fijado el marco constitucional de la responsabilidad medioambiental, debemos destacar que la protección de la naturaleza en España es compartida por el propio Estado y las Comunidades Autónomas -en adelante CC.AA-⁷⁷, teniendo presentes a las administraciones locales, cuya competencia les viene atribuida por la Ley 7/1985, de 2 de abril Reguladora de las Bases de Régimen Local, la cual, en base a su Disposición final primera, autorizó al Gobierno para refundir en un solo texto las normas legales vigentes en materia de régimen local, de acuerdo con lo establecido en su Disposición derogatoria en cuanto no se opongan, contradigan o resulten incompatibles con las reglas de dicha Ley.

En cumplimiento de dicha autorización se procede a la redacción del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local.

⁷⁵ “La autoridad competente, cuando considere que existe amenaza de daños o de producción de nuevos daños, podrá adoptar en cualquier momento y mediante resolución motivada dictada de conformidad con lo establecido en el capítulo VI, cualquiera de las siguientes decisiones de los apartados a), b), c) y d)”.

⁷⁶ “La autoridad competente, ante un supuesto de daño medioambiental, podrá adoptar en cualquier momento y mediante resolución motivada dictada de conformidad con lo establecido en el capítulo VI cualquiera de las decisiones que se indican a continuación: apartados a), b), c), d) y e)”.

⁷⁷ Según se prevé en el art. 149-1, núm.23 de la Constitución. El Estado tiene competencia exclusiva en materia medioambiental “Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias”. El art. 148 de la CE. Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en la siguiente materia, Apartado 1º, núm. 9 “La gestión en materia de protección del medio ambiente”.

Creemos interesante tratar de deslindar las competencias en materia medioambiental entre el Estado y las CC.AA. En primer lugar, nos referiremos a las competencias exclusivas del Estado en materia del medio ambiente, las cuales están establecidas en los apartados 22, 23 y 25 del art. 149 de la Constitución. Está reservada al Estado la legislación básica en materia de medio ambiente tal como preceptúa el apartado 23 del art. 149 de la CE.

Las competencias que pueden asumir las Comunidades Autónomas en esta materia están establecidas en los apartados 3, 8, 9, 10 y 12 del art. 148 de la CE. Al asumir la potestad legislativa el Estado, a las CC. AA les queda, según dispone el apartado 9, la función ejecutiva y las normas adicionales de protección.

Bien es verdad que a la hora del desarrollo legislativo y de la propia ejecución de la LRM, estas funciones corresponden a las CC. AA según establece su art. 7-1⁷⁸, pudiendo estas mejorar y endurecer el régimen de aplicación con normas más severas que las establecidas en la LRM, para adecuarlo a las necesidades y características de cada CC.AA.

Debemos significar que los mayores problemas que se han planteado en relación con la política ambiental en nuestro país han sido determinar la delimitación exacta de las competencias que tienen asignadas las diversas Administraciones Públicas en la materia referida.

La Constitución española concibe la protección del medio ambiente como un derecho y un deber que debe ser protegido por el Estado y sus poderes públicos, así como por sus comunidades autónomas y por los particulares.

Referente a las competencias en materia medioambiental, nuestra Carta Magna prevé que las mismas sean repartidas entre el Estado y las CC. AA. En relación con éstas últimas diremos que la Comunidad Autónoma de Galicia tiene

⁷⁸ “El desarrollo legislativo y la ejecución de esta ley corresponden a las comunidades autónomas en cuyo territorio se localicen los daños causados o la amenaza inminente de que tales daños se produzcan”.

competencia exclusiva en esta materia por otorgárselo su Estatuto⁷⁹. Por el contrario, la Constitución italiana en esta materia le atribuye al Estado competencia exclusiva, tal como ya indicamos en su art. 117-1- letra s) “*tutela dell` ambiente, dell`ecosistema e dei beni culturali e ambientali*”.

De todo lo expuesto, se deduce que en España las competencias en materia medio ambiental se reparten entre el Estado y las CC. AA, tal como se establece en los art. 118 y 119 de la Constitución ya citados, y en Italia las asume en exclusividad el Estado tal como anteriormente hemos expuesto -supra-.

d) Legitimación

Debido a la particular naturaleza del bien dañado, éste plantea algunos problemas referidos a ese campo tanto para poder reclamar por daño como para determinar cuál es el sujeto pasivo.

La Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 sobre la responsabilidad medioambiental -en adelante DRM-, consciente del problema ofrece una solución atribuyendo a la Administración Pública la competencia para determinar qué personas físicas o jurídicas - operadores- son los responsables de los daños que puedan ocasionar al medio ambiente, y con el fin de desempeñar las competencias previstas en la DRM, las autoridades administrativas disponen de las necesarias que el Derecho les otorga, entre ellas las previstas en los arts. 5-3; 6-3 y 8-2 de la LRM.

⁷⁹ Ley Orgánica de 1/1981, de 6 de abril. Art. 27 del Título II Capítulo I.

CAPITULO IV

RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO MEDIOAMBIENTAL EN DIVERSOS ESTADOS DE LA UE.

1. Introducción

No hay duda de que al estar el Derecho medioambiental recogido en las Constituciones de la mayoría de los países desarrollados tiene gran importancia jurídica para todos los seres humanos y su hábitat, y más cuando éstos tienen necesidades específicas, como el bienestar y el disfrute de una vida mejor, lo que les impone a los Estados las obligaciones de proteger y restaurar el medio ambiente con el principal objetivo de que éste se encuentre en las mejores condiciones para el desarrollo y bienestar de las personas que aspiren a una mejor calidad de vida.

Nuestra Carta Magna no es la pionera en acometer dicha protección ambiental, existen otras en Europa como la griega de 1975, que en su art. 24-1 establece “Constituye una obligación del Estado la protección del medio ambiente natural y cultural, el Estado estará obligado a adoptar medidas especiales preventivas o represivas, con objeto de su conservación. La ley regulará las modalidades de la protección de los bosques y de los espacios forestales en general[...]⁸⁰. Pero sí ha influido para que otras constituciones europeas estableciesen normas referidas a la protección del medio ambiente. Bien es verdad que hay Estados como el italiano que en su Constitución del 21 de diciembre de 1947, no contemplan un derecho a un medio ambiente sano, ello no quiere decir que ignoren su

⁸⁰ “Είναι υποχρέοσι του κράτους να προστατέυει το φυσικό και πολιτιστικό περιβάλλον, το κράτος θα υποχρεοtheί να λάυει ειδικά προλιπτικά ί κατασταλτικά μέτρα για να τα διατιρίσει. Ο νόμος θα ρυθμίσει τις λεπτομέρειες τις προστασίας τον dasón kai ton dasikón chóron en génei. [...]”.

importancia, de hecho sus art. 9⁸¹ y 32⁸² hacen mención al medio ambiente. Lo mismo ocurre con las Constituciones de

Francia, mediante la Ley núm.205/2005 de 1 de marzo, introduce la Carta del medio ambiente en el párrafo primero del preámbulo de su constitución⁸³ . al igual que Alemania en su Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 8 de mayo de 1949 -actualizada hasta octubre de 2010- hace referencia al medio ambiente en su art. 20A⁸⁴.

Ninguna de ellas contenía alguna referencia clara sobre la protección ambiental, ni reconocimiento expreso a disfrutar de un medio ambiente adecuado. Sin embargo, mediante vía interpretativa doctrinal y jurisprudencial de varios de sus artículos, se les ha asimilado el citado Derecho.

⁸¹ “La República promoverá el desarrollo de la cultura y la investigación científica y técnica. Salvaguardará el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la Nación”.

“ La Repubblica promuoverà lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Salvaguarderà il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione ”.

⁸² “*La Repubblica proteggerà la salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse di base della comunità e garantirà assistenza gratuita a los indigentes.*

Nadie podrá ser obligado a sufrir un tratamiento sanitario determinado, a no ser por disposición de una ley. La ley no podrá en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana”.

-“ *La Repubblica proteggerà la salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse di base della comunità e garantirà assistenza gratuita ai senzatto.*

Nessuno può essere obbligato a sottoporsi a un trattamento sanitario specifico, salvo disposizioni di legge. La legge non può in alcun caso violare i limiti imposti dal rispetto per la persona umana ”-.

⁸³ “El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946, así como a los derechos y deberes definidos en la Carta del Medio Ambiente de 2003” -«Le peuple français proclame solennellement son adhésion aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels que définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi que par les droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2003-.

⁸⁴ “El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el Derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial”.

-Der Staat wird im Rahmen der Verfassungsordnung unter Berücksichtigung seiner Verantwortung gegenüber künftigen Generationen die natürlichen Lebens- und Tiergrundlagen gesetzlich und gesetzlich durch schützen der Exekutive und Judikative-.

2. CONSTITUCIÓN ITALIANA DE 1947

No nos debe resultar extraño que el término “medio ambiente”, no esté reflejado en la mayoría de las Constituciones de nuestro entorno, ello es debido a que éstas son anteriores a la primera caracterización formal de la citada expresión llevada a cabo en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el medioambiente, celebrada entre los días 5 y 16 en Estocolmo en el año 1972. En su Principio 1º establece que el hombre tiene derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado que le permita una buena calidad de vida.

Ejemplo de lo anterior lo tenemos en la Constitución italiana que entró en vigor el 1 de enero de 1948. La misma no contiene ningún precepto donde se haga referencia expresa al medio ambiente, por el contrario, la Constitución española sí recoge la tutela jurídica de dicho medio en su art. 45.

Bien es verdad, que la Constitución italiana de 1948, a pesar de no establecer expresamente un derecho al medio ambiente entre sus disposiciones constitucionales, se le reconoce un fundamento constitucional por vía interpretativa doctrinal y jurisprudencial de los artículos 9 y 32 de su Constitución.

El art. 9⁸⁵ establece la “*protección del paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la Nación*”. Con ello al legislador italiano, se le abrió la posibilidad de proteger el medio ambiente, puesto que para los italianos la expresión “paisaje” comprende: territorio, fauna y flora y como tal debe ser protegido por el Estado. La falta de referencia expresa al Derecho ambiental no dificultó la construcción jurisprudencial del Derecho al medio ambiente.

El art. 32⁸⁶ está referido a la tutela de la salud como un derecho del individuo y en interés de la colectividad dispone “*La república tutela la salud*

⁸⁵“*La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione*”.

⁸⁶“*La République protège la santé comme un droit fondamental de l'individu et inters de base, de la communauté et garantit des soins médicaux gratuits aux indigents. Nul ne peut être contraint à un traitement de la santé à l'exception des dispositions de la loi. La loi ne peut en aucun cas violer les limites imposées par le respect de la personne humaine*”.

como derecho fundamental del individuo en interés de la colectividad y garantiza la atención médica gratuita a los indigentes”.

De todo lo expuesto, ambos ordenamientos constitucionales -español e italiano-, consideran el medio ambiente como un valor fundamental, de ahí su reconocimiento explícito por ser un bien de transcendencia especial para la vida de ser humano y de su hábitat.

Igualmente se deduce, que sin disponer en la Constitución italiana de 1948 de un artículo que se refiera expresamente al derecho de protección del medio ambiente, se ha podido dar solución a los problemas que genera este medio a través de la interpretación doctrinal y jurisprudencial.

Hoy día no es posible poner en duda que el medio ambiente constituye un principio fundamental del ordenamiento, puesto que a través de la Ley 3/2001, se introdujo una mención expresa al citado medio en el art. 117 del Título V de la Constitución⁸⁷, y más cuando la Ss. CC407/2002 de 10 de julio y 536/2002 de 18 de diciembre señala los efectos de la citada mención, haciendo hincapié en la reforma constitucional llevada a cabo en la legislatura de 1999-2001 mediante las leyes -ley 1/1999 y la ya citada 3/2001- que completó la reforma del Título V de la Constitución.

3. CONSTITUCIÓN FRANCESA DE 1958

La Constitución francesa de 27 de octubre de 1946 -texto fundador de la V República-, en el punto 10 de su Preámbulo recoge un compromiso del Estado

⁸⁷ Letra s) del art. 117 del Título V de la Constitución italiana *“Protezione dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali. La legislazione concorrente sarà quella relativa a: relazioni internazionali e con l'Unione europea delle regioni, commercio estero, protezione sicurezza del posto di lavoro, educazione, eccetto l'autonomia degli istituti di insegnamento e con l'eccezione dell'istruzione e formazione professionale, professioni, ricerca e tecnologia e supporto per l'innovazione per il settori produttivi [...]”.*

“La Nation garantit l'individu et à la famille les conditions nécessaires à son développement”.

Esta declaración contiene de una manera amplia un interés por el medio ambiente.

La falta de una declaración expresa sobre el citado medio, no ha impedido que el legislador continuase con su actividad en este campo, prueba de ello, es la promulgación de diversas leyes, entre las que citamos las más significativas:

La Ley de 22 de julio de 1960 -Loi française du 22 juillet 1960-, por la que se creaban los parques naturales, caracterizándose por la conservación de la flora y fauna, de las aguas, y en general, del medio ambiente.

La ley 1964⁸⁸, importante por lo avanzado de la misma, ya que se planteaba el mecanismo de intervención, basado en el principio de “quien contamina paga”.

Ley sobre la Protección de la Naturaleza de 10 de julio 1976, la cual fue reformada por la Ley núm. 95 de 2/2/1995 que vela por la protección y gestión del medio ambiente a través de la actuación pública en la gestión de los recursos naturales.

A estas les sucedieron otras en un período de tiempo comprendido entre 1970-1988. Se centró en la puesta en marcha de una reglamentación dedicada a la eliminación de residuos -1976-, al control de la calidad del aire - 1981- y al control energético -1982-. Otro período fue 1989-2001, en él se vio reforzada la importancia del medio ambiente dentro de las políticas del Estado y, principalmente, con la promulgación de la Ley sobre el Ordenamiento y desarrollo sostenible 1990 y la adopción del Código de MA -2000-.

Se puede asegurar que Francia fue uno de los primeros países europeos en crear en 1971 el Ministerio de Protección de la Naturaleza y Medio ambiente, siendo su principal objetivo la protección de los lugares de especial valor y la

⁸⁸ Loi n° 64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution.

mejora del medio ambiente, coordinando el resto de los Ministerios en esta materia.

En el año 2004 se reconoció expresamente dicho derecho, aprobándose un proyecto de Ley constitucional donde se hace especial referencia a la garantía normativa que se le otorga a la Declaración de Derechos de 1789 y al Preámbulo de la Constitución de 1946.

Consideramos de interés el resaltar la Ley Constitucional núm. 205/2005 que en su Preámbulo integra la “Carta del Medio ambiente”⁸⁹. Tanto el Consejo de Estado como el Constitucional asumen el Preámbulo de la constitución y en consecuencia el valor medioambiental de la Carta del Medio ambiente, donde debemos resaltar sus artículos 1, 2, 4 y 6.

4. CONSTITUCIÓN PORTUGUESA DE 1976

Es considerada de las más recientes en hacer referencia al medio ambiente. En su art. 66⁹⁰ establecía en su primer apartado “*Todos tendrán derecho a un ambiente de vida humano, saludable y ecológicamente equilibrado y el deber de*

⁸⁹ La citada Carta, fue aprobada por la Asamblea Nacional el 1 de junio 2004 y por el Senado el 24 de junio del mismo año.

⁹⁰ “1. *Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.*

2. *Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao atado, por mello de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos:*

- a) *Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de heroazo.*
- b) *Ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correcta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento sócio-económico e a valorização da paisagem;*
- c) *Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico.*
- d) *Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de novação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações.*
- e) *Promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitectónico e da protecção das zonas históricas.*
- f) *Promover a integração de objectivos ambientais nas várias políticas de âmbito sectorial.*
- g) *Promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente.*
- h) *Assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com protecção do ambiente e qualidade de vida “.*

defenderlo”. Reconoce un derecho individual de las personas físicas o jurídicas a recibir compensación por los daños causados al medio ambiente.

El citado artículo se ha modificado en diversas ocasiones siendo la última en el año 2005.

En él esta descripción encuentra su paralelo en la calificación de «adecuado para el desarrollo de la persona», al que hace mención nuestra Carta Magna, así como el deber de todos de conservar y defender el medio ambiente. Debemos advertir que la protección de este medio en el país vecino -Portugal- se encuentra respaldada por la Ley Básica de Medio Ambiente de 1987⁹¹, cuya finalidad principal es la aplicación efectiva del derecho recogido en su Constitución.

En lo que respecta a la responsabilidad medioambiental, es de interés resaltar el Decreto-Ley 147/2008, de 29 julio⁹², mediante el cual se transpone la Directiva 35/2004/CE del Parlamento Europeo al ordenamiento portugués y se establecen dos regímenes jurídicos de responsabilidad por daños al medio ambiente, el subjetivo basado en la culpa y objetivo aplicado a las actividades consideradas de mayor riesgo.

La primera -responsabilidad subjetiva- la consideramos más amplia que la establecida en la LRM española, en el sentido de que en la portuguesa se contemplan los daños ocasionados a terceros, llamados “daños tradicionales” cuando estos son originados por daños medioambientales⁹³.

⁹¹ Lei núm. 11/87 de 7 de Abril -Alterada pela Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro- Lei de Bases do Ambiente capítulo I. Princípios e objetivos Artigo 1.º Âmbito “A presente lei define “*as bases da política de ambiente, em cumprimento do disposto nos artigos 9.º e 66.º da Constituição da República*”.

⁹² Modificado posteriormente por el Decreto-Ley 245/2009 de 22 de septiembre relativo a los recursos históricos y por el Decreto-Ley 29/11/2010 de 1 de marzo.

⁹³ Art. 13 del DL n.º 147/2008, de 29 de Julho Regimejuridico da Rdsponsabilidadde por danosambientais “*O operador que, com dolo ou negligência, causar um dano ambiental em virtude do exercício de qualquer actividade ocupacional distinta das enumeradas no anexo III ao presente decreto-lei ou uma ameaça iminente daqueles danos em resultado dessas actividades, é responsável pela adopção de medidas de prevenção e reparação dos danos ou ameaças causados, nos termos dos artigos seguintes*”.

Es decir, que la responsabilidad subjetiva se aplica a todas las actividades, excepto las contenidas en el Anexo III.

Por el contrario, la española no contempla ese tipo de responsabilidad, pero si la responsabilidad medioambiental por daños causados a las riberas del mar y de las rías no contemplados por la portuguesa.

De acuerdo con la DRM, se observan un conjunto de obligaciones de prevención y reparación sobre el contaminador, al que se obliga en caso de inminente peligro sobre el medio ambiente, a informar y activar urgentemente las medidas necesarias para minimizar la contaminación.

Finalmente, en 2011 la Agencia portuguesa del medio ambiente publicó una guía para la evolución del daño ambiental y la amenaza inminente de dicho daño⁹⁴.

5. LEY FUNDAMENTAL DE BONN -ALEMANIA-

De 23 de mayo de 1949⁹⁵, conocida también como “Ley Fundamental para la República Federal Alemana” basada en la Constitución republicana de Weimar, con diversas diferencias, una de las cuales es la referida al papel que juega el jefe del Estado. En la Ley el presidente federal, sólo tenía funciones representativas, por el contrario, en la Constitución Republicana de Weimar poseía mayores prerrogativas.

La Ley Fundamental ha sido modificada en diversas ocasiones. En referencia al medio ambiente, en Alemania el derecho al mismo ha tenido un

⁹⁴ Con el título: “*Guía para la evaluación del daño ambiental y la amenaza inminente del daño ambiental*”, aun no siendo vinculante ayudo al a determinar la evaluación del riesgo”.

⁹⁵ Nombre dado a la constitución alemana que fue promulgada el 23 de mayo de 1949 para la Alemania occidental, enmendada posteriormente por la ley de 26 de noviembre de 2001.

El legislador utilizó la expresión "Ley Fundamental" en vez de "Constitución", por la situación en que se encontraba dividida Alemania -República Federal Alemana y República Democrática Alemana- separada por el “Telón de Acero” desde el 13 de agosto de 1961 al 9 de noviembre de 1989, quedando una parte del territorio alemán no sometida a la Ley suprema, por tal motivo se cree que el legislador le asignó dicho título dándole así un carácter provisional a la misma.

cierto desarrollo anterior a la inserción del art. 20a⁹⁶ de la Ley Fundamental de 1949 de 23 de mayo, relativa a la protección de los fundamentos naturales de la vida y de los animales.

Después de la introducción del citado artículo -supra art. 20a modificado el 26/07/2002-⁹⁷ de la Ley Fundamental de 1949, se prescribe que el Estado tiene la responsabilidad para con las generaciones futuras de proteger las condiciones naturales indispensables para la vida del hombre.

El 10 de diciembre de 1990 se adoptó la Ley alemana sobre la responsabilidad civil por daños al medio ambiente, introduciéndose así un régimen de responsabilidad civil específico en materia ambiental. A partir de entonces en Alemania rigen dos normas básicas que regulan la responsabilidad civil por daños al medio ambiente, concretamente los artículos 823 de la Ley de Bonn y el 906 BGB -Código Civil alemán-.

Para que sea operativa la responsabilidad civil, el art. 823 de la Ley Fundamental de Bonn establece que es necesario que concurren la ilicitud del acto, la culpa y el nexo causal. A pesar de los esfuerzos que se hicieron, con todo ello, la norma resultó ser insuficiente.

Para dar solución al problema en 1990 se promulgó la Ley de Responsabilidad Medioambiental que se basaba en la responsabilidad objetiva. Desde ese momento, Alemania disponía de dos normas que regulaban la materia ambiental.

El Código civil que opera como norma general y la Ley de Responsabilidad Medioambiental que opera como norma específica.

⁹⁶ *“Der Staat schützt, auch unter Berücksichtigung seiner Verantwortung gegenüber künftigen Generationen, im Rahmen der Verfassungsordnung die natürlichen Lebens - und Tiergrundlagen durch Gesetzgebung und im Einklang mit Gesetz und Gesetz durch Mitte der Exekutive und Judikative“.*

⁹⁷ *“Schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen, schützt der Staat die nativen Basen. Leben und Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch Rechtsvorschriften und in Übereinstimmung mit dem Gesetz und Gerechtigkeit, durch Exekutive und judicia”.*

Después de la reunificación de Alemania -1990- era necesaria una reforma profunda de la Ley Fundamental para dotar a los alemanes de una constitución para todo el estado ya unificado. Los intentos fueron en principio sólo retoques formales -constitución de 1994-.

El 10 de marzo de 2006 se acomete en profundidad la reforma de la Ley Fundamental de Bon -en adelante GG- para reordenar las competencias entre el Estado y los Estados federados. Contempla la competencia exclusiva de la Federación en materia de protección contra las radiaciones -art. 73.1.14 de GG-⁹⁸ y la competencia exclusiva de los Lander en materia de ruidos procedentes de instalaciones deportivas o de ocio por quedar expresamente excluidos de la legislación concurrente entre el Estado federal y los estados federados, presentando dos proyectos al Consejo Federal alemán -Bundesrat-⁹⁹ por parte de los grupos CDU/CSU y SPD, tendentes a la modernización del Estado alemán. Siendo aprobada el 7 de julio de 2006 y entrando en vigor el 1 de septiembre del mismo año. Respecto al medio ambiente, la reforma de la Federación según se establece en el art. 74.1.24 GG¹⁰⁰ y “la protección de la naturaleza y el cuidado del paisaje” -art. 74.1.24 GG-.

En las constituciones citadas anteriormente, se observa que el medio ambiente no se configura como un derecho subjetivo, sino más bien como un principio rector del ordenamiento. Es decir, que la tutela objetiva del medio ambiente se realiza por actividad del Estado mediante acciones judiciales de carácter administrativo y penal.

No ocurre así en nuestro Texto constitucional, ni en la constitución portuguesa, que no sólo se limitan a proclamar un fin medioambiental estatal, también proclaman la existencia no muy clara de un derecho subjetivo, aunque de

⁹⁸ “*La producción y el uso de la energía nuclear con fines [...] y la eliminación de material radioactivo*”.

⁹⁹ El Bundesrat tiene como función principal aprobar, rechazar o sancionar las leyes federales que afectan a las competencias de los estados federados.

¹⁰⁰ Referida a “*La eliminación de basuras, el mantenimiento de la pureza del aire y la lucha contra el ruido*”.

la interpretación del art. 45-1 de la CE sobre el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, se deduce que nos encontramos ante un derecho subjetivo general¹⁰¹.

Es significativo señalar que algunas de las constituciones ya citadas, fueron aprobadas cuando aún la preocupación por el medio ambiente no había ganado peso político en la UE. Es por ello, que la inserción de la tutela medioambiental ha sido llevada a cabo a través de la doctrina y de la jurisprudencia, tal es el caso de la Constitución italiana de 1948. Como ya hemos indicado, ninguno de sus preceptos hace referencia específica al Derecho medioambiental, pero sí de forma jurisprudencial, ya que lo relaciona con los arts. 9 y 32.

¹⁰¹ MARTIN MATEO R. Ha negado que el derecho al medio ambiente sea un verdadero derecho subjetivo pues, en su opinión, el artículo 45.1 “está concebido en términos de tal abstracción y generalidad que resulta problemático extraer con trascendencia práctica su significado y alcance. No es que el precepto en cuestión sea ambiguo, es simplemente inexpresivo”. Por eso considera este autor que a los particulares no se les reconocen, evidentemente, derechos subjetivos para una defensa general del ambiente, sino que, a lo más podrán alegar intereses legítimos. En *Tratado de Derecho ...*, cit., pág. 184. Por su parte JORDANO FRAGA J.: Ha sostenido que el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, consagrado por el artículo 45 CE, es un auténtico y verdadero derecho subjetivo. En la *protección del derecho....* cit. pág.472 ss.

CAPITULO V

DIRECTIVA DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL Y LEY DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL.

1. DIRECTIVA 2004/35/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 21 DE ABRIL DE 2004.

A) Antecedentes

Uno de los principales motivos que obligaron a la Unión Europea a elaborar la Directiva de responsabilidad medioambiental, fue el gran desastre ecológico ocurrido dentro de su ámbito el 1 de noviembre de 1986 con la contaminación del río Rin, como consecuencia del incendio de un almacén del consorcio químico Sandoz que derramó en el río 30 toneladas de productos químicos a 30 kilómetros de Basilea -Suiza-, generando una profunda contaminación del río. Hoy día después de 33 años del suceso, puede decirse que sus aguas están casi recuperadas.

A partir de la aprobación del Acta Única Europea¹⁰², es cuando se pretendió por parte de los Estados miembros de la Unión Europea, revisar los Tratados constitutivos de la misma para hacer frente a las nuevas necesidades, entre ellas las medioambientales. Para ello, se modificaron los Tratados de la Comunidad introduciendo por primera vez una serie de disposiciones relativas al medio ambiente, las cuales se plasmaron en el artículo 25 del AUE, adquiriendo así la protección del medio ambiente carta de naturaleza.

Por ello, el Tratado CEE será completado con las disposiciones establecidas en el art. 25¹⁰³ para que los propósitos que perseguía la UE de mejorar la calidad

¹⁰² Fue aprobada en el año 1986 y entró en vigor el día primero de julio del siguiente año, lo que supuso un importante impulso en el proceso de integración europea, con ella se llevó a cabo la primera modificación de dos importantes Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas. -Tratado de Paris 1951 y Tratado de Roma- para reactivar la integración de los Estados en la CE. Entre las distintas aportaciones que introdujo el Acta fue la preocupación por la protección del medio ambiente.

¹⁰³ Es uno de los más importantes artículos, debido a que en la tercera parte del Tratado CEE se añadió el título VII, bajo el título "Medio Ambiente" y se introducen los importantes artículos 130R -Incluye en su apartado primero la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente; contribuirá a alcanzar

de vida y el medio ambiente dentro de los EE.MM. se llevasen a efecto, quedando así establecida la competencia en esta materia por parte de la Comunidad.

Con ello el AUE marca un hito en la configuración del sistema ambiental europeo instituyendo los principios y las condiciones en que se adoptarían las normas ambientales, otorgando valor jurídico y fundamento legal a la acción comunitaria. De hecho, el artículo anteriormente citado -130 R- establecía en sus apartados 1, 2 y 3 los objetivos y principios de la Comunidad en esta materia¹⁰⁴.

Posteriormente se adoptaron una serie de trabajos preparatorios que prepararon el camino de la Directiva,

El año 1993 fue un año importante para afianzar en la UE la responsabilidad por daños al medio ambiente, puesto que el 14 de mayo de este mismo año, se publica el Libro Verde sobre la reparación del daño ecológico, -en adelante LV-.

Fue el primer documento de reflexión de la UE sobre materia de responsabilidad por daños ocasionados al medio ambiente. El principal objetivo que perseguía consistía en diseñar un sistema uniforme capaz de solucionar los

los siguientes objetivos-, 130S -Establece el procedimiento a seguir-, y 130T -Las medidas de protección adoptadas en virtud del artículo 130 S no serán obstáculo para el mantenimiento y la adopción, por parte de cada Estado miembro, de medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con el presente Tratado y se notificarán a la Comisión-.

¹⁰⁴ 1. La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos: la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente; la protección de la salud de las personas; la utilización prudente y racional de los recursos naturales; el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente.

2. La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga. Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las demás políticas de la Comunidad.

En este contexto, las medidas de armonización necesarias para responder a tales exigencias incluirán, en los casos apropiados, una cláusula de salvaguarda que autorice a los Estados miembros a adoptar, por motivos medioambientales no económicos, medidas provisionales sometidas a un procedimiento comunitario de control.

3. En la elaboración de su política en el área del medio ambiente, la Comunidad tendrá en cuenta: los datos científicos y técnicos disponibles; las condiciones del medio ambiente en las diversas regiones de la Comunidad; las ventajas y las cargas que puedan resultar de la acción o de la falta de acción; el desarrollo económico y social de la Comunidad en su conjunto y el desarrollo equilibrado de sus regiones.

problemas típicos de la responsabilidad por daños, con el fin de compensar a la víctima¹⁰⁵. En él también se examina la posibilidad de instaurar dos sistemas de responsabilidades: una objetiva para actividades que resulten peligrosas para el medio ambiente, y otra subjetiva para el resto.

Debemos advertir respecto al citado libro que en un principio no se obtuvieron buenos resultados por la acogida poco favorable que tuvo¹⁰⁶. A pesar de ello, y de no tener fuerza vinculante para los Estados miembros, planteó y analizó importantes cuestiones que afectaban al medio ambiente. A la postre, sería el nuevo régimen de responsabilidad medioambiental que propondría la UE.

Simultáneamente el día 21 de junio del mismo año se celebra el Convenio de Lugano¹⁰⁷ del Consejo de Europa sobre responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el Medio Ambiente de 21 de junio de 1993 -*Council of Europe Press Release*. Ref. 102 / 93-, mediante el cual el Consejo de Europa da cumplimiento al principio núm., 13 de la Declaración de Río¹⁰⁸ sobre el Medio ambiente y desarrollo de 1992.

¹⁰⁵ Vid. GOMIS CATALÁ, L: Capítulo II “La Ley de Responsabilidad Medioambiental en el marco del Derecho de la UE”. AA.VV. En *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental -Coord.ª* LOZANO CUTANDA. B-. Edit. Thomson/Civitas. Cizur Menor -Navarra- 2008. pág. 83.

¹⁰⁶ Debemos reseñar que con anterioridad a la presentación del citado libro, se celebró el Convenio de Basilea en 1989 sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos, que más adelante trataremos. La CEE aprueba el citado Convenio, sobre el control de los movimientos transfronterizos de residuos peligrosos y su eliminación por ser nocivos para la salud humana y el medioambiente. Entra en vigor el 5 de mayo de 1992; siendo su objetivo principal reducir el volumen de intercambios de residuos peligrosos y estableciendo un control de las exportaciones e importaciones de los mismos.

¹⁰⁷ Se trata de un acuerdo elaborado por el Consejo de Europa sobre la responsabilidad civil por daños derivados de actividades ambientales peligrosas, elaborándose así, el primer instrumento de alcance global para Europa. Aconseja a los Estados contratantes que deberán asegurar a sus empresas para que puedan ejercer actividades peligrosas y, además, tendrán que participar de un régimen de aseguramiento financiero.

¹⁰⁸ “Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deben cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción”.

Sus principales objetivos se basaron en la prevención de los daños y en los costes que éstos ocasionaban para ser evitados, igualmente se hacía hincapié en las indemnizaciones para la persona y sus bienes que eran afectados por los citados daños.

En base a él los EE.MM deben cooperar en la elaboración de normas internacionales sobre la responsabilidad civil por daños ocasionados al MA por contaminación, que sean causados por actividades desarrolladas bajo la jurisdicción de cualquiera de los Estados.

Dejando así constancia del propósito de que sean los Estados lo que tengan que cooperar para elaborar leyes sobre la responsabilidad e indemnización por los daños ambientales que puedan ocasionarse dentro del ámbito de su jurisdicción.

Posteriormente en Rotterdam se celebra la segunda Conferencia de la Industria Mundial referente a la gestión del medio ambiente¹⁰⁹ sobre la responsabilidad civil ambiental y la reparación por daño ecológico, y en 1998 se firma el Convenio de Rotterdam¹¹⁰ por parte de la Unión Europea.

Como consecuencia de todo lo anterior, en 1994 el Parlamento Europeo mediante una Resolución insta a la Comisión a que elabore un proyecto de Directiva sobre la reglamentación de la responsabilidad civil medioambiental, sin olvidarse de la responsabilidad basada en la culpa para aquellos otros casos derivados de actividades consideradas no peligrosas y cuyos daños no fuesen tan graves para dicho medio.

El 9 de febrero de 2000 en Bruselas, la Comisión decide publicar el Libro Blanco¹¹¹ -en adelante LB. - sobre la responsabilidad medioambiental, el cual

¹⁰⁹ Entre el 10 y 12 abril de 1991, donde se examinó el progreso sobre la gestión ambiental desde la primera conferencia de este tipo realizada en 1984 en Versalles.

¹¹⁰ Celebrada el 11 de septiembre de 1998 donde se firmó un convenio cuyo principal objetivo es promover la responsabilidad compartida por los Estados de la UE en el comercio internacional de ciertos productos químicos considerados peligrosos para la salud humana y el medioambiente. Entró en vigor el 24 de febrero 2004.

¹¹¹ Presentado por la Comisión Europea COM 66 final 9 de febrero de 2000. Establece la estructura de un futuro régimen comunitario de responsabilidad ambiental, el cual va encaminado a la aplicación del

constituye la base fundamental para la futura Directiva comunitaria de responsabilidad medioambiental.

En él se exploran diversas posibilidades para configurar un régimen de responsabilidad medio ambiental para la UE. Su objetivo era analizar cuál sería el método más adecuado y eficaz para hacer cumplir el principio “quien contamina paga”, principio reconocido en el art. 174-2 del TCE y actualmente en el núm. 2 del art. 191 del TFUE de 20/3/2010¹¹².

Debemos significar que el citado libro consideraba que el ámbito de aplicación del futuro sistema comunitario de responsabilidad ambiental debería contar con los denominados daños tradicionales¹¹³, por considerar que, en ocasiones, los daños medioambientales conllevaban deterioros a las personas, a su salud y a sus bienes privativos, siempre que los mismos fuesen causados por el desarrollo de una actividad que supusiese un grave peligro para el medio ambiente.

principio de que “*quien contamina paga*”. Además, cita los que pueden ser los diferentes mecanismos para hacer posible que dicho régimen sea eficaz y viable.

¹¹² “*La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga*”. Se puede afirmar que hoy día constituye una de las reglas de aplicación contenidas en el Derecho internacional referidas al medioambiente, imputando los costes del deterioro ambiental a la persona física o jurídica que directa o indirectamente haya provocado el daño ambiental.

¹¹³ Apartado 4.2.1 del Libro blanco. *Daños tradicionales*. “*Por razones de coherencia es importante abarcar también los daños tradicionales, como los daños a la salud y los daños materiales, cuando sean causados por una actividad definida como peligrosa en el ámbito de aplicación del régimen, pues en muchos casos el mismo incidente provoca daños tradicionales y daños ecológicos. Si el régimen comunitario se aplicara únicamente a los daños ambientales y dejara la responsabilidad por los daños económicos enteramente en manos de los Estados miembros, podrían darse resultados injustos, como que se pagaran menos indemnizaciones, o ninguna, por los daños a la salud que por los daños causados al entorno por el mismo incidente. Además, el interés por la salud humana —que constituye por derecho propio un importante objetivo político— está estrechamente relacionado con la protección del medio ambiente: el apartado 1 del artículo 174 del Tratado CE afirma que la política de medio ambiente de la Comunidad debe contribuir a alcanzar, entre otros, el objetivo de proteger la salud de las personas*”.

Con la publicación de la Propuesta de Directiva¹¹⁴, la Comisión decide estudiar la posibilidad de instaurar un régimen de responsabilidad ambiental más amplio y que diese cobertura a todos o casi todos los daños que se ocasionaran al MA, mediante una propuesta de Directiva sobre la responsabilidad ambiental que tenga por objeto prevenir y reparar los daños que se le ocasionen al mismo. En ella se establece un marco legal basado en la responsabilidad ambiental al efecto de garantizar tanto la prevención como la reparación de los futuros daños medioambientales.

Dicha propuesta tuvo que soportar un largo camino lleno de dificultades¹¹⁵, siendo aprobada finalmente el 21 de abril 2004 la Directiva 35/2004/CE de Responsabilidad Medioambiental -en adelante DRM-, finalizando con su publicación un largo proceso de consultas, estudios y dudas que habían iniciado en el año 1989.

La publicación de la Directiva 35/2004/CE sobre la responsabilidad medioambiental se efectuó en el Diario Oficial de la Unión Europea el 30 de abril, lo que permitió cambiar el panorama actual de control de riesgos ya que la responsabilidad inicial de corregir el daño causado incumbe al operador¹¹⁶. No obstante, la Eurocámara contemplaba la posibilidad de alegación de excepciones en el caso de catástrofes inevitables, cuyo objetivo principal era establecer un marco de responsabilidad ambiental común para todos los EE.MM de la EU basado en el principio “quien contamina paga”, siendo más extenso y radical que

¹¹⁴ DOC. 151 E de 25.6.2002, pág. 132. La propuesta de la Directiva establece un marco basado en la responsabilidad ambiental al efecto de garantizar la prevención o el remedio de futuros daños medioambientales. No tiene efectos retrospectivos.

¹¹⁵ Debido a las discrepancias existentes entre los diversos grupos que componían la comisión de elaboración.

¹¹⁶ La DRM establece los requisitos que los Estados Miembros de la UE deben aplicar para prevenir y remediar los daños ambientales. Siendo su objetivo, velar que los operadores que han causado daño al medio ambiente, sean los que soporten íntegramente el coste de los mismos, sea de reparación como de evitación. .

el propio sistema tradicional de responsabilidad por culpa, con el fin de devolver el recurso dañado a su estado básico.

Estimamos necesario citar dos importantes diferencias entre la DRM y el LB que nos ayudarán a conocer mejor el objetivo de aquella.

El LB proponía un sistema de responsabilidad ambiental donde se incluían tanto los daños ambientales como los tradicionales, la Directiva por el contrario excluye de su ámbito estos últimos.

El LB regulaba medidas preventivas en todos los casos de urgente necesidad, la Directiva regula la responsabilidad por daños ambientales producidos y además establece un régimen preventivo para los mismos.

B) Objetivo principal

Según se desprende de los considerandos de la DRM sus objetivos principales son:

1) Se trata de suplir las diferencias existentes en materia de normativa ambiental entre los Estados miembros y establecer un marco común para la prevención y reparación de los daños medioambientales¹¹⁷.

2) Quiere instaurar un marco legal para asegurar la prevención y reparación de daños del medio ambiente, basado en el principio “quien contamina paga”¹¹⁸, tal como sostenía el Tratado de la Comunidad Europea.

3) Desea contribuir a lograr el más alto nivel de protección del medio ambiente al establecer un régimen de responsabilidad tanto para la prevención como para la reparación de cualquier daño que se ocasione sobre dicho medio. Para ello dispone de un régimen de responsabilidad objetiva y subjetiva.

¹¹⁷ Considerando 3º “establecer un marco común para la prevención y la reparación de los daños medioambientales a un coste razonable para la sociedad, no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros [...]”.

¹¹⁸ Art. 1 “La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco de responsabilidad medioambiental, basado en el principio de “quien contamina paga” para la protección y reparación de los daños medioambientales”.

Debemos precisar que no se trata de una armonización total, ya que los Estados miembros pueden optar por disposiciones más rigurosas en materia medioambiental según dispone el art. 3-2¹¹⁹ de la Directiva. En el mismo sentido se manifiesta su art. 16-1¹²⁰. Cabe señalar que las normas establecidas en la Directiva 2004/35/C.E.¹²¹, no abarcan en su ámbito de aplicación los daños “tradicionales” a tenor de lo que establece su art. 3- 3. “Sin perjuicio de la legislación nacional pertinente, la presente Directiva no concederá a los particulares derechos de indemnización con motivo de daños medioambientales o de una amenaza inminente de los mismos”, esto es, los causados a las personas y a sus bienes como consecuencia de daños originados al medio ambiente¹²², delimitándose así su ámbito de aplicación.

C) **Ámbito de aplicación**

Está determinado en función de la actividad que desarrolle el “operador” al igual que el tipo de la responsabilidad. Este primer criterio lo recoge la DRM, conforme a lo establecido en el apartado a) de su art. 3, al indicar que se aplicará

a): “A los daños medioambientales causados por alguna de las actividades profesionales enumeradas en el Anexo III y a cualquier amenaza inminente de tales daños debido a alguna de esas actividades”.

Mientras que, en su apartado b), dice que se aplicará “A los daños causados a las especies y hábitats naturales protegidos por actividades profesionales

¹¹⁹ “La presente Directiva se aplicará sin perjuicio de normas comunitarias más rigurosas que regulen el desempeño de las actividades en ella consideradas y sin perjuicio de normas comunitarias que contengan reglas sobre conflictos de jurisdicción”.

¹²⁰ “La presente Directiva no constituirá obstáculo para que los EE.MM mantengan o adopten disposiciones más rigurosas en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales [...]”.

¹²¹ La Directiva no se aplica a: los riesgos nucleares, actividades cuyo principal propósito sea servir a la defensa nacional. Los daños medioambientales provocados por actos derivados de conflictos armados, guerra civil y hostilidades y fenómenos naturales de carácter excepcional etc. Así mismo enumera la Directiva otros en su art. 8-3-4.

¹²² El resarcimiento de este tipo de daños será exigible con arreglo a la responsabilidad extracontractual prevista en el art. 1902 del CC.

distintas de las enumeradas en el Anexo III y a cualquier amenaza inminente de tales daños debido a alguna de esas actividades, siempre que haya habido culpa o negligencia por parte del operador”.

En lo que se refiere a la cobertura de los daños al medio marítimo, consideramos que en la DRM no quedan suficientemente contemplados los daños causados al entorno de este medio -v.gr. los vertidos que diariamente vuelcan al mar toneladas de desechos incluidos los residuos oleosos¹²³ por limpieza de fondos de los petroleros o los provocados por las plataformas de perforaciones petrolíferas-.

Además, se establecen dos regímenes distintos de responsabilidad, aunque complementarios. Para el primero la responsabilidad es objetiva, quiere ello decir, que el operador podrá ser considerado responsable sin que haya negligencia o culpa por su parte.

Para el segundo establece un régimen de responsabilidad subjetivo, esto es siempre que pueda probarse que por parte del operador no ha habido culpa o negligencia y se aplicará exclusivamente a los daños o amenaza de daño ocasionados a actividades distintas de las enumeradas en el Anexo III. Ahora bien, los operadores en este caso pueden acogerse a ciertas excepciones en su defensa -v.gr. Fuerza mayor, conflicto armado o intervención de tercero-.

D) Regímenes de responsabilidad

Por mor del art. 3 de la Directiva, podemos decir que estamos ante un régimen de responsabilidad que se caracteriza por tres notas definitorias:

1) Es un régimen administrativo por su aplicación. Consiste en un régimen distinto del privado de responsabilidad civil, en éste cualquier persona

¹²³ Estos pueden ser de dos tipos: tipo A: residuos de petróleo crudo y agua de lastre contaminada con petróleo crudo. Tipo B: residuos de hidrocarburos y agua de lastre contaminada con productos petrolíferos distintos del petróleo crudo y con densidad menor o igual a 1.

que sufre un daño, puede reclamar ante los Tribunales ordinarios con el fin de obtener una indemnización.

En el propuesto por la Directiva, el particular o interesado para reclamar la reparación o exigir una indemnización por un daño medioambiental, no podrá hacerlo ante un Tribunal ordinario, sino que deberá comunicar el evento a la autoridad competente, quien determinará la magnitud de este y comprobará si se encuentra dentro de los términos definidos en la Directiva. En caso afirmativo, actuará contra el causante de dicho daño.

2) Es de carácter objetivo en lo que se refiere a imputación. Alude a dos regímenes de responsabilidad ya citados anteriormente, uno de responsabilidad objetiva¹²⁴ para aquellos daños que se derivasen de actividades peligrosas para el MA establecido en el apartado a) de la Directiva, y otro de responsabilidad subjetiva por culpa o negligencia para cualquier actividad profesional que no estuviese incluida en la anterior -apartado b-. Es decir, dependiendo de que se trate de daños derivados de actividades peligrosas o no - actividades profesionales enumeradas en el Anexo III de la directiva u otras actividades profesionales y distintas de las anteriores-.

3) Es de responsabilidad ilimitada. Según dispone el apartado 1º del art. 8 de la DRM¹²⁵, al operador culpable del daño se le impone la obligación de subsanar el daño, o en su caso indemnizar por la totalidad de los costes derivados de prevención y reparación de este.

No debemos olvidar la aplicación del principio de ejecución subsidiaria establecido en el apartado tercero del art. 6 de la Directiva¹²⁶, mediante el cual

¹²⁴ Para este tipo de responsabilidades, la autoridad competente para poder exigir la responsabilidad medioambiental sólo tendrá que probar la acción u omisión del presunto culpable y no el actuar culposo o negligente del sujeto causante del daño.

¹²⁵ *“El operador sufragará los costes ocasionados por las acciones preventivas y reparadoras adaptadas en virtud de la presente Directiva”.*

¹²⁶ *“La autoridad competente exigirá que el operador adopte las medidas reparadoras. Si el operador incumple las obligaciones estipuladas en el apartado 1 o en las letras b) o c) del apartado 2, no puede*

cabe la posibilidad por parte de la autoridad competente adopte las medidas de protección del MA, y, posteriormente, incoe el procedimiento contra el operador o un tercero que haya causado el daño para recuperar el coste del mismo -art. 10 de la Directiva-. En este supuesto, puede darse la situación de que los responsables de los daños causados sean insolventes, este es un factor que puede dificultar la recuperación de los costes. Esta situación podría evitarse si el Estado, mediante la autoridad competente, impone la obligación de establecer unas garantías financieras que sean las adecuadas para que el operador culpable pueda hacer frente a sus responsabilidades.

E) Sujeto responsable

Es la persona física o jurídica obligada a adoptar las medidas de prevención y reparación de los daños ocasionados al medio ambiente. El art. 8-1 de la Directiva le obliga al “operador” a sufragar los costes que originen dichas acciones.

Tanto la Directiva 2004/35 CE, y de la misma manera lo hace la Ley 26/2007 de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, al definir el concepto “operador” hacen referencia a las personas que “*controlen dicha actividad*”. Ninguna de las dos normas legales citadas establece qué es lo que se entiende por “*control*”. La introducción de este término implica una gran ampliación del concepto, de manera que se extiende considerablemente el ámbito de personas que pueden ser responsables, además de los operadores.

Se puede decir que el concepto de sujeto responsable es dilatado y varía según los distintos ordenamientos. En tal caso podría tener ese calificativo, la persona física o jurídica a cuyos intereses sirve la fuente de riesgo y que tiene la

ser identificado o no está obligado a sufragar los costes en virtud de la presente Directiva, la propia autoridad competente podrá adoptar dichas medidas reparadoras como último recurso”.

posibilidad de influir sobre la actividad causante del daño, o que ejerce de modo independiente el control sobre la instalación que puede originarlo¹²⁷.

F) Ámbitos excluidos de la aplicación de la DRM

La DRM hace referencia explícita a los supuestos en los que no es aplicable. Así en su art. 4 establece diferentes causas por las cuales quedarán excluidas del ámbito de su aplicación:

-Los daños medioambientales y la amenaza inminentes de tales daños provocados por conflictos armados -letra a) del apartado 1-.

-Los derivados de fenómenos naturales excepcionales e inevitables - letra b) del apartado 1-.

-Los daños medioambientales cuya responsabilidad o indemnización estén reguladas por alguno de los convenios internacionales contenidos en el Anexo IV de la DRM, que hace referencia al apartado núm.2 del art. 4.

De ellos queremos resaltar el apartado d) del Anexo IV de la Directiva, en el cual se cita el “Convenio Internacional de 3 de mayo de 1996 sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el Transporte Marítimo de sustancias nocivas y potencialmente Peligrosas”, puesto que, a tenor de lo establecido en el apartado b) del art. 3¹²⁸ del citado Convenio, se aplicará el mismo en aquellos supuestos de transporte marítimo donde se haya ocasionado un grave daño de contaminación al medio ambiente en la zona económica exclusiva del Estado donde haya ocurrido el hecho, -v.gr. Accidente ocasionado por el

¹²⁷ Vid. RUDA GONZÁLEZ, *El Daño Ecológico Puro*, ..., cit., 2008., pág. 235.

¹²⁸ “Los daños ocasionados por contaminación del medio ambiente en la zona económica exclusiva de un Estado Parte, establecida de conformidad con el Derecho internacional o, si un Estado Parte no ha establecido tal zona, en un área situada más allá del mar territorial de ese Estado y adyacente a dicho mar territorial determinada por ese Estado de conformidad con el Derecho internacional y que no se extienda más allá de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial de dicho Estado”.

petrolero “Prestige” frente a las costas de Galicia, por no serle aplicada la Directiva sino los convenios internacionales en vigor-.

Prosiguiendo con las excepciones establecidas en el art. 4 de la DRM, no se aplicará ésta a los daños medioambientales ni a las amenazas de tales daños que sean provocados por:

- Los riesgos nucleares, ni a la amenaza inminente de tales daños cuando sean originados por las actividades establecidas en el Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, o que tengan su origen en la energía nuclear - Anexo V de la Directiva-.

- Aquellas actividades realizadas para la defensa nacional y seguridad internacional.

- La presente directiva no se aplicará a los daños medioambientales ocasionados por una contaminación de carácter difuso, siempre que no se pueda demostrar quién o quiénes son los autores del daño.

- Excluye igualmente los daños llamados tradicionales, éstos tendrán que ser reclamados por la vía de la responsabilidad civil o administrativa.

Igualmente quedan fuera de su ámbito de aplicación los números. 3 y 4 del art. 8 de la Directiva. Es decir, no se exigirá al operador que sufrague los costes de las medidas preventivas o reparadoras:

- Cuando fueron causados por un tercero a pesar de existir las medidas de seguridad adecuadas.

- Cuando los daños se produjeron como consecuencia del cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria cursada por la Autoridad.

G) Informe de la Comisión Europea sobre la eficacia de la DRM

El primer informe de la Comisión que analiza la eficacia de la Directiva 2004/35/CE, se publicaba en Bruselas el 12 de octubre de 2010¹²⁹ y se fundamenta en su art. 14-2¹³⁰. Se analiza la efectividad de la Directiva en cuanto a los resultados reales referidos a la reparación del daño ambiental y al coste razonable de las garantías financieras para actividades recogidas en su Anexo III.

Se examinan, en primer lugar, los efectos de la transposición y su aplicación, y, en segundo lugar, se centra en el tema de las garantías financieras. Se tratan tres aspectos: la adopción de un enfoque progresivo en el que los Estados miembros introducen las garantías financieras obligatorias, la fijación de los límites máximos para dichas garantías y las exclusiones de bajo riesgo.

En cuanto a su transposición, diremos que la Directiva entró en vigor el 30 de abril de 2004, estableciendo una fecha límite para ser incorporada a los ordenamientos jurídicos de los EE.MM el 30 de abril de 2007¹³¹, siendo incumplidos por la mayoría de ellos. Sólo cuatro lo hicieron¹³², los restantes 23 no llegaron a efectuar dicha obligación, entre ellos se encuentra España, que la incorpora a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental¹³³. En tal situación la Comisión Europea se vio obligada a llevar ante el Tribunal Europeo de Justicia siete EE.MM

¹²⁹ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones, de conformidad con el artículo 14, apartado 2, de la Directiva 2004/35/CE, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. Bruselas, 12.10.2010 COM (2010) 581 final.

¹³⁰ “Antes del 30 de abril de 2010, la Comisión presentará un informe sobre la eficacia de la presente Directiva en lo que respecta a la reparación real de los daños medioambientales, sobre la oferta a un coste razonable y sobre las condiciones de los seguros y otros tipos de garantía financiera para las actividades enumeradas en el Anexo III. [...]”.

¹³¹ Vid. Art. art. 19-1 de la DRM.

¹³² Fueron: Letonia, Lituania, Italia y Hungría.

¹³³ Disposición final segunda¹³³ “Esta ley incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales”.

-Finlandia, Eslovenia, Austria, Francia, Grecia, Luxemburgo y Reino Unido-, completándose definitivamente todas las adaptaciones a finales de 2010.

Este retraso en la incorporación de la Directiva a los ordenamientos jurídicos de los EE.MM, trajo como consecuencia el disponer de poca información sobre su aplicación en el ámbito de la UE. La escasa experiencia adquirida por el poco tiempo de su aplicación conlleva un número limitado de asuntos referidos a su ámbito de utilización, impidiendo sacar conclusiones concretas acerca de su efectividad. Con todo ello el informe se pronuncia sobre las medidas a tomar. Entre ellas aconseja: mejorar y desarrollar las directrices de aplicación de la DRM sobre las definiciones y conceptos como: “daño ambiental”, “estado básico” y “daño significativo”, ya que las distintas interpretaciones han dado lugar a divergencias en su aplicación, lo que hace necesario exigir que sean precisas para que se puedan aplicar de modo uniforme en todo el ámbito de la Comunidad Europea. En lo que se refiere a España, para que sea de aplicación la LRM, el daño debe ser lo suficientemente significativo¹³⁴. Consideramos que un daño al medio ambiente puede ser calificado de grave por su magnitud, por afectar a especies protegidas o por afectar a hábitats especialmente vulnerables.

En cuanto a las medidas que aconseja el informe, las más significativas consisten en la necesidad del intercambio de información entre las partes interesadas -autoridades competentes, operadores, asociaciones sectoriales-. Recomienda que los EE.MM instauren archivos y registros sobre los problemas que surjan en el ámbito de aplicación de la Directiva. Ello proporcionaría una

¹³⁴ Tal como se afirma en el párrafo 9º del Preámbulo del RD 2090/2008 de 22 de diciembre, en el que se indica textualmente “[...] Por otro lado, dado que la determinación de la significatividad del daño es una operación crucial, puesto que sobre ella descansa la aplicabilidad del sistema de responsabilidad medioambiental, se ha procurado recurrir a criterios que garanticen la objetividad en esa labor de apreciación. Por ello, cuando ha sido posible, se ha optado por referir dicha significatividad a los estándares ya previstos en otras normas para cada recurso natural, dado que reflejan lo que debe entenderse por un estado razonable de conservación de cada uno de ellos, y por ende, permiten calificar la alteración adversa de ese estado como un daño significativo que debe repararse”.

información más extensa y verdadera en beneficio de las partes interesadas, facilitando de esa manera el cumplimiento de las obligaciones que impone el art. 18-1 de la Directiva sobre “informes y exámenes”. Atendiendo a la experiencia adquirida sobre este tema, permitiría evaluar con mayor exactitud la eficacia de la DRM.

Con posterioridad a este primer “informe” de la DRM, la Comisión realiza un segundo informe basado en la evaluación de esta, llevado a cabo por REFIT¹³⁵ y referido al modo de aplicación en los diferentes EE.MM de la responsabilidad medioambiental¹³⁶.

Respecto a la eficacia de la Directiva, en este segundo informe manifiesta, que varía considerablemente por haber sido aplicada de manera distinta en los diferentes Estados de la UE. Ello se debe, en parte, al carácter marco de la misma, a la incertidumbre de diversos conceptos y, en concreto, el referido al “umbral de importancia relativa” del daño. Dado que son distintas las interpretaciones que se otorgan al mismo en los EE.MM, esto constituye uno de los principales obstáculos para la aplicación de la DRM, lo que hace que su alcance sea más limitado que lo que hubiera sido deseable y que resulte menos eficaz. También las excepciones contempladas en su art. 4 y la gran flexibilidad que aporta la DRM, con el fin de no constituir un obstáculo para que los EE.MM puedan adoptar disposiciones más rigurosas relativas a la prevención y reparación de daños medioambientales.

¹³⁵ Es un programa de adecuación y eficacia de la normativa legal de la Comisión Europea, siendo su objetivo tratar de reducir el tiempo de la burocracia y de los costes de la aplicación de las normas legales europeas a los respectivos Estados miembros.

¹³⁶ Para tal fin presenta una serie de recomendaciones. Vid. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones. de conformidad con el artículo 14, apartado 2, de la Directiva 2004/35/CE, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. Bruselas, 12-10-2010 COM (2010).

De hecho, nos sigue diciendo el informe que las autoridades competentes, los agentes económicos y las entidades aseguradoras, han pedido mayor claridad y orientación sobre esta materia.

Otro de los obstáculos que dificultan la plena aplicación de la Directiva es la escasa preparación de las autoridades competentes, que no siempre ejecutan los procedimientos adecuados para tratar los casos de daños medioambientales. Por ello propone que la Comisión debe reformar y mejorar sus programas de formación.

Por otra parte, mediante la evaluación de la eficacia de la Directiva, se examinaron las principales categorías de los costes de reparación, administrativos y de garantías financieras. Sobre los costes de los daños medioambientales, señala que para que no sean una carga excesiva para los operadores responsables, anima a los EE.MM a la implantación de garantías financieras y a acelerar su desarrollo, para que los operadores puedan recurrir a ellas y así hacer frente a sus responsabilidades medioambientales.

En el caso español, fue uno de los primeros Estados de la UE que estableció dichas garantías con carácter obligatorio – art. 24-1 de la LRM-, bien es verdad que el legislador las instaura sólo para las actividades citadas en el Anexo III de la Ley, por considerarlas de mayor riesgo para el medio ambiente.

En este punto de las garantías, el informe continúa diciendo que se llega a un resultado poco esclarecedor, por los pocos datos de que se dispone sobre las garantías, y, por consiguiente, no es posible hacer una información global significativa. Aún con eso, propone que, en aras de garantizar una mayor cobertura sobre los daños ambientales que no abarca la DRM, sería conveniente la creación de un fondo europeo destinado a la reparación de daños ambientales.

Las conclusiones de este informe se resumen en:

- La aplicación de la DRM a los diversos sistemas jurídicos de los EE.MM, ha permitido mejorar de forma limitada la prevención y la reparación de daños medioambientales en comparación con la anterior situación, es decir, antes de la citada transposición a los diferentes ordenamientos jurídicos.

En cuanto a la evaluación de la DRM, se ha detectado falta de información sobre la misma entre las partes interesadas, insuficiencia de recursos y competencias técnicas para aplicarla. Como ya se ha apuntado anteriormente existe ambigüedad en torno a los conceptos y definiciones tales como el “daño” y el umbral a partir del cual se puede considerar significativo el mismo.

Las recomendaciones que apunta son las siguientes:

-Mejorar en la recogida de datos sobre los asuntos relacionados con la aplicación de la Directiva en aquellos Estados que aún no ha creado registros.

-Perfeccionar los sistemas de gestión de riesgos en las empresas.

-Apoyar su labor de ejecución con iniciativas proactivas (como, por ejemplo, documentos de orientación, formación, herramientas electrónicas para los análisis de riesgos, establecimiento de criterios de referencia, modelos de garantías financieras, etc.), como ya han hecho algunos Estados miembros.

-Intercambiar experiencias y buenas prácticas administrativas y apoyarse mutuamente en la creación de capacidades.

-Revisar su interpretación de las disposiciones clave de la Directiva, en particular en relación con el concepto de «daño significativo».

-Registrar datos sobre incidentes relacionados con la DRM y publicar registros relativos a esa Directiva.

-Recopilar sistemáticamente los datos necesarios que puedan demostrar que la aplicación de la Directiva en su país es eficaz, eficiente y acorde con la situación general en la UE.

2. La Ley 26/2007

A) Génesis

El nacimiento de la Ley 36/2007 de 23 de octubre, Responsabilidad Medioambiental, es fruto de la creciente preocupación del legislador español por contar en España con una legislación ambiental que instrumentase nuevos sistemas de responsabilidad,

España necesitaba disponer de una norma jurídica para la protección del medio ambiente, que fomentase nuevos sistemas de seguridad que pudieran prevenir eficazmente los daños medioambientales, y en el supuesto de que éstos se produjeran, asegurar una rápida y adecuada reparación de los mismos¹³⁷.

Pese a la extensión y actualización de las normas de protección ambiental de que se disponía, no se ha podido prevenir la producción reiterada de accidentes de diversa naturaleza que han tenido gravísimas consecuencias para el entorno natural, lo que ha puesto de manifiesto la necesidad de contar con una reglamentación ambiental que instrumente nuevos sistemas de seguridad que prevengan eficazmente los daños medioambientales.

¹³⁷ LRM, Exposición de motivos I- segundo párrafo. “Este mandato ha sido objeto de desarrollo a través de diferentes normas jurídicas que, pese a su extensión y actualización, no han sido capaces de prevenir la producción reiterada de accidentes de diversa naturaleza que han tenido gravísimas consecuencias para el entorno natural. Ello pone de manifiesto la necesidad de contar con una legislación ambiental que instrumente nuevos sistemas de responsabilidad que prevengan eficazmente los daños medioambientales y, para los casos en los que estos lleguen a producirse, aseguren una rápida y adecuada reparación”.

Dicha necesidad ya era sentida en la Constitución de 1978, cuyo art. 45 reconoce expresamente la obligación de reparar el daño causado¹³⁸.

El hecho desencadenante de la regulación en la LRM fue sin duda la Directiva 35/2004/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental, que en su art. 19-1¹³⁹ establece un plazo máximo -30 de abril de 2007- para su incorporación al Derecho interno.

La Disposición final sexta de la ley establece su entrada en vigor al día siguiente de su publicación -25 de octubre 2007-, retrotrayéndose sus efectos al 30 de abril de ese mismo año, salvo lo dispuesto en su capítulo IV -Garantías financieras- y en su capítulo V -Infracciones y sanciones-. Cumpliéndose así el mandato del artículo 19 de la Directiva sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

De ahí que la génesis de la LRM que como anteriormente se ha dicho, surja por la conjunción de dos vías: una correspondiente al Derecho español y otra aportada por el Derecho comunitario. Es por ello, que el origen de la Ley corresponde a ese encadenamiento, lo cual puede llevar a ciertas disfunciones. ESTEVE PARDO lo justifica diciendo: “La LRM muestra ciertos desajustes, sobre todo por coexistir en ella principios e ideas que no están debidamente articulados, posiblemente porque se trata de conceptos centrales y estructurales como puede ser la responsabilidad objetiva [...]”¹⁴⁰.

Con el fin de completar el marco jurídico de la responsabilidad medioambiental en España, el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación - MAPA-, presentó el 16 de diciembre de 1996 en la Conferencia Sectorial del

¹³⁸ CE art .45-1 apartado 3” *Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado*”. Tal como se ha explicado en el capítulo II de esta obra.

¹³⁹ “Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 30 de abril de 2007. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión”.

¹⁴⁰Vid. ESTEVE PARDO, J.: *Ley de responsabilidad medioambiental comentario sistemático*. Edit. Marcial Pons, Madrid 2008., págs. 15 y 16.

Medio Ambiente, un borrador de proyecto de ley de responsabilidad civil derivado de actividades con mayor incidencia ambiental, que posteriormente se presentó como anteproyecto de ley en el III Congreso Nacional de Daño Medioambiental -Barcelona 24-26 noviembre de 1999-. A pesar de los incidentes medioambientales ocurridos en nuestro país tales como el accidente en la mina de Aznalcóllar -Sevilla- el 25 de abril de 1998, y el hundimiento del Prestige -La Coruña- 13 de noviembre 2002, el proyecto no llegó a tramitarse.

En el año 2005 el Ministerio de Medio Ambiente retoma de nuevo el asunto, y el 14 de abril de ese año presenta un documento de trabajo para la transposición de la Directiva 2004/35/CE. Con fecha 17 de enero de 2006 y 18 de octubre del mismo año se introducen modificaciones al documento original -16 de diciembre de 1996-, incorporándose las directrices contenidas en la citada Directiva.

El proyecto de ley de responsabilidad medioambiental se publica en el Boletín Oficial de las Cortes el día 23 de marzo de 2007. Consta de 48 artículos, seis capítulos, 10 disposiciones adicionales y una transitoria, cinco finales y seis anexos.

B) La tramitación parlamentaria de la Ley

Ante la necesidad de nuestro país de disponer de una norma jurídica para la protección del medio ambiente, el 14 de abril de 2005 el Ministerio de Medio Ambiente, presentó un documento de trabajo para la transposición de la Directiva 35/2004/CE a nuestro ordenamiento jurídico. Posteriormente, el 17 de enero y el 18 de octubre de 2006, se introdujeron dos borradores con el fin de modificar el original para facilitar a la Directiva su incorporación a nuestro ordenamiento, consolidándose así el texto que conformaría el Proyecto de Ley de

Responsabilidad Medioambiental, que el Consejo de Ministros aprobó el 9 de marzo de 2007 para su remisión a las Cortes Generales, encomendándose su aprobación con competencia legislativa plena y por el procedimiento de urgencia¹⁴¹, a la Comisión de Medio Ambiente, siendo publicada en BO de las Cortes Generales el 23 de marzo de 2007. núm. 130-1.

En el Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados-, el 27 de junio de 2007, se publica el Informe emitido por la Ponencia sobre el Proyecto de Ley de Responsabilidad Medioambiental.

El contenido de las enmiendas afecta al objetivo de la futura Ley, en el sentido de que tendrá que hacer efectivo el principio de “quien contamina paga”. Con ello se pretende asegurar que el responsable de una actividad económica o profesional que haya causado graves daños al medio ambiente, restablezca los recursos dañados a su estado original, exceptuando los casos citados en el apartado b) del art. 14 de la Ley. Junto a la reparación efectiva del daño ocasionado se persigue igualmente reforzar los principios de prevención y evitación”. Durante su tramitación se presentaron las siguientes enmiendas en el congreso de los Diputados¹⁴² - núm. 13 del Grupo parlamentario Catalán IU-¹⁴³;

¹⁴¹ Conforme a lo dispuesto en los arts. 93.1 y 148 del Reglamento de la Cortes Generales del Estado - Resolución de 24 de febrero de 1982 por la que se ordena la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» del nuevo Reglamento del Congreso de los Diputados-

¹⁴² Boletín Oficial de las Cortes Generales de 27 de junio de 2007, núm. 130-7.

¹⁴³ Cuyo texto fue el siguiente: “Cuanto concurren las circunstancias previstas en los apartados 1 y 2, el operador estará obligado, en todo caso, a adoptar y a ejecutar las medidas de prevención y de evitación de daños medioambientales. Los costes en los que hubiere incurrido se recuperarán en los términos previstos en el artículo 15. En las circunstancias descritas en el párrafo anterior, las medidas de reparación de daños medioambientales se ejecutarán con cargo al fondo estatal de reparación de daños medioambientales.”.

Se justifica la presente enmienda por considerar “Sería una contradicción que en los casos de inexigibilidad de la obligación de sufragar los costes por parte del operador, en las circunstancias a las que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo, el apartado 3 obligara al operador también a asumir, en primera instancia, los costes de la separación de los daños medioambientales producidos”. La enmienda insertada en el apartado 3 del art. 14 de la LRM a excepción del texto contenido en el párrafo “En las circunstancias [...]”.

núm. 83 por el grupo Partido Popular -PP-¹⁴⁴; 39¹⁴⁵ y 40¹⁴⁶ de Izquierda Unida-Iniciativa per-Catalunya Verds y 110 al 114 por Ezquerra Republicana -ERC-¹⁴⁷. Que finalmente terminaría convirtiéndose en el art. 14 de la LRM.

El 7 de septiembre de 2007 tiene entrada en la Cámara Alta el texto aprobado por la Comisión de Medio Ambiente del Congreso de Diputados.

La Presidencia del Senado el 14 de septiembre de 2007, en cumplimiento del art. 191-1 del Reglamento¹⁴⁸, ordena la publicación en el Boletín Oficial de las Cortes Generales del Dictamen emitido por la Comisión de Medio Ambiente del citado Proyecto, así como de las enmiendas presentadas al mismo¹⁴⁹.

La Comisión de Medio Ambiente celebrada el 19 de septiembre y presidida por Excmo. Sr. D. José María Mur Bernad, somete a dictamen el Proyecto de Ley de responsabilidad medioambiental¹⁵⁰.

¹⁴⁴ El texto propuesto fue: “Cuando concurren las circunstancias previstas en los apartados 1 y 2, las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños medioambientales se ejecutarán con cargo al Fondo Estatal de Reparación de Daños Medioambientales.”

Justificándose dicha enmienda en base a que, si se cumplen las condiciones fijadas en los dos apartados anteriores de este artículo, el operador no estaría obligado a adoptar y ejecutar ningún tipo de medidas. Abonar unos costes sin deber hacerlo, aunque luego los recupere, puede ser lesivo para la competitividad de las industrias.

¹⁴⁵ De suprimir el apartado 1 b). Se justificó dicha supresión alegando “No debe haber exención de pagar la reparación de los daños en este caso, ya que se podría dejar la puerta abierta a que algunas administraciones acabaran legalizando los daños al medio ambiente”.

¹⁴⁶ Suprimir del art. 14 del Proyecto de Ley el apartado 2. Justificando el mismo en base a que no se ha tenido en cuenta el principio de precaución, lo cual implica que se debe demostrar que los procesos son dañinos para el entorno, y no lo contrario como dispone en este principio.

¹⁴⁷ Dada la extensión de la misma, no incluimos el texto para no hacer más difícil la lectura.

¹⁴⁸ Texto refundido del Reglamento del Senado, aprobado por la Mesa del Senado oída la Junta de Portavoces en su reunión de 3 de mayo de 1994, art. 191-1 “*Se publicarán, en la forma que disponga la Mesa del Senado, todos los anuncios y convocatorias, las altas y bajas en las listas de Senadores, la composición de los Grupos parlamentarios que se constituyan, así como las variaciones que sufran, los proyectos y proposiciones de ley, las enmiendas, los informes de Ponencias, los dictámenes de las Comisiones y votos particulares, las mociones, las interpelaciones, las preguntas, los mensajes motivados que deben acompañar los textos remitidos al Congreso de los Diputados con las enmiendas aprobadas por el Senado, y cualesquiera otros textos cuya publicación sea exigida por el presente Reglamento*”.

¹⁴⁹ BO de las Cortes Generales -Senado – 17 de septiembre de 2007. Núm.117 (e).

¹⁵⁰ Fuente Cortes Generales. Diario de sesiones del Senado. Comisión de Medio Ambiente. VIII Legislatura, Comisiones Núm. 494 de 19 de septiembre 2007.

Como punto previo al orden del día el Sr. presidente somete a aprobación el acta de la sesión anterior - celebrada el día 11-, la cual aprueban por asentimiento.

Posteriormente, el pleno del Senado el día 26 de septiembre de 2007 aprueba el Dictamen de la Comisión de Medio Ambiente sobre el proyecto de ley citado y se remite de nuevo al Congreso de los Diputados el 2 de octubre con las enmiendas y el correspondiente mensaje motivado a los efectos previstos en el art. 90-2 de la CE¹⁵¹.

De conformidad con el art. 97 de las Cortes Generales, el 2 de octubre de ese mismo año, el Secretario General del Congreso de los Diputados ordena la publicación en el Boletín de las cortes Generales de las enmiendas al Proyecto de Ley acompañadas de un mensaje motivado¹⁵².

Estas enmiendas aprobadas por el Senado¹⁵³ y su mensaje motivado, se remiten al Congreso de los Diputados a los efectos previstos en el art. 90.2 de la Constitución, siendo sometidas a votación en Pleno las enmiendas del Senado al Proyecto de Ley de Responsabilidad Medioambiental¹⁵⁴.

Se inicia el debate del único punto del orden del día, el dictamen del proyecto de ley de responsabilidad medioambiental, al que se han presentado un total de 127 enmiendas, distribuidas del siguiente modo:

Grupo Parlamentario Mixto. de la 1 a la 7; Entesa Catalana de Progués de la 8 a la 72; Nacionalistas vascos de la 73 a la 87; Grupo Popular de la 88 a la 109; Grupo Catalán de la 110 a la 115; Grupo socialista. De la 116 a la 127.

De todas ellas fueron aceptadas: la núm. 115 de Convergencia y Unió. Los núms. 84 y 87 del Grupo Nacionalista Vasco. Grupo Popular número 98 y los núms. 121, 123 al 125 y 127 del Grupo Socialista. Estas últimas presentaban simples mejoras técnicas, por esto no había motivo para no votarlas favorablemente, prueba de ello que fueron aprobadas por unanimidad, excepto la 127, referida a los afectados por la presa de Tous, que fue aprobada por la mayoría de los grupos parlamentarios en el Pleno de la Cámara. Se declara su tramitación de urgencia y una vez finalizado el paso por el Congreso de los Diputados se remite al Senado.

¹⁵¹ El Senado en el plazo de dos meses, a partir del día de recepción del texto, puede mediante mensaje motivado, oponer su veto o introducir enmiendas al mismo. El veto deberá ser aprobado por mayoría absoluta. El proyecto no podrá ser sometido al Rey para sanción sin que el Congreso ratifique por mayoría absoluta, en caso de veto, el texto inicial, o por mayoría simple, una vez transcurridos dos meses desde la interposición del mismo, o se pronuncie sobre las enmiendas, aceptando las o no por mayoría simple.

¹⁵² Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados de 4 de octubre de 2007. Núm. 130-9.

¹⁵³ Pleno del Senado en sesión del día 26 de septiembre de 2007.

¹⁵⁴ Comenzando por la enmienda del art. 24. Votos emitidos 307; a favor 133; en contra 174, abstenciones 0. Queda rechazada. Art. 42. Votos emitidos 308; a favor 191; en contra 116; abstenciones una. Queda aprobada.

Disposición adicional segunda. Votos emitidos 307; a favor 28; en contra 277; abstenciones dos. Queda rechazada.

El Proyecto de Ley¹⁵⁵ durante la tramitación parlamentaria no experimentó grandes incidencias puesto que contó con un gran apoyo parlamentario, por lo que su proceso resultó ágil. Quien describe con mayor claridad las pocas dificultades que experimentó, fue el Senador Esteve Ferrer del Grupo Parlamentario Popular en su discurso en el Congreso de los Diputados el día 4 de octubre¹⁵⁶ diciendo:

“Estamos en el trámite final de un proyecto de ley que tiene como objeto la transposición de la Directiva sobre la responsabilidad medioambiental, un texto que nos viene al Senado con muy pocas modificaciones. Si excluimos las que hacen mención a erratas y errores de concordancia, apenas se pueden resaltar cinco modificaciones”.

No obstante, señalaremos algunas de las enmiendas que resultaron más polémicas en su aprobación, referidas a los siguientes temas: la primera, una cuestión de Derecho Internacional concerniente a la transcendencia de los daños transfronterizos; una segunda, relativa a la situación de los afectados por la rotura de la presa de Tous; y la tercera sobre las cuestiones fundamentales, tipo de responsabilidad, sujetos responsables y garantías financieras.

Disposición adicional decimotercera. Votos emitidos 308; a favor 177; en contra 16; abstenciones 115. Queda aprobada.

Disposición final cuarta. Votos emitidos 308; a favor 132; en contra 175; abstenciones una. Queda rechazada.

Disposición final sexta. Votos emitidos 308; a favor 299; en contra 2; abstenciones siete. Queda aprobada.

Efectuado el resto de las enmiendas, dio el siguiente resultado: votos emitidos, 307; a favor 307. Fuente, Boletín Oficial del Congreso de 4 de octubre de 2007, núm. 290.

¹⁵⁵ Proyecto de Ley 121/000130. 2007.

¹⁵⁶ Vid. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, año 2007, núm. 290.

Respecto a la primera, esta corresponde a la modificación de la Disposición adicional decimotercera¹⁵⁷, a consecuencia de la enmienda núm. 126 presentada en el Senado por el Grupo Socialista¹⁵⁸.

Una vez pactada entre el Grupo Parlamentario Popular y el Grupo Parlamentario Socialista, este introduce la citada enmienda -núm.126- en el Senado que modifica la Disposición dejándola sin contenido, en el sentido de que las empresas españolas cuando operen fuera del ámbito de la UE, tendrán que atenerse a los convenios internacionales.

Estimamos que en este supuesto la modificación carece de sentido, cuando se trata de un país como el nuestro que tiene en sus cercanías Estados no pertenecientes a la UE. Creemos que resultarían más eficaces otros protocolos de medidas a adoptar en relación con este tipo de daños y máxime cuando éstos no conocen fronteras físicas entre países -como es la contaminación atmosférica-. No se entiende que, en un tema de tal gravedad, y más cuando España está operando en múltiples Estados no pertenecientes a la UE, no se aplique esta nueva ley, cuando se sabe que es mucho más eficaz que cualquier convenio internacional.

Con relación a la segunda, responde a la iniciativa de los grupos parlamentarios Socialista y Popular -enmienda núm. 127-¹⁵⁹, para atender las

¹⁵⁷ Núm. 1 “Los operadores que realicen actividades económicas o profesionales reguladas en esta Ley en Estados que no formen parte de la Unión Europea estarán obligados a prevenir, evitar y reparar los daños medioambientales en aplicación de lo establecido en los acuerdos, principios, objetivos y normas internacionales que, en esta materia, España suscriba, pudiendo resultar de aplicación, en virtud de los mismos, cuantas medidas de prevención, evitación y reparación de daños que se regulan en esta Ley, con el alcance y finalidad en ella prevista”.

¹⁵⁸ Siendo justificada por éste grupo con el siguiente argumento: que responde a la necesidad de completar el marco de control del comportamiento medioambiental de los agentes con actividades exteriores que sean beneficiados de instrumentos públicos, que en el caso de no cumplir con los tres niveles que esta enmienda les impone, estarán obligados a la devolución de todas las ayudas públicas recibidas y a la incapacidad de percibir las mismas por un período de dos años.

¹⁵⁹ Su justificación se debe a un error en la inclusión de las demandas originadas por los damnificados que no fueron incluidos en las mismas, un total de 44 afectados por los daños sufridos como consecuencia del hundimiento de la presa de Tous.

reivindicaciones de los cuarenta y cuatro afectados por la presa de Tous¹⁶⁰, referida a la Disposición adicional novena -nueva-¹⁶¹ que la hace extensiva a la aplicación de las reglas que regulan la compensación de los afectados por la rotura de la presa de Tous¹⁶².

La tercera y última, se refiere a la transposición del art. 8.4 de la Directiva, en relación con los costes de reparación y prevención de los daños medioambientales que debe asumir el operador, a raíz de la cual quedó definitivamente aprobado por el Congreso convirtiéndose posteriormente en el artículo 14 de la Ley de Responsabilidad Medioambiental.

El Pleno del Congreso de los Diputados el día 4 de octubre de 2007, aprobó el Proyecto de Ley de Responsabilidad Medioambiental (121/000130), de conformidad con lo establecido en el art. 90 de la CE y ordenándose su publicación de acuerdo con lo dispuesto en el art. 97 del Reglamento de la Cámara, Una vez aprobado por las Cortes Generales el 23 de octubre de 2007, al

¹⁶⁰ El 20 de octubre de 1982, se produce el desmoronamiento de la presa de Tous -términos municipales de Tous y Millares –Valencia-, causando la muerte de nueve personas y cuantiosos daños materiales.

¹⁶¹ Aplicación del anexo II en los procedimientos judiciales y administrativos. “*Las normas del anexo II o las dispuestas con carácter complementario por la normativa autonómica con el mismo objetivo se aplicarán 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*”.

¹⁶² Fuente.: WWW: levante-emv.com de fecha 14 de diciembre de 2007. El Consejo de Ministros 14 de diciembre de 2007 ha aprobado una partida de dos millones de euros para abonar compensaciones a 44 familias por los daños que causó la rotura de la presa de Tous en 1982 en la comarca valenciana de la Ribera.

Compensaciones que se derivan de la aplicación de la Ley de Responsabilidad Medioambiental. En ella reconoce el derecho a recibir las indemnizaciones solicitadas por un grupo de 44 afectados cuyo nombre no fue incluido en las listas que se incorporaron en su día al proceso judicial. Debemos señalar que la Sala 2ª del Tribunal Supremo dictó una sentencia el 17 de abril de 1997 en la que condenó al Estado a compensar a los perjudicados por el derrumbamiento de la presa, pero no incluyó a estas 44 familias damnificadas.

Mediante la Ley 4/2002, de 22 de marzo se concede un crédito extraordinario por un importe de 4.898.547,73 euros para el pago de las cantidades derivadas de la STS Sala de lo contencioso-Administrativo, sección Sexta, de 20 de octubre de 1997.

día siguiente se publica en el BOE. núm. 255, entrando en vigor el día 25 de octubre con efectos desde el 30 de abril de 2007.

C) **Modificaciones**

La Ley 26/2007 de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental - LRM-, que transpuso la Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, establece en España un régimen administrativo de responsabilidad ambiental objetiva e ilimitada -para las actividades indicadas en el Anexo III de la LRM- e instaura un marco legal para asegurar la prevención y reparación de daños del medio ambiente, basado en el principio “quien contamina paga”¹⁶³.

La experiencia adquirida durante los años de aplicación de la Ley desde su promulgación -24 de octubre de 2007- hasta el año 2018, ha puesto de manifiesto la necesidad de garantizar su aplicación efectiva, reforzar su vertiente preventiva, simplificar y mejorar la aplicación de su marco normativo, y racionalizar la exigencia de garantía financiera a aquellas actividades que tienen mayor incidencia en el medio ambiente.

¹⁶³ Vid. Art. 1 de la LRM. Principio reconocido en el primer programa de Acción medioambiental comunitario para los años 1973-1977. Como dice el Prof. LÓPEZ RAMÓN. “Fue la idea que permitió asentar como gran objetivo de la política ambiental la utilización racional de los recursos naturales, de forma compatible con el desarrollo económico”. *Revista de Administración Pública* núm. 142, enero-abril de 1997, pág. 55.

Es uno de los principios rectores del Derecho comunitario en materia de medio ambiente, llegando a ser básico en la aplicación de la responsabilidad medioambiental en el ámbito de la Unión Europea, tal como sostiene JORDANO FRAGA, J M.: *La protección del Derecho ...*, cit, págs. 137 y ss.

En su origen, año 1960, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico en 1970, lo usó como principio orientador en materia de política ambiental que más tarde se convertiría en principio fundamental de dicha materia. Siendo su principal razón el tratar de que el elevado coste que supone la protección del medio ambiente no recaiga en el Estado, en definitiva, sobre los contribuyentes. Con ello se persiguen dos objetivos: uno, que la actividad industrial sea más respetuosa con el medio ambiente y dos, que el coste que origina por su actividad, sea asumido por la empresa que lo genere.

Antes de referirnos a las principales modificaciones que afectan a la Ley de Responsabilidad Medioambiental, estimamos que debemos hacer mención a las primeras normas legales que han influido en el desarrollo de la misma.

El Gobierno haciendo uso de lo dispuesto en el artículo 149.1.23^a de la Constitución Española¹⁶⁴ acerca de las competencias del Estado en materia de legislación básica sobre protección del medio ambiente, adoptó el Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental¹⁶⁵ que aborda el desarrollo parcial de la citada Ley y el método de evaluación de los escenarios de riesgo ambiental y la cuantía de la garantía financiera obligatoria.

Con respecto a este último punto debemos citar la Orden ARM/1783/2011, de 22 de julio¹⁶⁶, 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 la garantía financiera obligatoria, prevista en la disposición final cuarta de la Ley 26/2007, de 23 de octubre de Responsabilidad Medioambiental, con el objetivo de fomentar que los sectores o grupos de actividades económicas y profesionales incluidos en el Anexo III, elaboren su tabla de baremos, y se presenten para informe de la Comisión técnica de prevención y reparación de daños medioambientales -CTPRDM-.

Las principales modificaciones que se introdujeron en la LRM son las siguientes:

¹⁶⁴ “*Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias*”.

¹⁶⁵ Se publicó en el BOE núm. 308 para entrar en vigor el 23 de abril de 2009, cumpliéndose de este modo lo dispuesto en el párrafo primero de la disposición final tercera respecto a la obligación temporal de aprobarlo antes del 31 de diciembre de 2008.

¹⁶⁶ BOE núm. 154, de 29 de junio de 2011.

a) **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.

El RDL se proyecta sobre ámbitos diversos de la actividad económica, de modo que una pequeña parte de este está relacionada con el medio ambiente, concretamente su art. 32. “Modificación de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad medioambiental”, cuya finalidad es desarrollar los criterios que definan a los “operadores” que quedarán exentos de la obligación de constituir garantía financiera obligatoria, así como de llevar a cabo el análisis de riesgos medioambientales.

A través del citado artículo -supra- se modifica la Ley de Responsabilidad Medioambiental en los siguientes términos:

- 1) Se añade un nuevo apartado d) al art. 28 de la LRM¹⁶⁷.
- 2) Se modifican los apartados a) y b) del art. 29¹⁶⁸ de la misma ley.
- 3) Se añade un nuevo párrafo al apartado 1 del art. 30¹⁶⁹.

De este modo se contempla un nuevo supuesto de exención de la obligación de constituir garantía financiera mediante la inclusión de un nuevo apartado d) en el artículo 28 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, que remite al desarrollo por

¹⁶⁷ “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”.

¹⁶⁸ “a) Los derivados de las obligaciones del operador reguladas en el artículo 17.

b) Los derivados de las obligaciones del operador reguladas en los artículos 19 y 20. En la medida que dichos daños afecten a las aguas, a las especies silvestres y a sus hábitats o a las riberas del mar y de las rías, los gastos garantizados se limitan a los encuadrados dentro del concepto de «reparación primaria» definido en el apartado 1.a) del anexo II”.

¹⁶⁹ “«La cobertura de la garantía financiera obligatoria nunca será superior a 20.000.000 euros. En cualquier caso la constitución de esta garantía por la cobertura máxima no exime a los operadores de elevar una propuesta a la autoridad competente para la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 24.3”.

vía reglamentaria de los criterios y condiciones que permiten eximir a los operadores cuyo potencial para causar daños medioambientales sea bajo, de las obligaciones de constituir garantía financiera obligatoria, y, por tanto, de realizar un análisis de riesgos medioambientales.

La modificación, permite ampliar los supuestos de exención de las garantías financieras obligatorias, sin matizar en qué sentido, puesto que relega los cambios a un futuro desarrollo reglamentario.

El problema que se plantea es determinar la cuantía económica que supone la cobertura para los operadores incluidos en el art. 28 de la LRM, puesto que en la mayoría de las ocasiones es difícil identificar a los culpables, bien sea por el tiempo transcurrido hasta que se conoció el hecho o bien porque el mismo no tiene una fuente única de origen del daño, lo que dificulta reconocer al agente que lo ha ocasionado, a diferencia de los riesgos correspondientes en los casos de seguro de responsabilidad civil.

El segundo de los cambios, referido a los apartados a) y b) del art. 29, debemos de significar que parte del articulado original ha sido eliminado por la citada modificación, en el sentido de que se prescinde de que el origen de los daños sea debido a la contaminación, de manera que tanto los daños que tengan su origen en la contaminación como los ocasionados por incendio, deberán ser cubiertos por la modalidad de garantía financiera elegida.

El tercero está referido a la cuantía que establecía el art. 30-1 de la LRM, antes de su modificación -20 millones de euros- la cual se mantiene, tan sólo se añade un nuevo párrafo a dicho apartado quedando con la siguiente redacción.

“La cobertura de la garantía financiera obligatoria nunca será superior a 20.000.000 euros. En cualquier caso, la constitución de esta garantía por la cobertura máxima no exime a los operadores de elevar una propuesta a la autoridad competente para la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 24.3”.

Esta limitación no debe impedir que se puedan exigir cantidades por encima de las establecidas como máximas. En este supuesto, opinamos que el establecer un mínimo o un máximo, en la cuantía de la garantía financiera, no tiene gran repercusión ante la responsabilidad, ya que, si el daño causado por el operador sobrepasa la cantidad máxima establecida en la póliza, el exceso será abonado por el operador causante del daño.

Si éste económicamente no pudiese hacer frente a dicho coste, se haría cargo el tipo de garantía obligatoria que haya suscripto el operador. Si su cobertura fuese inferior al coste real de la reparación, entraría en juego el Fondo de Compensación de daños Medioambientales, que en el art. 33 de la LRM establece como se constituirá y, en su párrafo segundo cómo y para qué estará destinado¹⁷⁰.

b) Ley 11/2014, de 3 de julio. La presente ley, tal como expone en su preámbulo I, tiene por objeto modificar la LRM a fin de reformar los aspectos preventivos de la misma, así como simplificar y mejorar ciertas formas de su aplicación. Ello supone una actualización del régimen de responsabilidad del medio ambiente, en concordancia con las anteriores reformas legislativas en este medio.

En consonancia con la reforma iniciada por el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio¹⁷¹, referida a los operadores del nuevo apartado letra d) del art. 32 de

¹⁷⁰ Párrafo segundo, apartado 1 del art. 33 de la LRM “*El Fondo estará destinado a prolongar la cobertura del mismo para las responsabilidades aseguradas en la póliza original, y en sus mismos términos, por aquellos daños que, habiendo sido causados por las actividades autorizadas durante el periodo de vigencia del seguro, se manifiesten o reclamen después del transcurso de los plazos de manifestación o reclamación admitidos en la póliza, y se reclamen en el transcurso, como máximo, de un número de años igual a aquel durante el cual estuvo vigente la póliza de seguro, contados desde que ésta terminó y con el límite de 30 años*”.

¹⁷¹ 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

este RDL¹⁷² la Ley 11/2014 de 3 de julio, modifica la LRM, matizando el contenido de dicho apartado d) y concreta la redacción del mismo, en el sentido de que la presente ley regulará los criterios que sirvan de base a las actividades exentas de constituir garantía financiera obligatoria, señalando el escaso potencial para generar un daño medioambiental de dichas actividades y el bajo nivel de accidentalidad.

Principales modificaciones introducidas por la Ley 11/2014:

-Amplía la protección del medio ambiente, con la modificación del párrafo b) del art. 2.1 de la LRM, para incorporar a la Directiva 2004/35/CE, el artículo 38 de la Directiva 2013/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013 sobre la seguridad de las operaciones relativas al petróleo y al gas mar adentro, de forma que se cubran los posibles daños que se puedan producir en el estado ecológico de las aguas marinas.

-También se refiere a la inclusión de un nuevo apartado 6 en el art. 3 de la LRM¹⁷³ relativo a la competencia de la Administración General del Estado sobre las obras públicas de interés general. Añadiéndose otro nuevo apartado 7¹⁷⁴ al art. 7 de la LRM, donde se establece la competencia del Estado para la prevención y reparación de daños medioambientales si estos son ocasionados a obras públicas.

Para ello se introduce un nuevo artículo 17 bis, con la siguiente redacción:

“Las autoridades competentes adoptarán medidas para impulsar la realización voluntaria de análisis de riesgos medioambientales entre los

locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.

¹⁷² “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”.

¹⁷³ Con la siguiente redacción “En el caso de obras públicas de interés general de competencia de la Administración General del Estado, esta ley se aplicará: apartados a) y b) [...]”.

¹⁷⁴ “Corresponde a la Administración General del Estado, a través de la previa instrucción del correspondiente procedimiento de responsabilidad por daños al medio ambiente de los previstos en esta ley, exigir la adopción de las medidas de prevención, evitación y reparación que procedan, en aplicación de esta ley cuando se trate de obras públicas de interés general de su competencia [...]”.

operadores de cualquier actividad susceptible de ocasionar daños medioambientales, con la finalidad de lograr una adecuada gestión del riesgo medioambiental de la actividad”.

Mediante el cual se trata de que sean las autoridades competentes las que adopten medidas para impulsar el uso voluntario de los análisis de riesgos medioambientales como herramienta importante en su gestión entre los operadores de actividades susceptibles de ocasionar graves daños medioambientales, pudiendo aplicarse igualmente a todos los operadores interesados en conocer el riesgo que puedan originar al medio ambiente por sus actividades empresariales. Se trata de una importante medida para reforzar los aspectos preventivos de la LRM.

También pretende simplificar y agilizar el procedimiento de constitución de garantía financiera obligatoria, con la modificación que se prevé del artículo 24 de la Ley 26/2007, en aras a la simplificación del régimen de responsabilidad medioambiental.

Se establecen dos modificaciones:

a) Se agiliza el procedimiento para la determinación de la garantía financiera, de modo que serán los operadores obligados a constituirla quienes determinen la cuantía de esta, a partir de la realización del análisis de riesgos medioambientales de su actividad, que deberán realizar conforme a lo establecido en el reglamento de desarrollo parcial de la ley, comunicando a la autoridad competente su constitución.

b) Asimismo, se incluyen, en el artículo 28 de la ley, los criterios en los que se basarán las exenciones a la constitución de la garantía financiera obligatoria de determinados operadores de actividades, que se establecerán reglamentariamente. Estimamos que resulta incongruente que esta ley mantenga la excepción del art. 28 cuando en el apartado IV de su preámbulo, expone:

“La experiencia adquirida durante los años de aplicación de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, ha

puesto de manifiesto la necesidad de reforzar sus aspectos preventivos, para lo cual, se considera oportuno impulsar el uso de los análisis de riesgos medioambientales como herramienta de gestión del riesgo medioambiental”.

Estas reformas tienen por objeto dar cumplimiento a las medidas previstas en el Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas - CORA- que, en materia de responsabilidad medioambiental, aluden a la simplificación y reducción de cargas administrativas.

Se modifica igualmente el art. 30 de la LRM, con el propósito de otorgar una homogeneidad al contenido mínimo de las pólizas de seguro, para que ciertos conceptos tengan una regulación propia que pueda ser actualizada convenientemente en función del desarrollo y evolución de la oferta existente en cada momento en los mercados financieros.

Quedando establecidos sus límites de la siguiente forma:

“1. La cobertura de la garantía financiera obligatoria nunca será superior a 20.000.000 de euros. En cualquier caso, la constitución de esta garantía por la cobertura máxima no exime a los operadores de comunicar la constitución de dicha garantía financiera a la autoridad competente conforme al procedimiento previsto en el artículo 24.3.

2. El Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, oída la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, podrá promulgar disposiciones por las que se regule el contenido mínimo y las limitaciones que serán admisibles, tales como sublímites, exclusiones o franquicias a cargo del titular de la actividad, de forma que se conjuguen adecuadamente el interés de las administraciones públicas en que los titulares de las actividades sometidas a la obligación cuenten con suficiente cobertura para todos los aspectos posibles de su responsabilidad medioambiental, con la oferta de garantías disponible en cada momento en los mercados financieros”.

Se adaptan las disposiciones relativas al Fondo de Compensación de daños medioambientales a la situación actual de la normativa nacional bajo la que está constituido, ya que actualmente opera un sistema de liquidación de entidades aseguradoras en situación de insolvencia, que es gestionado por el Consorcio de Compensación de Seguros. Para evitar redundancias, se suprime el fondo por

insolvencia contemplado en la original redacción del artículo, manteniéndose el que se destina a prolongar la cobertura del seguro para los daños ocurridos durante la vigencia de la póliza.

Mejora las normas aplicables a los procedimientos de exigencia de responsabilidad medioambiental, en el sentido de que se establezcan las garantías financieras apropiadas para las actividades que mayor incidencia puedan tener en el medio ambiente.

Se precisan, en el artículo 41, los trámites de iniciación en el procedimiento de exigencia de responsabilidad medioambiental, y se modifica el plazo, previsto en el artículo 45, para resolver los procedimientos de exigencia de responsabilidad medioambiental, ampliándolo a 6 meses, debido a la complejidad técnica que entraña su tramitación.

Como mejora de la transposición de la Directiva 2004/35/CE, se suprime la disposición adicional décima,

Además, se aclara en la nueva redacción de los artículos 3 y 7 de la ley, la distribución de competencias y el ámbito de aplicación de la ley en el caso de las obras públicas de interés general, que sean competencia de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas.

A modo de conclusión diremos que las modificaciones que ha introducido la Ley 11/2014 en la LRM, van encaminadas a la simplificación de la regulación del Derecho medioambiental, amplía la protección del medio ambiente, refuerza los aspectos preventivos de la LRM, puesto que desde la entrada en vigor de la LRM se puso de manifiesto la necesidad de reforzar las acciones preventivas, motivo por el cual se hace necesario impulsar la realización voluntaria del uso de los análisis de riesgos medioambientales por parte del operador y simplifica los procedimientos de constitución de las garantías financieras obligatorias.

c) **Real Decreto 183/2015**, de 13 de marzo, por el que se modifica el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, aprobado por el Real Decreto 2090/2008 de 22 de diciembre ha sido publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 83, 7 de abril de 2015.

En su exposición de motivos, apartado II, párrafo segundo, dice:

“La experiencia adquirida durante los primeros años de vigencia de este nuevo régimen de responsabilidad medioambiental puso de manifiesto que la exigencia de constituir garantía financiera a todos los operadores del anexo III de la ley, sin más exenciones que las previstas en el artículo 28, resultaba un tanto desproporcionada teniendo en cuenta que no todos los operadores incluidos en el anexo III presentan unos mismos índices de peligrosidad y de accidentalidad”.

Ello fue motivo para considerar eximir de constituir garantía financiera obligatoria a aquellos operadores que por su bajo nivel de riesgo no puedan ocasionar graves daños para el medio ambiente y estén incluidos en el ámbito de aplicación del Anexo III de la LRM, sin que con ello quedasen comprometidos los principios de responsabilidad objetiva e ilimitada que preside la LRM.

Con esto se pretende justificar que no todas las actividades incluidas en el Anexo III de la LRM son generadoras de un gran impacto ambiental, ya que existen otras dentro de ese mismo ámbito, que en la praxis se ha demostrado que tienen un menor potencial de riesgo para el medioambiente.

Por tal motivo el Gobierno, hizo uso de la habilitación reglamentaria que le proporciona la disposición final tercera de la LRM, aprobó este Real Decreto que, en su artículo único, modifica el art. 37 *-Operadores exentos de constituir garantía financiera-* del Real decreto 2090/2008, quedando redactado en los siguientes términos su apartado segundo letra a):

“*Quedarán obligados a constituir la garantía financiera, y por tanto a efectuar la comunicación a la autoridad competente prevista en el artículo 24.3 de la Ley 26/2007, de 23 octubre, y en el artículo 33 de este reglamento, los operadores de las siguientes actividades del anexo III de la ley: [...]*”.

En el apartado tercero del mismo artículo establece:

“Los operadores de las actividades exentas de la garantía financiera prevista en la Ley 26/2007, de 23 de octubre, quedarán sujetos a la obligación de constituir las garantías financieras previstas en las normas sectoriales o específicas que les sean, en su caso, de aplicación”.

Según el citado apartado, al menos, se sigue exigiendo la garantía financiera para cubrir las responsabilidades, con un alcance más limitado que el establecido en la LRM. Bien es verdad, que las actividades exentas podrán constituir de forma voluntaria tal como se reconoce en los arts. 24-1¹⁷⁵ y 17 bis. La finalidad que se persigue con el Real Decreto es reducir la carga administrativa y simplificar los procedimientos para determinar que operadores quedan excluidos de constituir la garantía financiera.

Para tal fin, se suprime el procedimiento de verificación de los análisis de riesgos medioambientales sustituyéndolos por una declaración responsable por parte del operador de haberlo efectuado, y como consecuencia de ello, la constitución de la garantía financiera cumpliendo así los requisitos establecidos en la LRM y su Reglamento de desarrollo.

La citada declaración deberá ser presentada ante la autoridad competente, cumplidos todos los requisitos establecidos en el Anexo IV-1 de este Real Decreto.

Igualmente, se modifica la redacción del art. 33 en el sentido de que, para establecer la cuantía de la garantía financiera, se introduce un nuevo sistema que le simplifica notablemente al operador el proceso de fijación de la cuantía -art. 33-2 e) del RD. 183/2015-¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Los que estén exentos en virtud del art. 28, la constitución de la garantía tendrá carácter voluntario.

¹⁷⁶“Establecer la cuantía de la garantía financiera, como el valor del daño medioambiental del escenario con el índice de daño medioambiental más alto entre los escenarios accidentales seleccionados. Para ello se seguirán los siguientes pasos: 1.º En primer lugar, se cuantificará el daño medioambiental generado en el escenario seleccionado. 2.º En segundo lugar, se monetizará el daño medioambiental generado en dicho escenario de referencia, cuyo valor será igual al coste del proyecto de reparación primaria. [...]”.

Otras de sus finalidades que persigue el citado RD, es dar cumplimiento al contenido del art.28 d) de la LRM, en el sentido de que los operadores cuyas actividades tengan escaso potencial para originar graves daños medioambientales quedarán exentos de efectuar la comunicación prevista en el art. 24.3, consistente en comunicar a la autoridad competente que se ha constituido la garantía financiera a la que vengán obligados y la fijación de la cuantía de la misma, para ello, el Real Decreto citado que modifica el art.37 del R.D. 2090/204, de 22 de diciembre, en su artículo único, núm. 7 apartado 3º b) establece los siguiente:

“Atendiendo a su escaso potencial de generar daños medioambientales y bajo nivel de accidentalidad, quedarán exentos de constituir la garantía financiera obligatoria, así como de efectuar la comunicación prevista en el artículo 24.3, los operadores del resto de actividades del anexo III de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, siempre que no estén incluidos en ninguno de los supuestos del apartado 2.a) anterior”.

Debemos señalar que a partir de la reforma efectuada por el RD. 183/2015, una gran parte de las actividades incluidas en el Anexo III de la LRM quedarán exentas de constituir garantías financieras.

Por lo expuesto, únicamente estarán obligadas a constituir la garantía financiera obligatoria, y por tanto a efectuar la comunicación a las autoridades competentes previstas en el art. 24.1 de la LRM y en el punto 4¹⁷⁷ del art. 33 del RD. 183/2015 sólo en tres actividades: las instalaciones que están sujetas al ámbito de aplicación del RD 1254/1999¹⁷⁸; las actividades comprendidas en el ámbito de la Ley 16/2002, de 1 de julio¹⁷⁹; y por último los operadores cuyas actividades estén calificadas en la categoría “A” de acuerdo con lo dispuesto en el RD. 975/2009 de 12 de junio¹⁸⁰.

¹⁷⁷ “Una vez constituida la garantía financiera por parte del operador, éste presentará, ante la autoridad competente, una declaración responsable de haber constituido dicha garantía financiera, y de haber realizado las operaciones previstas en este artículo. [...]”.

¹⁷⁸ Operadores que destacan por su alto grado de generar daños medioambientales.

¹⁷⁹ Incluye todas las actividades enumeradas en su Anexo I, salvo aquellas instalaciones o parte de ellas que son utilizadas para la investigación, elaboración y prueba de nuevos productos.

¹⁸⁰ Anexo III “Clasificación de instalaciones de residuos mineros” núm. 1.” Una instalación de residuos se clasificará en la categoría A, si: a) Conforme a una evaluación del riesgo realizada teniendo en cuenta

Aun en estos tres supuestos citados, podría darse el caso, después de efectuado el análisis de riesgos y vistos los resultados del mismo, de que el operador pudiera alegar que se le eximiese de tal obligación en base a lo preceptuado en las letras a) y b) del art. 28 de la LRM¹⁸¹, por considerar que se halla comprendido en el ámbito de estos dos apartados.

A modo de conclusión, debemos manifestar que era necesario reforzar los aspectos preventivos y el uso de análisis de riesgos medioambientales. Para ello, en la Ley 11/2014, de 3 de julio, por la que se modifica la ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, en su único artículo -número 4- se introduce el art. 17 bis¹⁸².

Sobre la justificación de la regulación de las garantías financieras debemos considerar tres puntos básicos:

Hay que valorar la importancia del “análisis de riesgos”¹⁸³ medioambientales para determinar que operadores incluidos en el Anexo III

factores tales como el tamaño actual o futuro, la ubicación y el impacto medioambiental de la instalación de residuos, pudiera producirse un accidente grave como resultado de un fallo o un funcionamiento incorrecto, por ejemplo el colapso de una escombrera o la rotura de una presa, o b) Si contiene residuos clasificados como peligrosos con arreglo a la Directiva 91/689/CEE por encima de un umbral determinado, o c) Si contiene sustancias o preparados clasificados como peligrosos con arreglo a las Directivas 67/548/CEE ó 1999/45/CE por encima de un umbral determinado”.

¹⁸¹ Artículo modificado por la Ley 11/2014, de 3 de julio, por lo que se modifica la LRM. Quedando redactado como sigue: *Quedan exentos de constituir garantía financiera obligatoria: a) Los operadores de aquellas actividades susceptibles de ocasionar daños cuya reparación se evalúe por una cantidad inferior a 300.000 euros. b) Los operadores de actividades susceptibles de ocasionar daños cuya reparación se evalúe por una cantidad comprendida entre 300.000 y 2.000.000 de euros que acrediten mediante la presentación de certificados expedidos por organismos independientes, que están adheridos con carácter permanente y continuado, bien al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales -EMAS-, bien al sistema de gestión medioambiental UNE-EN ISO 14001 vigente.*

¹⁸² “Fomento de las medidas de prevención y evitación de daños medioambientales”. *“Las autoridades competentes adoptarán medidas para impulsar la realización voluntaria de análisis de riesgos medioambientales entre los operadores de cualquier actividad susceptible de ocasionar daños medioambientales, con la finalidad de lograr una adecuada gestión del riesgo medioambiental de la actividad”.*

¹⁸³ Para determinar los supuestos de exención de la obligación de constituir garantía financiera de conformidad con las letras a) y b) del artículo 28 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, se utilizarán cualquiera de los instrumentos de análisis de riesgos y de cálculo de la cuantía de la garantía financiera previstos en este reglamento.

pueden ser excluidos de la constitución de la citada garantía, pues según su resultado están o no obligados a constituirla.

Al excluir de la norma numerosas actividades de constituir garantía financiera, estimamos que se comprometen los principios en los que se basa la responsabilidad objetiva e ilimitada.

Los operadores a los que se excluye de constituir la garantía deberían estar obligados a analizar y reconocer el riesgo de su actividad, para adoptar las medidas de seguridad oportunas, e incluso, para que voluntariamente optasen por constituir la garantía.

En nuestra opinión después de esta última modificación -RD 183/2015- todo operador comprendido dentro del Anexo III de la LRM debería disponer de un análisis de riesgos cuyo diagnóstico reflejara el estado real de su actividad con referencia al daño que pueda ocasionar al medio ambiente, con el fin de proceder a la contratación de un seguro que pudiese cubrir su responsabilidad por daños al medio ambiente, y más teniendo en cuenta el principio de “quien contamina paga”, se hace necesario para cualquier empresa que inicie su actividad.

3. REAL DECRETO 2090/2008 DE 22 DE DICIEMBRE

La Ley de Responsabilidad Medioambiental consolidó en nuestro ordenamiento jurídico el principio de “quien contamina paga”, dejando para un posterior desarrollo normativo alguno de sus aspectos más esenciales.

Dado que la Ley tiene carácter genérico, se requería para su desarrollo pormenorizado que su tratamiento se hiciese mediante Real Decreto. El Gobierno haciendo uso de la habilitación que le confiere la Disposición final tercera párrafo

segundo de la LRM¹⁸⁴, previa consulta a las CC. AA, para dictar en su ámbito de competencia disposiciones necesarias para el desarrollo de la citada ley, aprueba el Real Decreto 2090 /2008, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.

Su objetivo es desarrollar lo establecido en la LRM referido al método de evaluación del riesgo medioambiental y la cuantía financiera obligatoria, así como la reparación del daño ambiental.

En él se abordan y desarrollan los criterios técnicos sobre la fijación de medidas de reparación contenidas en el Anexo II de la Ley, así como todo lo relativo a la delimitación de criterios sobre los riesgos y fijación de los costes de reparación, con el fin de determinar las coberturas económicas para las actividades establecidas en el Anexo III.

Se analizan los aspectos relativos a la cobertura financiera -garantías financieras obligatorias-, que pueda serle exigida al operador por el daño que su actividad haya causado al medio ambiente y, determinación de la misma mediante un análisis de los riesgos de la actividad que deberá ser verificado por la entidad competente¹⁸⁵, tal como prevé el art. 24.3 de la LRM¹⁸⁶.

Se establece una metodología de actuación que debe seguirse una vez producido el daño medioambiental para la determinación y cuantificación del

¹⁸⁴ “En particular, el Gobierno aprobará mediante Real Decreto, antes del 31 de diciembre de 2008 y previa consulta de las comunidades autónomas, el desarrollo de las previsiones del capítulo IV y la definición del método de evaluación del daño a efectos de lo dispuesto en el artículo 24”.

¹⁸⁵ El operador deberá hacer un análisis del riesgo conforme a las directrices establecidas en la norma UNE 150.008 y será verificada por el organismo competente y acreditado para ser sometidos posteriormente a la aprobación de la Autoridad competente.

¹⁸⁶ Artículo modificado por la Ley 11/2014 quedando dicho apartado con la siguiente redacción: “Los operadores deberán comunicar a la autoridad competente la constitución de la garantía financiera a la que vengán obligados de acuerdo con el apartado primero de este artículo. La fijación de la cuantía de esta garantía partirá del análisis de riesgos medioambientales de la actividad, o de las tablas de baremos, que se realizarán de acuerdo a la metodología que reglamentariamente se establezca por el Gobierno. La autoridad competente establecerá los correspondientes sistemas de control que le permitan comprobar el cumplimiento de estas obligaciones”.

daño, así como las medidas apropiadas de garantías financieras y reparadoras del daño, cuya aprobación compete al Gobierno de la Nación, con el fin de otorgarle un carácter básico para asegurar su aplicación y que la misma sea uniforme en todo el ámbito del Estado.

Entre otros aspectos se creó la Comisión técnica de prevención y reparación de daños medioambientales¹⁸⁷, se estableció el marco metodológico para determinar el daño medioambiental, fijar las medidas de reparación para cada caso y regular las cuestiones esenciales de las garantías financieras obligatorias, como son las modalidades y la determinación de la cuantía, así como la verificación de análisis de riesgos medioambientales.

En referencia a la cuantía de la garantía financiera, el Reglamento lo aborda con mayor amplitud en su Capítulo III¹⁸⁸; en él se establece el procedimiento a seguir para la fijación de la citada garantía. Concretamente en su artículo 33¹⁸⁹, en el que se determina la fijación de la garantía financiera obligatoria¹⁹⁰ -sin establecer la máxima cuantía-, tomando como punto de partida el análisis de los

¹⁸⁷ Es un órgano de cooperación técnica y colaboración entre la Administración y las comunidades autónomas con el objetivo principal de intercambiar información y asesoramiento en materia de prevención y de reparación de los daños medioambientales. Entre sus múltiples funciones citamos: propuestas de modificación y adecuación de normativa sobre responsabilidad medioambiental, impulsar la cooperación entre las administraciones públicas con competencias en materia de reparación medioambiental, elaboración de informes sobre implantación de análisis de riesgos medioambientales y gestión de estos y evacuación de recomendaciones sobre análisis de riesgos, prevención y reparación de daños al medio ambiente.

¹⁸⁸ Vid. Capítulo III del Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2004, de 23 de diciembre, de responsabilidad Medioambiental, donde se afronta con claridad y amplitud todo lo relacionado con la garantía financiera obligatoria, dividiendo todo el capítulo en tres secciones. En la primera se establece la determinación de la cuantía y la descripción de los pasos necesarios para su fijación.

¹⁸⁹ Artículo modificado en su totalidad por Real Decreto 183/2015, de 13 de marzo, por el que se modifica el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, aprobado por el Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre.

¹⁹⁰ Establecidas en los apartados del art. 33-2 del R.D. 183/2015, en su Apartado 1º *De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, los operadores de las actividades incluidas en el anexo III de la ley, sin perjuicio de las exenciones previstas en su artículo 28, deberán disponer de una garantía financiera que les permita hacer frente a la responsabilidad medioambiental inherente a su actividad*”.

riesgos medioambientales¹⁹¹ sobre la actividad que se va a asegurar de acuerdo con las disposiciones establecidas en el art. 33-2¹⁹² del R.D. 2090 /2008, de 22 de diciembre, con el fin de certificar que la cuantía establecida sea suficiente para acometer los gastos que se pudiesen derivar de un siniestro acaecido como consecuencia de la actividad de la empresa; el Reglamento prevé además que dicho análisis debe ser verificado por un organismo acreditado, para que finalmente sea la autoridad competente la que determine la cuantía.

Finalmente, el Reglamento fija las reglas específicas que rigen las distintas modalidades de garantías financieras -póliza de seguros, aval, reserva técnica y fondos de compensación-, éstos últimos gestionados por el Consorcio de Compensación de Seguros.

Asimismo, fue necesario realizar normas de desarrollo del Reglamento y una modificación del mismo, a la luz de la experiencia adquirida durante los años transcurridos desde su entrada en vigor, y encaminadas a precisar, corregir o eliminar ciertos aspectos del mismo, especialmente el de la determinación de la garantía financiera.

¹⁹¹ El Reglamento sobre este punto y en base a lo establecido en el art. 24.3 de la LRM, cita como importantes los siguientes: a) Identificar los escenarios accidentales y establecer la probabilidad de ocurrencia de cada escenario. b) Establecer el valor del daño medioambiental asociado a cada escenario accidental siguiendo estos pasos: en primer lugar, se cuantificará el daño medioambiental generado en cada escenario; en segundo lugar, se evaluará el daño medioambiental generado en cada escenario, cuyo valor será igual al coste del proyecto de reparación primaria. c) Calcular el riesgo asociado a cada escenario accidental como el producto entre la probabilidad de ocurrencia del escenario y el valor del daño medioambiental. d) Seleccionar los escenarios de menor coste asociado que agrupen el 95 por ciento del riesgo total. e) Establecer como propuesta de cuantía de la garantía financiera el valor del daño medioambiental más alto entre los escenarios accidentales seleccionados.

¹⁹² *“La determinación de la cuantía de la garantía financiera partirá del análisis de riesgos medioambientales de la actividad, previsto en el artículo 24.3 Ley 26/2007, de 23 de octubre, y que se desarrolla en los artículos 34 y siguientes de este reglamento. Este análisis de riesgos deberá ser verificado y contendrá, con la finalidad de fijar la citada cuantía, las siguientes operaciones: [...]*

4. ORDEN ARM /1783/2011

El 29 de junio de 2011 se publicó la Orden ARM/1783/2011, de 22 de junio, 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 la garantía financiera obligatoria, prevista en la Disposición final cuarta de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.

A) Antecedentes

La LRM en su art. 24 establece que todos los operadores de las actividades comprendidas dentro del ámbito del Anexo III, sin perjuicio de las exenciones previstas en el art. 28, deberán disponer de una garantía financiera que les permita hacer frente a la responsabilidad medioambiental que puedan originar sus actividades.

La fecha a partir de la cual será exigible la constitución de la garantía financiera obligatoria, tal como establece la disposición final cuarta de la LRM, se determinará por orden del Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marítimo -en adelante MAGRAMA- con el precedente acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos y previa consulta a las Comunidades Autónomas -CC. AA- y los sectores afectados.

Con estos argumentos el 29 de junio de 2011 se publicó la Orden ARM-1783/2011, estableciendo el orden y el calendario para la aprobación de órdenes Ministeriales -en adelante OO.MM-, a partir de las cuales se fijará la fecha en la que será exigible la constitución de garantía financiera obligatoria para las actividades económicas y profesionales comprendidas en el Anexo III de la LRM. Para tal fin, el legislador establece tres niveles de prioridad¹⁹³, de tal manera que las actividades que requieran mayor control contarán con plazos más breves.

¹⁹³ Para el primer grupo -nivel 1-. Máxima prioridad: se establece la publicación de las OO.MM entre dos y tres años siguientes a la fecha de esta orden. Segundo grupo -nivel 2-. Prioridad media: se

Con ello, lo que persigue el legislador es un incremento de seguridad jurídica en la aplicación de las citadas garantías, así como establecer un calendario gradual para la elaboración de las órdenes ministeriales, mediante las cuales se fijará la fecha a partir de la cual se exigirá la garantía financiera obligatoria.

El calendario orienta asimismo acerca de los plazos para la realización por parte del operador, de los análisis previstos en el en el art. 34 sección 1ª “Determinación de la cuantía financiera obligatoria” capítulo III, del RD 2090/2008 de 22 de diciembre, necesarios para el cálculo de las garantías financieras obligatorias¹⁹⁴, y que los sectores afectados dispongan del tiempo suficiente, necesario para elaborar el correspondiente análisis de riesgo.

Dicho análisis tiene su origen en las previsiones del art. 24-3 de la LRM, en él se establece que el cálculo de la garantía a la que vengan obligados los operadores por sus actividades, deberá partir de la evaluación de los análisis de riesgos de la actividad o de los baremos que reglamentariamente establezca el Gobierno.

Debemos precisar que lo establecido en esta orden, no perjudica la obligación de los operadores prevista en el art. 9-1¹⁹⁵ de la LRM de prevenir, evitar y reparar los daños medioambientales.

También debemos señalar que los análisis de riesgos constituyen una herramienta fundamental, ya que mediante los mismos se puede identificar mejor

producirá entre tres y cinco años siguientes a la fecha de esta orden. Tercer grupo -nivel 3-. Mínima prioridad entre cinco y ocho años a partir de la publicación de esta orden.

¹⁹⁴ Debemos subrayar que el origen de los análisis está en las previsiones del art. 24. 3 de la LRM, modificado por el artículo único. 5 de la Ley 11/2014 de 3 de julio quedando con la siguiente redacción: “*Los operadores deberán comunicar a la autoridad competente la constitución de la garantía financiera a la que vengan obligados de acuerdo con el apartado primero de este artículo. La fijación de la cuantía de esta garantía partirá del análisis de riesgos medioambientales de la actividad, o de las tablas de baremos, que se realizarán de acuerdo a la metodología que reglamentariamente se establezca por el Gobierno. La autoridad competente establecerá los correspondientes sistemas de control que le permitan comprobar el cumplimiento de estas obligaciones*”.

¹⁹⁵ “*Los operadores de las actividades económicas o profesionales incluidas en esta ley están obligados a adoptar y a ejecutar las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños medioambientales y a sufragar sus costes, cualquiera que sea su cuantía, cuando resulten responsables de los mismos*”.

el riesgo al que se enfrentan los operadores y así adoptar las medidas más oportunas para la prevención y evitación de los riesgos medioambientales.

Igualmente, los análisis de riesgos les proporcionan a los operadores información sobre si están obligados o no a constituir las garantías financieras obligatorias o a contratarlas de forma voluntaria.

B) Objetivos de la norma

Como bien indica su art. art. 1¹⁹⁶, su objetivo es establecer un calendario gradual para el desarrollo de las órdenes ministeriales previstas en la Disposición final cuarta de la LRM -supra-, referidas a las garantías financieras obligatorias conforme a lo dispuesto en el art.24-1 de la LRM para las actividades comprendidas en el ámbito de su Anexo III.

Implantar un calendario orienta al operador acerca de los plazos que tiene que respetar para la realización de los análisis de riesgos necesarios que tiene que realizar para efectuar el cálculo de la garantía, dándole el suficiente tiempo para su elaboración.

Otro de los objetivos que persigue la norma ARM/1784/2011 consiste en garantizar que el operador disponga de recursos económicos que le permitan hacer frente a las responsabilidades medioambientales inherentes a su actividad, y reforzar los mecanismos de prevención y evitación de graves daños al medio ambiente.

C) Orden de prioridad y plazos previstos

Esta Orden establece la prioridad -clasificación por niveles- y los plazos a partir de los cuales será obligatoria la constitución de garantía financiera prevista

¹⁹⁶ “Esta orden tiene por objeto establecer el orden de prioridad y el calendario para la aprobación de las órdenes ministeriales previstas en la disposición final cuarta de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, en las que se fijará la fecha a partir de la cual será exigible la garantía financiera obligatoria de las actividades económicas y profesionales del anexo III de la misma”.

en la disposición final cuarta de la LRM titulada “Aplicación de la garantía financiera obligatoria” para las actividades comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Anexo III de la ley.

El criterio de valoración se efectuó con arreglo a la peligrosidad de cada sector profesional. Lo que se pretende es obtener un alto nivel de protección para el medio ambiente, para los trabajadores de la explotación y para los bienes de la misma. Para tal fin, se les asigna una prioridad usando tres niveles:

- Primer nivel, se refiere a las instalaciones incluidas en el Anejo 1º Categorías de actividades e instalaciones contempladas en el artículo 2¹⁹⁷, de la Ley 16/2002 de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación -en adelante Ley IPPC-¹⁹⁸, a las que se le asigna la máxima prioridad, considerando como tales:

Las actividades que estén afectadas por el RD 1254/1999, de 16 de junio por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Artículo modificado por la Ley 5/2013, de 11 de junio, por la que se modifican la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación y la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados. Quedando redactado de la siguiente forma:

“Esta ley será aplicable a las instalaciones de titularidad pública o privada en las que se desarrolle alguna de las actividades industriales incluidas en las categorías enumeradas en el anejo 1 y que, en su caso, alcancen los umbrales de capacidad establecidos en el mismo, con excepción de las instalaciones o partes de estas utilizadas para la investigación, desarrollo y experimentación de nuevos productos y procesos.

[...].

¹⁹⁸ La Ley 16/2002 de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación es la ley de transposición de La Directiva 2008/1 de 15 de enero -texto refundido de la Directiva 1996/61/CE-. Define importantes actuaciones como son la necesidad de obtención de la Autorización Ambiental Integrada -AAI-, para poder iniciar y realizar la actividad, el concepto de las Mejores Técnicas Disponibles -MTD- como medida de protección del medio ambiente y la Transparencia informativa.

¹⁹⁹ Debemos de precisar que el citado R.D. 1254/1999, de 16 de junio. Fue derogado por la Disposición derogatoria única del R.D. 840/2015, de 21 de septiembre “Queda derogado el Real Decreto 1254/1999, de 16 de julio, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervienen sustancias peligrosas, así como cuantas disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en este real decreto”.

A ello debemos añadirle otro importante objetivo del RD 840/2015, como es, la transposición a nuestro ordenamiento jurídico las previsiones de la Directiva 2012/18/UE, de 4 de julio de 2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, “relativa al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas”.

-Instalaciones de combustión con una potencia térmica superior a 50 MW²⁰⁰.

-Industrias para la valorización de residuos peligrosos, incluida la gestión de aceites usados, o para la eliminación de dichos residuos en lugares distintos de los vertederos, de una capacidad de más de 10 toneladas por día²⁰¹.

Complementando este grupo, se adhieren a él con independencia del sector al que pertenezcan, los operadores incluidos dentro del ámbito de aplicación del citado Real Decreto -RD. 1254/1999, de 16 de julio-. Debemos significar que esta medida se establece a nivel de operador y no a nivel sectorial, dado que, en la mayoría de los supuestos, las actividades a las que se aplica la Directiva Seveso²⁰², responden a las características concretas de cada operador²⁰³.

-Segundo nivel, se trata de una prioridad de nivel medio, referido a los sectores y grupos no comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva Seveso. Concretamente entran dentro de este grupo los comprendidos en el Anejo 1º de la Ley 16/2002 tales como:

En su art. 2-1, dispone. “*Las disposiciones de este real decreto se aplicarán a los establecimientos tal y como se definen en su art. 3*”, y en su apartado 2, señala una serie de disposiciones que no entran en el ámbito de aplicación de las indicadas en éste real decreto.

²⁰⁰ Anejo 1 Categoría de actividades e instalaciones contempladas en el art. 2 de la IPPC, núm. 1.1.

²⁰¹ Anejo 1 núm. 5.1.

²⁰² Directiva 2012/18/UE del Parlamento-Europeo y del Consejo, de 4 de junio de 2012 relativa al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas, conocida como “Directiva Seveso” - droga la anterior Directiva 96/82/CE del Consejo de 9 de diciembre de 1996 relativa al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas-. En su considerando (4) dice :” conviene sustituir la Directiva 96/82/CE para que el nivel de protección existente se mantenga e incluso mejore, haciendo que las disposiciones sean más eficaces y eficientes y, en la medida de lo posible, reduciendo las cargas administrativas innecesarias mediante la racionalización o la simplificación, siempre y cuando no se comprometa ni la seguridad ni la protección del medio ambiente y de la salud humana”.

Esta Directiva obliga a los EE.MM de la UE a que se identifiquen las zonas industriales con riesgos y a adoptar las medidas apropiadas para prevenir los accidentes graves en los que haya sustancias peligrosas, siendo el principal objetivo de la Directiva garantizar los niveles de protección de los EE.MM de la UE.

²⁰³ La presente Directiva se aplicará a los establecimientos tal y como se definen en su artículo 3, apartado 1.

-Instalaciones para las producciones de fundición o de aceros brutos -fusión primaria o secundaria-, incluidas las correspondientes instalaciones de fundición continua de una capacidad de más de 2,5 toneladas por hora -2.2-.

-Aplicación de capas de protección de metal fundido con una capacidad de tratamiento de más de 2 toneladas de acero bruto por hora -2.3c-.

-Fundiciones de metales ferrosos con una capacidad de producción de más de 20 toneladas por día -2.4-.

-Instalaciones químicas para la fabricación de productos químicos inorgánicos de base, como [...] -4.2-.

-Instalaciones químicas para la fabricación de explosivos -4.6-.

-Tercer nivel. Corresponde a un nivel de prioridad más bajo que el anterior, asignándose al resto de actividades incluidas en el Anexo III de la LRM.

Establecida la clasificación de prioridad, nos referiremos al calendario para la aprobación de las órdenes ministeriales, fijando la fecha a partir de las cuales será exigida la constitución de las garantías financieras obligatorias para las actividades que estén calificadas según los siguientes sectores:

Para las actividades comprendidas en el primer nivel de prioridad se llevarán a cabo entre los dos y tres años siguientes a la entrada en vigor de la ARM, es decir, las publicaciones se producirán entre 30 de junio 2013 al 30 de julio 2014²⁰⁴.

Para los de nivel con prioridad 2, -entre los tres y cinco años después de la publicación de esta orden- entre 30 de junio de 2014 y 30 de junio de 2016.

Por último, para los sectores de nivel 3 -entre cinco y ocho años siguientes a la publicación-, la publicación se producirá entre el 30 de junio de 2016 y el 30 de junio de 2019.

²⁰⁴ La entrada en vigor de la ARM 1783/201, según su Disposición final segunda. Entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE. La publicación de la citada orden se efectuó el 29 de junio de 2011 -BOE núm. 154-.

Estos plazos permiten a los sectores afectados, disponer de un amplio margen de tiempo para elaborar el correspondiente análisis de riesgos cuyo principal objetivo consiste en analizar y evaluar el riesgo ambiental, así como establecer las bases para una gestión adecuada de los mismos²⁰⁵.

En este nivel concreto, debemos tener presente que la orden ministerial supra, exime de establecer las garantías obligatorias por un periodo largo de tiempo, ello no quiere decir que nos exima del cumplimiento de la LRM y principalmente del principio que la inspira “quien contamina paga”.

²⁰⁵ Norma UNE 150008:2000 EX²⁰⁵, que se elevó a definitiva en marzo de 2008 como UNE 150008:2008 de Análisis y Evaluación del Riesgo Medioambiental, cuyo principal objetivo es detallar el método para analizar y evaluar el riesgo ambiental, así como establecer las bases para una gestión adecuada de los mismos.

Esta trata de la evaluación y análisis del riesgo medioambiental fue una norma pionera que sirvió como una herramienta útil a las partes interesadas, pero a causa de continuos cambios se ha hecho necesaria su revisión.

CAPÍTULO VI

BREVE EXAMEN COMPARATIVO DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN PAÍSES NO PERTENECIENTES A LA UE. -EE. UU. CANADÁ, ARGENTINA Y BRASIL-.

1. Introducción.

Como ya anteriormente dijimos, ante los graves problemas que afectan al medio ambiente, la mayoría de los Estados industrializados han tomado conciencia de ello, y para dar solución a los mismos establecen normas legales y disposiciones que puedan minimizar en lo posible el deterioro medio ambiental.

Un antecedente del reconocimiento del Derecho medioambiental como derecho fundamental de la persona, y la primera base sobre el que se sustenta, lo constituye el art. 25-1²⁰⁶ de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, reconociéndose de manera implícita y legítima el derecho de la persona a disfrutar de un medio ambiente sano y adecuado para el desarrollo del ser humano y de su hábitat.

Para tal propósito, la primea Conferencia de Naciones Unidas sobre el medio ambiente celebrada en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972, da el primer paso para el desarrollo de la política ambiental internacional. Así en su declaración de principios 1 expresa su convicción de que:

“El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras. A este respecto, las políticas que promueven o perpetúan el apartheid, la segregación racial, la discriminación, la opresión colonial y

²⁰⁶ Artículo citado en el Capítulo II de esta tesis.

otras formas de opresión y de dominación extranjera quedan condenadas y deben eliminarse”.

Y en su declaración de principios núm. 22 dice:

“Los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el Derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen a zonas situadas fuera de su jurisdicción”.

A la vista de la redacción de los dos principios transcritos, consideramos que ambos tienen especial importancia, puesto que a partir de su publicación se da el primer paso para el desarrollo de la política internacional del medio ambiente, marcándose así un punto de inflexión en el desarrollo de esa política.

Posteriormente, en la reunión de Asociaciones del Derecho ambiental celebrada en Limoges los días 13 al 15 de noviembre de 1990, entre las recomendaciones que se aprobaron, merece especial interés por su contenido el primer punto del número 4, que recomienda *“Que el derecho del hombre al medio ambiente debe ser reconocido a nivel nacional e internacional de una manera explícita y clara y los Estados tienen el deber de garantizarlo”.*

De esta declaración se deduce que el derecho del hombre a un medio ambiente equilibrado y sano, debe ser reconocido a nivel internacional de una manera clara y explícita. Hoy día es un derecho indiscutible que constituye un derecho fundamental del hombre reconocido constitucionalmente por la mayoría de los países, y, por ello, debe ser respetado.

En cuanto a este derecho, debemos decir, que guarda estrecha relación con otros derechos humanos, tales como: el derecho a la vida y el derecho a la salud.

En el mismo sentido se expresa la Conferencia de Naciones Unidas sobre el medio ambiente y desarrollo, conocida también como Cumbre de la Tierra

celebrada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992. En su Principios 1^o²⁰⁷ y 16^o²⁰⁸ se reiteraron algunos principios ya citados de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el medio ambiente ya mencionada supra y celebrada en Estocolmo, lo que generó efectos positivos para su reconocimiento.

Sin olvidarnos del Protocolo de Kioto -Japón-, del 11 de diciembre de 1997, cuyo principal objetivo consistía en la reducción de gases como: dióxido de carbono -CO₂-; óxido nitroso -N₂O-; metano -CH₄-; perfluorocarbonos -PF-; hexafluoruro de azufre -SF₆-. Con el fin de reducir la emisión de gases de efecto invernadero.

Partiendo de lo expuesto y refiriéndonos al Derecho Comparado, la mayoría de los Estados industrializados, reconocen un derecho a un medio ambiente sano, equilibrado, que sea apto para el ser humano y su hábitat, como un derecho fundamental.

Uno de los ejemplos de reconocimiento formal del derecho al medio ambiente adecuado lo encontramos en la Constitución de la República Federativa de Brasil 1988 de 5 de octubre. Varios de sus artículos hacen referencia al derecho a un medio ambiente adecuado. El artículo 225²⁰⁹ -dentro del Título VIII, relativo al orden social- proclama el medio ambiente como derecho perteneciente a las generaciones presentes y futuras. Por otro lado, se establece la evaluación de impacto ambiental con carácter obligatorio.

²⁰⁷ “Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”.

²⁰⁸ “Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales”. Principio que sirvió de base para la Directiva 2004/35/CE, sobre la Responsabilidad Medioambiental.

²⁰⁹ At. 225-1 de la Constitución de Brasil “*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem comum do povo e essencial à sadia qualidade de uso vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar para as gerações presentes e futuras*”.

Este reconocimiento constitucional impone a los Estados la responsabilidad de devolver a su estado natural el bien medioambiental dañado. Esta responsabilidad resulta de mayor exigencia para los más desarrollados industrialmente con el fin de proteger los recursos naturales, y mejorar las condiciones para el desarrollo y el bienestar de las personas que aspiran a una mejor calidad de vida.

A) Objetivos

Al tratarse de un tema tan extenso como es el Derecho Comparado medioambiental, no pretendemos realizar un estudio exhaustivo de los diferentes ordenamientos jurídicos de algunos países a los que haremos referencia. Simplemente se acude a ellos por tener un número de elementos de comparación con el nuestro y así poder comprender y desarrollar mejor la problemática que rodea al medio ambiente.

Nos limitaremos tan sólo a una breve enumeración y contenido de aquellos Derechos extranjeros -Estados no pertenecientes a la UE²¹⁰, v.gr. Estados Unidos, Canadá, Argentina y Brasil-, realizando un breve recorrido a través de sus constituciones y llevando a cabo una comparación jurídica de las soluciones que han adoptado para tutelar los intereses objeto de responsabilidad medioambiental frente a nuestro Ordenamiento.

B) Estados Unidos

La Constitución Federal estadounidense data del 17 de septiembre de 1787, y está considerada como la más antigua de las que actualmente están en vigor. En

²¹⁰ En referencia a los Estados perteneciente a la UE, ya hemos hecho mención anteriormente en los epígrafes b) y ss., del Capítulo II de esta tesis.

ella no se reconoce de manera explícita el derecho de los ciudadanos a disfrutar de un medio ambiente sano y sostenible, tal como sucede en la constitución española y en la mayoría de las constituciones de los países desarrollados.

Ello no resulta extraño puesto que en los Estados Unidos han adoptado el sistema de Derecho anglosajón -con excepción del Estado de Luisiana por su herencia francesa-, el cual está fundamentalmente desarrollado a partir de interpretaciones jurisdiccionales de las leyes y la constitución.

En EE. UU., debido a su desarrollo y crecimiento industrial, la preocupación de los norteamericanos por la protección del medio ambiente ha ido incrementándose, desarrollándose una legislación amplia sobre el tema que nos ocupa. De hecho, es a partir de la década de los años sesenta del siglo pasado cuando más enérgicamente ha reaccionado en defensa de dicho medio, creando la primera ley en materia ambiental en 1969 “*National Environmental Policy Acts*” -conocida por sus siglas en inglés NEPA-²¹¹. A través de ella se instaura la obligación del gobierno federal de restaurar y mantener la calidad del medio ambiente.

Esta ley impulsó la creación de la Agencia Federal Environmental Protection Agency -conocida como la EPA-²¹² para regular todas las actividades que estén relacionadas con el medio ambiente. Es decir, abarca en gran parte el control de la política medioambiental de los EE. UU.

²¹¹ Fue una de las primeras leyes que se han escrito sobre la materia. Establece el marco general nacional para la protección del medio ambiente. Después de su promulgación, fue reformada en el año 1975.

²¹² Es una agencia dependiente directamente de la oficina ejecutiva del presidente de EE.UU. Creada en 1970, es la encargada de ejecutar la ley, clasifica los lugares donde se debe restaurar el medio ambiente e identifica a los responsables obligados a su saneamiento. La EPA agrupa hasta 10 Agencias independientes -Boston, Nueva York; Philadelphia, Chicago, Kansas, Atlanta, Dallas, Seattle, San Francisco y Denver-. Vid. [://www.epa.gov](http://www.epa.gov). consulta realizada el 18-04-2016.

Las leyes federales importantes de este país que rigen el ordenamiento jurídico en materia ambiental son las siguientes:

Ley de Agua Limpia -*Clean Water Act.* 1972); Ley de Aire Limpio -*Clear Air Act.* 1990-; Ley de Conservación y Recuperación de Recursos -*The Resource Conservation and Recovery Act.* 1976-, Ley sobre la Respuesta Ambiental Comprensiva, Indemnización y Responsabilidad -*The Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act.* 1980- y la Ley sobre control de sustancias tóxicas -1976-.

Mediante la acción correctiva de limpieza diseñada para la protección de la salud pública y el medio ambiente, el programa Superfund²¹³, es un programa diseñado para financiar la limpieza de las áreas contaminadas, identifica, atiende y ‘monitorea’ el estado de contaminación de estos lugares, y crea un plan integral-conjunto para la limpieza de estos, asegurando la salud y bienestar de las comunidades aledañas que pueden verse afectadas ante el estado actual o durante la limpieza.

Debemos precisar que la responsabilidad por la protección de dicho medio recae fundamentalmente en los Estados federales. Algunos de ellos incluyeron cláusulas en sus respectivas constituciones referidas precisamente al reconocimiento de la protección medioambiental y del derecho humano a un ambiente sano como un derecho consagrado a escala constitucional, si consta en

²¹³Ofrece guías Programa que sirven para localizar, investigar y limpiar algunas de las zonas más peligrosas y altamente contaminadas del país. Superfund nombre establecido por la CERCLA en 1980 para identificar y posteriormente limpiarlos de productos tóxicos.-V.gr. Love Canal en Niagara y Times Beach-.

las constituciones de los siguientes Estados: Estado de Illinois²¹⁴ y Estado Pennsylvania²¹⁵-.

Por el contrario, los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Supremo Federal sobre estas cuestiones siempre han negado reconocer dichos derechos en el texto constitucional, en base a la interpretación de las Enmiendas IX²¹⁶ o XIV²¹⁷. De ahí que algunos Estados de la Unión incluyan en sus constituciones alguna cláusula reconociendo la protección al medio ambiente, como los ya citados.

En los Estados Unidos de América, hay más de un sistema de responsabilidad medioambiental, pero hay que mencionar por ser el más relevante, el contenido en la “*Comprehensive Environmental Response Compensation and liability Act*, de 1980, conocido como CERCLA²¹⁸. Es el sistema que más se semejaría a la Directiva 2004/35/UE y la LRM española.

La CERCLA no es ni mucho menos el régimen de responsabilidad medioambiental predominante en los EE.UU, opera en los supuestos en los que no se puede identificar al verdadero sujeto responsable de los daños, siendo su principal objetivo asegurar que todos los poderes públicos den la debida consideración al medio ambiente, antes de emprender cualquier acción federal

214 Art. XI “*The state and its citizens have a responsibility to maintain a healthy environment. The general assembly must enact laws so that this right is fulfilled*”..

215 Vid. Art. 1 y 27. *Alude expresamente a que los recursos naturales públicos. “Are common property of all must enact laws so that this right is fulfilled”*.

216 *The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people. Vid. [http://constitution.findlaw.com/amendments,htm1](http://constitution.findlaw.com/amendments.htm1).*

217 Section. 1. *The right of citizens of the United States to vote in any primary or other election for President or Vice President, for electors for President or Vice President, or for Senator or Representative in Congress, shall not be denied or abridged by the United States [...]. [.http://constitution.findlaw.com/amendments,htm1](http://constitution.findlaw.com/amendments,htm1).*

218 Nace el 11 de diciembre de 1980 como consecuencia de uno de los mayores desastres medioambientales ocurridos en Estados Unidos, conocido como Love Canal, ocurrido en Niagara Falls – Nueva York-. Originado por la empresa química Hooker Chemical&Pasties Corporation que enterró en una zanja 20.000 toneladas de productos químicos. El régimen de responsabilidad establecido en la CERCLA, permitió responsabilizar a la compañía que originó el desastre medioambiental, en base a la disposición que en ella contenía de “responsabilidad retroactiva”.

importante que afecte de manera significativa a dicho medio, exigiendo a todas las Agencias federales los estudios de impacto ambiental pertinentes para cualquier acción que pueda afectarle.

La responsabilidad impuesta por la CERCLA en materia de contaminación aporta soluciones similares al sistema o régimen español, tanto en el procedimiento como en la regulación de la responsabilidad. No obstante, el sistema americano es más amplio que el nuestro, en el sentido de que regula las acciones privadas, mientras que en nuestra Ley -RM- se remite solo a esa materia en su art. 5²¹⁹ para el uso de acciones privadas “*o cuales quiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales*”.

En lo concerniente al sistema de análisis y valoración de los daños medioambientales señalado en el RD 9/2005, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados, es análogo al sistema establecido en la CERCLA; este dispone de dos sistemas de procedimiento, uno tan sólo requiere un mínimo de investigación y otro, más complejo, que incorpora protocolos y metodologías diversas para la determinación de los daños medioambientales.

Partiendo de lo expuesto anteriormente, deducimos que el régimen de responsabilidad medioambiental -CERCLA- establecido en EE. UU, es más amplio que el instituido por la Directiva 2004/35/UE, y, por consiguiente, en la LRM española por los siguientes motivos:

-La tipología de daños es más amplia que en esta última.

²¹⁹ Art. 5-1 de la LRM “*Esta Ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental. Tales acciones se registrarán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación*”.

-No hay límite económico para la responsabilidad medioambiental.

-En los EE. UU, el daño a las personas civiles y a sus propiedades causado por contaminación, es abordado por los diferentes sistemas y procedimientos estatales de responsabilidad civil. Sin embargo, en materia de contaminación del agua y suelo, se aplica la *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act. 1980 -CERCLA-*. -Nuestra LRM pretende ser una especie de derecho común para casi la totalidad de los daños medioambientales; por el contrario, la CERCLA, es más limitada y no cubre todos los daños medioambientales citados en la LRM.

La CERCLA establece un sistema de responsabilidad objetiva retroactiva e ilimitada. Es decir, al operador que pretenda desarrollar una actividad que pueda originar un grave daño ambiental, le corresponde demostrar que dicha actividad no causará tal gravedad a dicho medio. Es ilimitada en lo referente al carácter indemnizatorio del daño ambiental, tanto en las medidas de prevención como en las de reparación.

En el sistema español la Ley de Responsabilidad Medioambiental establece una responsabilidad objetiva y directa, es decir, no entra a valorar si el causante del daño actuó culposa o dolosamente. Aplicándose la responsabilidad a los operadores cuyas actividades sean más proclives a ocasionar graves daños al medio ambiente.

La responsabilidad es ilimitada, al igual que lo es el sistema de responsabilidad medioambiental impuesto por la CERCLA por obligar al operador a asumir el coste total de los recursos naturales por él dañados²²⁰, incluyendo tanto en las medidas de prevención como en las de reparación.

²²⁰ Vid. Párrafo 4 de la exposición de motivos de la LRM.

Respecto a las garantías financieras, el sistema americano (CERCLA) establece dichas garantías en 300 dólares USA por tonelada a los propietarios de los buques, y para las instalaciones, la cantidad que debe ser cubierta es de dos millones para accidentes, y seis millones de dólares para los daños de contaminación.

La LRM obliga a la constitución de las garantías a los operadores que sean más propensos a ocasionar daños graves al medio ambiente, incluidos la mayoría de los especificados en su Anexo III de conformidad con su art. 26, pudiendo ser cubiertos mediante aval bancario, póliza de seguros y reserva técnica a través de un fondo *ad hoc*.

C) Canadá

Canadá según su Constitución de 1867 no reconoce explícitamente un derecho al medio ambiente sano, limpio y equilibrado para sus ciudadanos. No obstante, la falta de dicha mención no ha evitado que se realizasen intentos tanto doctrinales como jurisprudenciales para reconocer dicho derecho, ejemplo de ello es la Ley Constitucional de 1982²²¹ que en su parte primera “Carta de Derechos y Libertades” número 7, afirma: “*Toda persona tiene derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona y el derecho a no ser privado de ella, excepto de conformidad con los principios de justicia fundamental*”²²².

Este reconocimiento del derecho humano a la vida y a la seguridad corporal han sido aceptados y personalizados por el Derecho internacional, tal como lo contempla la Declaración Universal de las Naciones Unidas sobre los Derechos

²²¹ Ley entró en vigor el 17 de abril de 1982 y puso término a la supremacía de la legislación británica sobre Canadá. Fue proclamada por la Reina de Inglaterra Isabel II el 17 de abril de 1982 en Ottawa-. Entró en vigor el mismo día de su proclamación. y rechazada por el gobierno de Quebec.

²²² “*Everyone has the right to life, Liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice*”

Humanos que Canadá ha firmado y que está recogida en la Sección 7ª de la *Canadian Charter of Right and Freedoms*. -Carta de Derechos y Libertades de Canadá-.

Hasta finales de los años 80, la relación entre el estado federal y las provincias en materia medio ambiental se sitúa dentro de un marco de cooperación, debido a que la federación no intervenía en los asuntos relacionados con los recursos naturales, limitándose sólo a ofrecer a las provincias asistencia técnica. Para mantener esta situación, se creó el “Consejo Canadiense de Ministros de Medio Ambiente”²²³ está formado por los ministros de medio ambiente de los gobiernos federal, provincial y territorial.

Para resolver los conflictos intergubernamentales que pudieran surgir en materia de medio ambiente entre el gobierno federal y el de la provincia, armonizando programas, políticas y procesos de valoración ambiental.

Como consecuencia de la estructura política de Canadá de naturaleza federal-provincial, no existe una ley única para la protección del medio ambiente. De hecho, al no tener una competencia específica en materia de medio ambiente, hace difícil articular un dominio específico sobre esta materia. En el contexto ambiental, el sistema de distribución de competencias canadiense permite la intervención tanto al Parlamento federal como al gobierno de las provincias según las funciones asignadas para cada uno de ellos.

No obstante, el gobierno federal también tiene un conjunto de leyes que contienen disposiciones de protección ambiental²²⁴, las cuales están diseñadas

²²³ Con el propósito de dar solución a los conflictos intergubernamentales que se originaban en materia medioambiental, entre el gobierno federal y el de las provincias, se rea en 1964 un foro de discusión y consulta que con el tiempo, iría cambiando de nombre, hoy día se conoce cómo “Consejo Canadiense de Ministros del Medio Ambiente”.

²²⁴ Ley de Transportes de Productos Peligrosos -*Transportation of Dangerous Goods Act*, 1992-. Ley de Pesca (*Fisheries Act*, 1985). Ley de Protección de Flora y Fauna Silvestres y de Regulación de Comercio Internacional e Interprovincial -*Wild Animal and Plant Protection and Regulation of*

expresamente para protegerlo. A lo que debemos adicionar las disposiciones legales que emanan de las provincias o territorios, y regulan negocios y actividades específicas, como la Ley de contaminación de aguas árticas, la Ley de embarque del Canadá y la Ley del control de insecticidas. Así como también la responsabilidad de las leyes cuyo objetivo es la protección de la vida silvestre y su hábitat.

Así se reconoce en la Enmienda Constitucional de los Recursos del año 1982, que facultó a las provincias a decidir acerca de la explotación y aprovechamiento de los recursos naturales ubicados en su territorio²²⁵. De hecho, algunos de ellos dieron respuesta a ese derecho, ejerciendo sus propios poderes jurídicos elaboraron leyes donde se recoge el mismo, tales son los casos de Quebec²²⁶ y Ontario²²⁷.

En el caso de la provincia de Quebec, se otorga a sus habitantes el derecho a un ambiente sano, a su protección y a la de las especies que lo habitan. mediante la ley “*Loi sur la qualité de l’environnement*,”²²⁸

En similares términos se expresa la Declaración de Derechos Ambientales -*Environmental Bill of Rights*- de Ontario. aprobada en 1994, y que entró en vigor al año siguiente. Ley que prevé una base adicional para admitir que los habitantes

International and Interprovincial Trade Act, 1996- y Ley Canadiense de protección Ambiental - *Canadian Environmental Protection Act 1999*-.

²²⁵ Sección A de la Constitución de 1.982.

²²⁶ Vid. Acta de Calidad Ambiental -Ss 19.1-, donde se prevé que todas las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable y a su protección y a la protección de las especies que lo habitan.

²²⁷ Vid. Acta de Protección Ambiental de Ontario -Ss. 87- de la “*Canadian Charter of Rights and Freedoms*”, afirmando que todos tienen el derecho a la vida, libertad, la seguridad corporal y el derecho de no ser privados de ello. Sin olvidar que en esta provincia rigen ordenamientos sobre el medio ambiente tales como: la Ley de la Carta de Derechos Ambientales de Ontario “*Environmental Bill of Rights Act*”, Ley de Evaluación Ambiental de Ontario “*Environmental Assessment Act*” y la Ley de recursos hidráulicos “*Water Resources Act*”.

²²⁸ El 23 de marzo de 2018 marca la entrada en vigor de la nueva Ley de Calidad del Medio Ambiente (EQA) y el comienzo de la implementación gradual de un nuevo régimen de autorización ambiental. El nuevo EQA se basa en proporcionar a Quebec un régimen de autorización claro, predecible y optimizado que cumpla con los más altos estándares de protección ambiental.

de Ontario tienen derecho a un medio ambiente saludable y sostenible incluyendo la protección de los seres vivos que habitan en su territorio.

La legislación en materia ambiental del Canadá está contenida principalmente en la Ley federal de Protección Ambiental –“*The Canadian Environmental Protection Act* de 1999”-LCPMA-²²⁹ conocida como “CEPA”, que busca proteger el medio ambiente y la salud del ser humano y su hábitat. Está diseñada para prevenir la contaminación de todos los medios, incluyendo el aire, el agua y la tierra. En ella se establece que la Federación asuma un papel importante en la protección del medio ambiente, en especial la regulación del transporte de sustancias tóxicas y peligrosas y la eliminación de residuos tóxicos. Insta un sistema de evaluación y regulación para este tipo de sustancias.

Esta ley citada –“CEPA”- otorga al gobierno federal poderes significativos para proteger a los canadienses y al medio natural de contaminación, principalmente la causada por sustancias tóxicas.

Debemos señalar que en 1988 se creó la Ley canadiense de Protección al ambiente – *Canadian Environmental Protection Act.*-, la cual planteaba que la federación asumiera un papel más importante en la defensa del medio ambiente, lo que originó una férrea oposición por parte del gobierno de las provincias, debido a que el bienestar económico de estas dependía fundamentalmente de la explotación de sus recursos naturales en el ámbito de su territorio, por estar estos

²²⁹La LCPMA original era una compilación de otras leyes ambientales – Abarcaba diversas fuentes de contaminación e incluía un marco para la gestión del ciclo de vida y el control de las sustancias tóxicas – Fue actualizada en 1999 para ampliar su alcance y herramientas, incluido los plazos para adoptar medidas relativas a las sustancias tóxicas • En lo esencial, la LCPMA de 1999 es una ley habilitante – Incluso cuando la LCPMA obliga a tomar medidas, por lo general ofrece una amplia gama de opciones/herramientas • Muchas disposiciones de la LCPMA de 1999 son administradas conjuntamente por el Ministro del Medio Ambiente y el Ministro de Salud. Después, de una extensa revisión de la anterior Ley canadiense “Para la protección del medio ambiente de 1988”, fue aprobada la ley federal del medio ambiente de 1999, después de un amplio debate parlamentario, fue puesta en vigor el 31 de marzo del año 2000. considerada como piedra angular de esta materia. Entre sus principales objetivos figura: garantizar que las sustancias consideradas más peligrosas sean eliminadas gradualmente. Mejorar la aplicación de las leyes y reglamentos y adoptar el desarrollo sostenible como objetivo general.

ligados al bienestar de sus habitantes. Es por ello, que el Consejo canadiense de ministros del Medio Ambiente interviene con el objetivo de limar asperezas, consiguiendo que el gobierno federal se comprometiera a no ejercer acciones unilaterales acordando aplicar la CEPA mediante acuerdos de equivalencia, estableciendo que, si alguna de las provincias aplicara medidas de regulación equivalentes a las del gobierno Federal, sólo sería válida la ley de las provincias.

No obstante, la protección del medio ambiente recae fundamentalmente en los gobiernos provinciales. Así se reconoce en la Enmienda Constitucional de los Recursos del año 1982 que facultó a las provincias a decidir a cerca de la explotación y aprovechamiento de los recursos naturales ubicados en su territorio²³⁰. De hecho, el Consejo de Ministros de Medio ambiente – Canadian Council of Ministers of the-, a excepción de Quebec²³¹. firmó el acuerdo donde se exhorta a los gobiernos de las provincias a trabajar conjuntamente en materia medioambiental.

Respecto a la evaluación ambiental en el Canadá, no debemos olvidar la Ley de Evaluación Ambiental de Canadá “*Canadian Environmental Assessment Act*” -CEAA-, de 29 de junio 2012-. Constituye la base normativa para la evaluación de impacto ambiental. Fue proyectada para coordinar y garantizar que los órganos federales, en sus tomas de decisiones sobre nuevos proyectos de desarrollo bajo la jurisdicción federal y antes de proceder a su ejecución, tengan en cuenta la problemática ambiental y los impactos de estas actividades sobre las cuales se va a proceder a la evaluación, no causando daños ambientales adversos y significativos, además de los permitidos por la ley.

Su objetivo, por tanto, consiste en garantizar que los proyectos en los que los gobiernos federales hagan concesiones de terrenos y financien o ejerzan

²³⁰ Sección A de la Constitución de 1.982.

²³¹ Esta provincia, dispone de su propio Código Civil.

autoridad para aprobarlos, no tengan efectos negativos para el medio ambiente. Para ello establece que, en toda evaluación ambiental, se debe valorar el impacto de la actividad que se evalúa, y que no afecte gravemente al medio natural, ni a los pueblos indígenas²³². Canadá pone especial cuidado en todo lo referente a mantener los derechos de estos pueblos relativos al patrimonio, a los usos tradicionales de sus tierras y al mantenimiento de su cultura.

Debido a ello, el nivel alcanzado de protección ambiental no es igual en cada provincia. Se puede decir en términos generales que cada provincia y territorio cuenta con disposiciones que regulan materias como: evaluación de impacto ambiental, el manejo de desechos, las normas de agua potable y la conservación de tierras.

Sin entrar en el análisis de sus principales normas legales en materia de la legislación ambiental federal, se hace necesario citar por su importancia:

- Ley Canadiense de Protección Ambiental, de 1999 “*Canadian Environmental Protection Act*”, -CEPA-, o “*Loi canadienne sur la Protection de l’environnement*” -LCPE 1999-. Pretende convertir la prevención de la contaminación en el enfoque privilegiado de la protección ambiental - citada anteriormente-.

-Ley de Transporte de Productos Peligrosos “*Transportation of Dangerous Goods Act*” -TDGA-, 1992²³³, se aplica a la manipulación y transporte de productos peligrosos por cualquier vía dentro de territorio de Canadá. Este Acta complementa los estatutos provinciales relacionados con el transporte de productos peligrosos por carreteras provinciales.

²³² En el art. 5 de la Ley citada, establece que, en toda evaluación ambiental, deberá tenerse en cuenta el impacto que sobre el pueblo indígena pueda tener el objeto de la evaluación.

²³³ Modificada el 01-01-2017.

Ley de Pesca federal “*Fisheries Act*” -FA-) 1985, se interesa mayormente por la protección y administración de los recursos pesqueros de Canadá. Tiene validez sobre las aguas de pesca canadienses, incluyendo las zonas pesqueras de Canadá, aguas territoriales, y aguas internas.

De acuerdo con esta ley, los trabajos o actividades realizados por una persona o sociedad que altere, perturbe o cause daños al hábitat acuático constituyen un delito.

Por último, tanto Canadá como España mantienen un alto nivel de protección del medio ambiente.

En Canadá destaca la ya citada Ley Canadian Environmental Protection Act -CEPA 1999-, por ser la piedra sobre la que se asienta la legislación ambiental federal, y por instaurar en la misma las obligaciones del Gobierno federal para proteger el medio ambiente, y tomar las medidas de prevención y reparación en caso de amenazas graves referidas al medio ambiente.

En parecidos términos se expresa el art.45-1 de nuestra Carta Magna “*Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo*”. Se trata de un derecho subjetivo de naturaleza constitucional, donde la persona tiene el derecho a disfrutar de un medio ambiente sano, y la obligación de preservarlo de todo deterioro en beneficio de generaciones venideras.

Como conclusión, diremos que, debido a su sistema de descentralización, el Estado canadiense permite al gobierno de cada provincia crear políticas medioambientales adecuadas a sus propias necesidades.

D) Argentina

Como cualquier otro país con estructura federal, la legislación ambiental está dispersada en diversas leyes que tratan de problemáticas medioambientales específicas.

La República Argentina se rige por una Constitución nacional, sancionada en 1855, la cual ha sido reformada en diversas ocasiones -1860, 1866, 1899 y 1994-. Es a partir de esta última reforma cuando se consagra expresamente la protección del medio ambiente y concretamente en el párrafo primero de su art. 41, donde se establece:

“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”.

Prosigue el mismo artículo en su párrafo 3º diciendo:

“Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos²³⁴ de protección ambiental y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales”.

De su lectura se deduce que todos los ciudadanos argentinos tienen derecho a disfrutar de un ambiente sano y equilibrado que sea apto para el desarrollo humano y que el Estado de la nación tiene el deber de protegerlo.

Nuestro texto constitucional con referencia al medio ambiente se expresa en parecidos términos que el argentino, puesto que en su apartado primero del art.

²³⁴ Según su art. 6, se entiende por presupuesto mínimo *“Se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable”.*

45, alude al derecho de todos “*a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo*”.

El texto constitucional argentino en su art. 41 se inicia con una expresión similar. Ambos preceptos, en base a una solidaridad colectiva, imponen la obligación de una buena utilización de los recursos naturales, así como el deber de todos -incluidos los Estados- de conservarlos.

El Estado argentino, en base a las atribuciones que le confiere el art. 41 párrafo 3 -supra- de su Constitución al Congreso Nacional, promulgó una ley específica para el medio ambiente con el título “*Ley General Ambiental*” -LGA- núm. 25.675, sancionada el 6 de noviembre de 2002²³⁵, la cual fue creada con el fin principal de establecer presupuestos mínimos²³⁶ para la mejor gestión de un medio ambiente sano y sostenible, preservación y protección de la diversidad biológica.

La LGA se presenta como una “ley marco” para todo el territorio nacional. A partir de la misma, se constituirán las normas ambientales sectoriales que servirán de estructura para todas las reglas ambientales que se dicten en consecuencia, y que aseguren la protección del medio ambiente.

Las provincias o los órganos sectoriales son los que elaboran sus propias normas referentes al impacto medioambiental -v.gr. La provincia de Buenos Aires con el Decreto 1741/96, establece los requisitos necesarios para la protección

²³⁵ Está disponible en www.infoleg.gob.ar/.

²³⁶ Art. 6 LGA “*Se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable*”.

ambiental para mejorar la calidad de vida de la población y promover el desarrollo sostenible-.

La ley a través del Consejo Federal del Medio Ambiente -COFEMA-²³⁷, persigue los objetivos establecidos en su art. 2, de su Acta Constitucional, de entre ellos citamos:

-Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas.

-Conservación y reparación de los recursos naturales.

-Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria.

-Fomentar el uso racional de los recursos naturales.

-Establecer la coordinación entre las diferentes jurisdicciones para implantar y mejorar las políticas ambientales y asegurar la conservación de la diversidad biológica.

En cuanto a la competencia su art. 7 se la asigna a los tribunales ordinarios según la materia, territorio y persona.

En el art. 8 de la ley se establecen los instrumentos de política y gestión ambiental entre los que citamos: el ordenamiento ambiental del territorio, la evaluación de impacto ambiental, el sistema de diagnóstico e información y la educación ambiental.

²³⁷ Organismo que está considerado como eje central del ordenamiento medioambiental de la Argentina, cuya misión principal consiste en coordinar las políticas medioambientales generadas por las provincias autónomas y la Nación.

En su art. 9²³⁸ sitúa al COFEMA como eje central del ordenamiento ambiental de la Argentina, considerándolo como un instrumento válido para coordinarlo, para lo cual se le asigna la función de reorganizar los intereses ambientales de los distintos sectores provinciales entre sí y de éstos con la Administración Pública.

El art. 11 insta la obligatoriedad de efectuar la evaluación del impacto ambiental previo a cualquier actividad que sea susceptible de provocar un daño grave al medio ambiente. Igualmente garantiza la obligatoriedad de suscribir un seguro ambiental y un fondo de restauración y determina la responsabilidad objetiva para todos aquellos que hayan causado un daño ambiental.

Esta norma jurídica se considera preferente sobre cualquier otra cualquiera en esta materia, de manera que las demás leyes no se pueden oponer a las disposiciones contenidas en la misma. Es una ley que se utiliza para la interpretación y aplicación de la legislación específica ambiental.

En comparación con nuestra LRM, podemos decir que se asemejan en el sentido de que concede tutela jurídica ambiental a todo el territorio argentino -art. 3- ley 25.675 -2002-²³⁹ y persigue objetivos similares, tales como: conservación, recuperación y mejoramiento de los recursos naturales.

Existe una diferencia con arreglo a la legislación española en referencia al daño ambiental fronterizo, consistente en que la LRM sí recoge el citado daño,

²³⁸ “El ordenamiento ambiental desarrollará la estructura de funcionamiento global del territorio de la Nación y se generan mediante la coordinación interjurisdiccional entre los municipios y las provincias, y de éstas y la ciudad de Buenos Aires con la Nación, a través del Consejo Federal de Medio Ambiente -COFEMA-; el mismo deberá considerar la concertación de intereses de los distintos sectores de la sociedad entre sí, y de éstos con la administración pública”.

²³⁹ “La presente ley regirá en todo el territorio de la Nación, sus disposiciones son de orden público, y se utilizarán para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia, la cual mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidas en ésta”.

mientras que en Argentina no existe aún una ley que proteja o regule este tipo de daño ambiental.

En relación con el seguro medioambiental, la LGA en su art. 22²⁴⁰ fija en parecidos términos y con el mismo fin que la LRM la obligación de contratar un seguro a toda persona física o jurídica que por sus actividades pueda generar un grave daño al medio ambiente.

E) Brasil

La legislación ambiental brasileña es una de las más avanzadas del mundo. En su Constitución Federal de Brasil de 1988, dedica al medio ambiente el Título VIII, el Capítulo VI en su art. 225 dice:

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Además de este artículo, la Constitución contiene otras directrices complementarias relacionadas con el medio ambiente como las establecidas en los artículos 23-VII²⁴¹, 24-VIII²⁴², 129-III²⁴³ y 170-VI²⁴⁴.

²⁴⁰ “Toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, deberá contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir; asimismo, según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación”.

²⁴¹ “preservar as florestas, a fauna e a flora”.

²⁴² “responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

²⁴³ “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

²⁴⁴ “Defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”.

Así las diferentes leyes, decretos y reglamentos contribuyen a una base sólida de política medioambiental, con la pretensión de reducir al mínimo los graves daños medioambientales que puedan ser generados en el ámbito del territorio brasileño.

La norma constitucional tiene como precedente la Ley Federal núm. 6.938 de 31 de agosto de 1981 de la Política Nacional del Medio Ambiente, que introduce en el sistema jurídico brasileño la noción del medio ambiente como patrimonio público²⁴⁵. Su art. 2,²⁴⁶ en sus diversos apartados, contempla los objetivos que persigue la política medioambiental brasileña.

Es la primera vez que en este país se le atribuyó al medio ambiente el carácter de patrimonio público que debe ser protegido.

En 1981 se crea el Consejo Nacional de Medio Ambiente²⁴⁷, que persigue tres objetivos:

- Elaborar directrices de políticas gubernamentales en materia de medio ambiente y recursos naturales.

- Asesorar en normas que sean compatibles con este medio y que sean fundamentales para la calidad de vida del ser humano, así como proponer al Consejo de Gobierno las directrices políticas en materia de medio ambiente.

- Deliberar, en el ejercicio de sus competencias, sobre normas y modelos que sean compatibles con un medio ambiente ecológicamente equilibrado,

²⁴⁵ Art. 2-1 de la Lei núm. 6.938, DE 31 de agosto de 1981 “*Ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meioambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo*”.

²⁴⁶ “a) *Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas; b) Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria*”.

²⁴⁷ El sistema está formado por órganos tales como: Consejo de Gobierno, Consejo Nacional de Medio Ambiente -consultivo y deliberatorio-, Instituto brasileño de Medio Ambiente y Recursos Naturales -ejecutivo- y Ministerio de Medio ambiente.

esencial para una vida saludable, y llevar a cabo otras acciones y actividades que correspondan a sus fines.

Tanto España como Brasil, ambas naciones buscan proteger el medio ambiente con instrumentos jurídicos parecidos. Por parte de Brasil la Acción Civil Pública -Ley 7.347/1985 de 24 de julio-²⁴⁸, es un importante instrumento para la protección del medio ambiente.

Para que los ciudadanos puedan invocar la citada Ley 7.347/1985, éstos tienen que interponer la demanda en el lugar donde acontecieron los daños medioambientales ante el Ministerio Fiscal, órgano competente para resolverla. De lo que se deduce que el Ministerio Fiscal es pieza fundamental en este proceso, sí él entiende que no hay causa suficiente donde apoyar la argumentación de los hechos para interponer una acción civil pública -esta acción es de suma importancia para la defensa del medio ambiente-, podrá cerrar la investigación y remitirla al Consejo Superior del Ministerio Fiscal.

En Brasil, la responsabilidad ocasionada por un daño ambiental se considera objetiva en base al art. 14-“§ 1º de la Ley Federal 6.938/81²⁴⁹ “ *Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade*”.

Al igual que la LRM española, que instaura la responsabilidad objetiva, responde al principio “quien contamina, paga” imponiéndosela al operador al margen de culpa, dolo o negligencia en el que este pudiera incurrir en su comportamiento.

²⁴⁸ Disponible en: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm.

²⁴⁹ Disponible en: www.oas.org/dsd/fida/laws/legislation/brazil/brazil_6938.pd.

Con respecto a la evaluación ambiental, en Brasil la ley citada *-supra-* en su artículo 9²⁵⁰, considera la evaluación del impacto ambiental como un instrumento valioso de la política ambiental al igual que sucede en España, puesto que, en nuestro país, entre los instrumentos de protección del medio ambiente, la evaluación del impacto ambiental es uno de los más importantes²⁵¹.

Partiendo de lo expuesto anteriormente, podemos concluir diciendo, que no se perciben grandes diferencias en las normativas brasileñas sobre el medio ambiente comparadas con las españolas, salvo cuestiones específicas.

²⁵⁰ “*São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: III - a avaliação de impactos ambientais*”.

²⁵¹ En España la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, en su exposición de motivos justifica dicha importancia afirmando que resulta imprescindible para la protección del medio ambiente.

CAPITULO VII.

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE.

1. INTRODUCCIÓN

Pese a la extensión y actualización de las diferentes normativas sobre la protección del medio ambiente, no se ha podido prevenir ni reparar con verdadera eficacia la reiterada producción de accidentes medioambientales, algunos de ellos de extrema gravedad como los ocurridos en nuestro país²⁵².

Ello ha puesto de manifiesto la necesidad de disponer de una normativa exclusiva referida el medio ambiente, que instrumente nuevos sistemas que puedan servir para evitar, prevenir y asegurar con eficacia la reparación de dicho medio.

Como ya hemos dicho en los capítulos precedentes, estimamos que dicha función la aporta en gran medida la Ley 26/2007 de 23 de octubre, de Responsabilidad Medio Ambiental.

Con ella se pretende llenar las lagunas que existían en nuestro ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad medioambiental, intentando superar las insuficiencias del sistema civil sobre la conservación y reparación del medio ambiente.

²⁵² El petrolero Urquiola entrando en el puerto de La Coruña el día 12 de mayo de 1976, rompió su casco y vertió 100.000 toneladas de crudo al mar. Para el abono de indemnizaciones por daños y perjuicios sufridos por mariscadores y cofradías de pescadores como consecuencia del hundimiento del buque, se concedió un crédito extraordinario por importe de 923.083.545 pesetas mediante la Ley 13/1990, de 12 de noviembre -publicada en el BOE núm.272 de 13/11/1990-. No ha sido la única marea negra ocurrida en estas costas. Mar Egeo 4 de diciembre de 1992, embarrancó de madrugada frente a la entrada de la bocana del puerto de La Coruña, provocó el vertido al mar de la casi totalidad de la carga, 79.096 toneladas de petróleo crudo tipo *Brent*, y otros ya citados anteriormente, entre los que ya se ha mencionado la catástrofe del “Prestige”.

2. CARACTERES DEFINIDORES DE LA RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL

Con la entrada en vigor de la LRM, España se incorpora al grupo de países europeos que tratan de corregir dichos problemas o, al menos, aportar algunas soluciones efectivas a los mismos.

De hecho, desde su promulgación se ha demostrado que constituye una valiosa herramienta legal para la prevención, evitación y reparación²⁵³ de los daños medioambientales ocasionados por el “operador”, justificándose dicha responsabilidad bajo el principio “quien contamina paga”²⁵⁴.

La concienciación de la sociedad por el deterioro del medio ambiente ha hecho surgir una nueva preocupación en la Administración y en el mundo empresarial, que entiende que el medio ambiente no contaminado y deteriorado es un valor que necesita ser protegido por el propio bien de la subsistencia del ser humano y de su hábitat, puesto que la vida del hombre se ve afectada por su medio y más cuando su supervivencia y desarrollo dependen de él. Es por ello que la preocupación por preservar este medio constituye uno de los grandes problemas a los que se enfrenta la Administración pública, además de poner todos los medios necesarios para recuperar el medio ambiente ya dañado.

²⁵³ Conviene poner de manifiesto que el concepto y alcance de la reparación del daño ambiental, es diferente en función del objeto de protección, es decir, si se trata de daños a las especies silvestres, hábitats, a las aguas o riberas del mar o 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 -estado básico-, teniendo en cuenta los criterios que se recogen en el Anexo I. Por el contrario, si se trata del suelo, las medidas de reparación consistirán en la eliminación de organismos o microorganismos nocivos, de forma que el suelo afectado deje de suponer una amenaza significativa para la salud y el medioambiente.

²⁵⁴ Vid. Art. 1 de la LRM. Es uno de los principios rectores del Derecho europeo en materia de medio ambiente, llegando a ser básico en la aplicación de la responsabilidad medioambiental en el ámbito de la Unión Europea. En su origen -año 1960-, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico en 1970, lo usó como principio orientador en materia de política ambiental y más tarde se convertiría en el principio fundamental de dicha materia. Siendo su principal razón el tratar de que el elevado coste que supone la protección del medio ambiente no recaiga en el Estado, en definitiva, sobre los contribuyentes. Con ello se persiguen dos objetivos: uno, que la actividad industrial sea más respetuosa con el medio ambiente y dos, que el coste que origina por su actividad, sea asumido por la empresa que lo genere.

Esta función protectora parte del concepto de “calidad de vida” señalada en el párrafo quinto del Preámbulo²⁵⁵ de la Constitución española y en sus arts. 45-2²⁵⁶ y 129-1²⁵⁷.

Por ello, en el presente capítulo vamos a examinar los diferentes elementos que configuran el régimen de responsabilidad medioambiental que inspira la ley española de Responsabilidad Medioambiental.

En nuestra opinión, y siendo conscientes de la indudable trascendencia que supone el determinar la naturaleza de la responsabilidad medioambiental, consideramos indispensable, para acometer su estudio, comenzar por establecer y analizar los caracteres principales que la citada ley instaure para la responsabilidad medioambiental, así como el significado de los diversos tipos de responsabilidad determinados en la misma.

3. REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD

Mediante la transposición de la Directiva 2004/35, y tal como se reconoce expresamente en el párrafo 3º del Preámbulo I de la LRM²⁵⁸, se instaure en nuestro ordenamiento jurídico un régimen administrativo de responsabilidad ambiental, régimen que podría calificarse de predominantemente objetivo e ilimitado basado

²⁵⁵ “Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a toda una digna calidad de vida”.

²⁵⁶ “Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.

²⁵⁷ “La ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general”.

²⁵⁸ A esta necesidad responde la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, que esta ley traspone, incorporando a nuestro ordenamiento jurídico un régimen administrativo de responsabilidad ambiental de carácter objetivo e ilimitado basado en los principios de prevención y de que “quien contamina paga”.

en los principios de “*prevención*” y “*quien contamina paga*”²⁵⁹. A la par crea un conjunto de potestades administrativas con cuyo ejercicio la Administración Pública debe garantizar el cumplimiento de la Ley y la aplicación del régimen de responsabilidad que incorpora.

La Ley en el párrafo 5^o²⁶⁰ de su Preámbulo I afirma la instauración de un régimen de responsabilidad ambiental de carácter objetivo, con ello, se está refiriendo a un régimen de carácter especial distinto del privado de responsabilidad civil. En éste cualquier persona que sufre un daño, puede reclamar ante los Tribunales ordinarios con el fin de obtener una indemnización. Por el contrario, en el régimen -objetivo- establecido por la LRM, el particular o interesado para reclamar la reparación o exigir una indemnización por un daño medioambiental que se le haya ocasionado, no podrá hacerlo ante un Tribunal ordinario, sino que deberá comunicar el evento a la autoridad competente, quien determinará la magnitud del mismo y establecerá si se encuentra dentro de los términos definidos en la Ley, y, en caso afirmativo, actuará contra el causante de dicho daño.

Instaura igualmente un régimen de responsabilidad de carácter ilimitado, puesto que las responsabilidades que asumen los sujetos responsables son las de cumplir con el contenido de la obligación de reparar que les impone la Ley, consistente en devolver los recursos dañados a su estado original, invirtiendo en ello la cuantía económica que sea necesaria.

El artículo 9.1 de la LRM no deja lugar a dudas sobre este tema al establecer:

²⁵⁹ Este principio ya se contemplaba en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea en vigencia desde el 12 de junio 1985.

²⁶⁰ “La responsabilidad medioambiental es, por último, una responsabilidad de carácter objetivo en la que las obligaciones de actuación se imponen al operador al margen de cualquier culpa, dolo o negligencia que haya podido existir en su comportamiento. [...]”.

“Los operadores de las actividades económicas o profesionales incluidas en la Ley están obligados a adoptar y a ejecutar las medidas de prevención, de evitación y de reparación de costes medioambientales y a sufragar sus costes, cualquiera que sea su cuantía, cuando resulten responsables de los mismos”.

El art 3-1 de la LRM, dentro de su ámbito de aplicación, matiza en qué supuestos debe aplicarse la Ley:

-Cuando se cometan daños medioambientales o amenazas inminentes por actividades económicas o profesionales enumeradas en el Anexo III, aunque no exista dolo, culpa o negligencia.

Se establece, además, una presunción de que se han causado por dichas actividades cuando atendiendo a la naturaleza intrínseca del daño o a la forma en que se ha desarrollado, es apropiado para causarlo. Es decir, cuando del resultado dañoso se manifieste que se ha tenido que deber a esa actividad especialmente peligrosa citada en el Anexo III.

-Cuando sean actividades económicas o profesionales distintas de las enumeradas en dicho anexo en los siguientes términos: cuando medie una actuación dolosa o negligente. Entonces, serán exigibles las medidas de prevención, evitación y reparación.

Incluso cuando no medie dolo, culpa o negligencia serán exigibles las medidas de prevención y de evitación.

A juicio de la Prof^a. ZUBIRI DE SALINAS, “Se trata de dos sistemas de determinación de la responsabilidad, diferentes pero complementarios, dependiendo de la actividad y del medio en el que se causen los daños”²⁶¹. Por tanto, una responsabilidad objetiva fijada en función del tipo de actividad señalada en el Anexo III para la prevención y evitación y otra, subjetiva o por culpa, fijada

²⁶¹ ZUBIRI DE SALINAS, M.: *El Seguro de Responsabilidad...*, cit., pág. 216.

para los daños causados o la amenaza inminente a las especies o hábitats protegidos.

A las tres características ya citadas de responsabilidad señaladas de la LRM debemos adicionar una cuarta, referida a la aplicación de la normativa más exigente, establecida en la Disposición adicional segunda:

“1. Esta ley se aplicará sin perjuicio de normas comunitarias sobre responsabilidad medioambiental más exigentes.

2. El Estado o las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán mantener o adoptar disposiciones más exigentes sobre la prevención, la evitación y la reparación de determinados daños distintos de los operadores, por aplicación de otras normas medioambientales.

3. Esta ley no impedirá la atribución de responsabilidades a sujetos medioambientales o en relación con determinadas actividades.

4. Las comunidades autónomas podrán someter otras actividades u otros sujetos al régimen de responsabilidad establecido en esta ley.

5. Los daños medioambientales producidos por las actividades cuyo principal propósito sea servir a la defensa nacional o a la seguridad internacional quedan excluidos de los desarrollos legislativos posteriores a que hacen referencia los apartados anteriores”.

En el primer número, nos dice, que la ley se aplicará sin perjuicio de que existan otras normas comunitarias de responsabilidad más severas. Ello nos da a entender que tanto la LRM como la DRM son normas de mínimos.

En el segundo número, se refiere al ámbito de las competencias del Estado –art. 149 CE- y de las CC. AA -art. 148 CE-. De sus lecturas se deduce que en ambos preceptos establecen una serie de competencias en diversas materias, funciones y límites tanto del Estado como de las CC.AA. De sus listados se determinan las competencias en cada materia entre las que se encuentran las medioambientales.

En relación con este medio, el núm. 23 del art. 149 de la CE contiene la potestad del Estado diciendo:

“Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer

normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias”.

El art. 148 de la CE cita en principio las competencias que pueden ser asumidas por las CC. AA; en concreto, las medioambientales son citadas en su núm. 23, “*La gestión en materia de protección del medio ambiente*”.

De lo que se deduce que no existe una separación estricta en esta materia, ya que así se desprende de la lectura del ya citado núm. 23, donde se comparte dicha materia, asignándole al Estado la legislación básica y el desarrollo legislativo a las CC.AA. Sólo existe competencia con exclusividad para el Estado en las materias citadas en el art. 149 de la CE.

Dentro de sus respectivas competencias, el Estado y las comunidades autónomas podrán adoptar las disposiciones más exigentes sobre los operadores concernientes a la prevención, evitación y reparación de determinadas actividades y daños medioambientales.

En el número tercero de la Disposición Adicional 2ª de la LRM, se señala que la Ley no impedirá atribuir responsabilidades a sujetos distintos de los operadores, por aplicación de otras normas medioambientales.

Por último, cuarto número las CC. AA, podrán someter otras actividades o sujetos al régimen de responsabilidad establecido en la LRM.

Estos regímenes constituyen un avance considerable en todo lo concerniente al medio ambiente²⁶². Su regulación en los distintos ordenamientos siempre estuvo ligada al concepto público o privado del daño en sus dos vertientes: daño a las personas, en este supuesto entra en juego la responsabilidad civil, y daño al medio ambiente, en tal caso, es el Derecho público el que determinará la responsabilidad del sujeto que lo ha originado.

²⁶² Esta responsabilidad constituye un medio de aplicación de los principios fundamentales de política ambiental, los cuales están recogidos en el art. 174 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea -TCE-. En la actualidad corresponde al art. 191 del Tratado Fundacional de la Unión Europea -TFUE- 26/10/2012 BOUE.

De lo expuesto, se observa que la Ley que regula la responsabilidad medioambiental establece un ámbito de aplicación mayor que el impuesto por la Directiva, ésta sólo da protección a las especies amparadas por la legislación de la Unión Europea. Por el contrario, la LRM, amplía su ámbito de protección objetiva a todos los elementos del medio ambiente que no tienen cabida en el concepto de recurso natural²⁶³.

Para una mayor comprensión ampliaremos y matizaremos con más precisión las responsabilidades administrativa, ilimitada y objetiva.

A) Es una responsabilidad administrativa

Debido a la peculiar naturaleza del medio ambiente y al riesgo de un inmediato deterioro del mismo al que se puede ver sometido por la perturbadora actuación de los individuos, hace que la intervención del Estado asuma la responsabilidad de garantizar el cumplimiento de la Ley, vele por la conservación de la naturaleza y sancione a quien la vulnere.

Por ello, la LRM en el párrafo 3 de su Preámbulo I, justifica el carácter administrativo del régimen de responsabilidad que se ha instaurado en nuestro ordenamiento jurídico mediante la transposición de la Directiva 2004/35/CE.

Cabría pues decir que la citada responsabilidad deriva del hecho de que la exigencia del cumplimiento de las obligaciones legales medioambientales de los operadores y, en particular, la obligación de la reparación de daños, es decidida de modo imperativo por la autoridad competente administrativa en esta materia. Así se infiere de los arts. 21 y 41 y ss. de la LRM y con mayor grado de precisión en la materia, se expresa su art. 45,1²⁶⁴.

²⁶³ Art. 2-17 de la LRM define “«Recurso natural»: *Las especies silvestres y los hábitats, el agua, la ribera del mar y de las rías y el suelo*”.

²⁶⁴ “*La autoridad competente resolverá motivadamente y de forma expresa los procedimientos de exigencia de responsabilidad medioambiental, bien exigiendo al operador la responsabilidad medioambiental en la que hubiera incurrido, bien declarando que no existe dicha responsabilidad*”.

Es decir, que el Estado otorga a las Administraciones públicas las necesarias potestades para hacer frente a la defensa del medio ambiente. De hecho, al referirse a este medio, se expresa mediante mandatos para tomar las medidas necesarias encaminadas a prevenir y controlar el deterioro medioambiental, o cualquier tipo de alteración que pueda perjudicarlo.

Digamos que la Administración Pública es la responsable de defender el medio ambiente y tomar las medidas necesarias y oportunas para su preservación. Para ello, dispone de diversas herramientas jurídicas -normas y reglamentos- para imponer a los operadores y ciudadanos que por sus actuaciones agredan dicho medio, cuyo incumplimiento llevará consigo la correspondiente sanción administrativa.

B) Es una responsabilidad ilimitada

Uno de los principales rasgos que caracterizan la responsabilidad medioambiental establecida en la LRM, es el carácter ilimitado de la misma, dado que el contenido de la obligación de reparación que asume el operador responsable, consiste en devolver a su estado básico los recursos que ha dañado, asumiendo en su totalidad los costes económicos que correspondiesen, sea cual fuese la cuantía que deban aportar para llevar a cabo las acciones reparadoras o preventivas, que tuviesen que realizarse a tal efecto. Es decir, que se aplica el mencionado principio de “quien contamina paga”.

En esta línea se expresa el párrafo 4²⁶⁵, del Preámbulo I de la Ley, el cual resulta extremadamente claro, aun cuando no lo es tanto su texto articulado, puesto que no llega a emplearse el calificativo de “*ilimitada*”.

²⁶⁵ “La responsabilidad medioambiental es, además, una responsabilidad ilimitada, pues el contenido de la obligación de reparación -o, en su caso, de prevención- que asume el operador responsable consiste en devolver los recursos naturales dañados a su estado original, sufragando el total de los costes a los que asciendan las correspondientes acciones preventivas o reparadoras. Al poner el énfasis en la

Al referirse a las obligaciones de los operadores, la Ley en su art. 9-1 sólo consagra la obligación de sufragar los costes íntegros de los daños que ocasione al medio ambiente de acuerdo con lo establecido en dicho apartado:

Los operadores de las actividades económicas o profesionales incluidas en esta ley están obligados a adoptar y a ejecutar las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños medioambientales y a sufragar sus costes, cualquiera que sea su cuantía, cuando resulten responsables de los mismos²⁶⁶.

La falta de utilización del término “ilimitada” no significa que no tenga tal condición. Además, debemos tener presente que la misma naturaleza de la responsabilidad ilimitada la tenemos indirectamente establecida en el art. 24-2 de la LRM²⁶⁷, al regular los mecanismos de las garantías financieras obligatorias.

C) Es una responsabilidad objetiva

Como es sabido, el objetivo principal de la LRM es regular la responsabilidad de los operadores, prevenir, evitar y reparar los daños medioambientales. Para ello, instaura un régimen de responsabilidad objetiva²⁶⁸,

restauración total de los recursos naturales y de los servicios que prestan, se prima el valor medioambiental, el cual no se entiende satisfecho con una mera indemnización dineraria”.

²⁶⁶ En el mismo sentido se expresa el art. 8-1 de la Directiva 2004/35/CE “El operador sufragará los costes ocasionados por las acciones preventivas y reparadoras adoptadas en virtud de la presente Directiva”.

²⁶⁷ Artículo modificado por la Ley 11/2014, de 3 de junio por la que se modifica la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, quedando dicho apartado redactado de la siguiente manera “La cantidad que, como mínimo, deberá quedar garantizada y que no limitará en sentido alguno las responsabilidades establecidas en la ley, será determinada por el operador según la intensidad y extensión del daño que la actividad del operador pueda causar, de conformidad con los criterios que se establezcan reglamentariamente”.

²⁶⁸ Los primeros indicios de este tipo de responsabilidad aparecen en la Ley francesa de accidentes de Trabajo de 9 de abril de 1898. En ella se establecía que el empresario es el responsable de pleno derecho, independientemente de toda culpa por parte del accidentado, la víctima sólo tenía que probar el accidente.

En nuestro país, el primer texto legal que incorpora a nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva es la Ley de 30 de enero de 1900 de Accidentes de Trabajo -Art. 2 -. “De los accidentes ocurridos a sus operarios con motivo y en el ejercicio de su profesión, a menos que el accidente sea debido a causas de fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente”.

en virtud de la cual el operador que esté comprendido dentro del ámbito de las actividades económicas y profesionales enumeradas en su Anexo III y ocasione daños medioambientales deberá adoptar las medidas de prevención, evitación y reparación reguladas en la presente Ley.

Dicha responsabilidad es conocida como “responsabilidad por riesgo creado o teoría del riesgo”²⁶⁹, donde el sujeto acreedor del riesgo es responsable

Posteriormente, fue modificado mediante el TR de la Ley de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956.

Al margen de los accidentes de trabajo, las primeras manifestaciones de objetivación de la responsabilidad afectaron a la responsabilidad del Estado por determinados actos lesivos de fuerzas militares o de orden público -Ley 31-12-1945-. Le siguió la ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954.

En lo que respecta al medioambiente, se pueden citar las que proclaman expresamente la responsabilidad objetiva, Ley de Responsabilidad por Accidentes Nucleares de 1979, Ley de Aguas Subterráneas de 1981 y Ley de Protección del Suelo de 1986.

En el ámbito del transporte, con la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960 se instaura por primera vez, un sistema objetivo de responsabilidad.

Posteriormente, con la publicación de la Ley 122/1962 de 24 de diciembre de Uso y Circulación de Vehículos de Motor -la cual experimentó numerosas reformas-, se implanta la responsabilidad objetiva para los daños corporales, con dos causas de exoneración por las cuales se exime de responsabilidad cuando se pruebe que los daños fueron debidos a la conducta o negligencia del perjudicado o fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo.

La siguiente actividad sometida a este régimen fue la Ley 25/1964, de 29 de abril sobre energía nuclear. Más tarde la ley de caza de 1970.

La responsabilidad objetiva del Estado alcanzó rango constitucional en 1978, al establecer la Constitución en su art. 106-2 “*Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*”.

En 1984 se instaura un sistema pseudoobjetivo de responsabilidad, con carácter general y para el ámbito del consumo la Ley de 26/1984. De 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios -LGDCU-. Modificada en profundidad por la Ley 22/ 1994 de 6 de Julio, de Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos -LRCRD-, vigente hasta el primero de diciembre de 2007, y siendo sustituida por el RDL 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

La doctrina de la responsabilidad objetiva significa que todo daño o lesión sufrida debe ser indemnizado, sólo en algunos casos, fundamentalmente, la intervención de la culpa de la víctima o los supuestos de fuerza mayor, exoneran la responsabilidad al que se le imputa el daño.

²⁶⁹ Nació en Alemania -Mataja-, en Francia simultáneamente a finales del siglo XIX, como consecuencia de la revolución industrial, de tal manera que dejó de ser la culpa el único fundamento de la responsabilidad civil. Conforme a esta teoría la persona que crea dentro de la vida de la sociedad y en su propio beneficio una situación de riesgo o de peligro, es responsable del daño causado por esa actuación en base al principio “*ubi commoda, ibi incommoda*”. El profesor SALVADOR CODERCH, P. Nos dice que al referirnos a la “responsabilidad por riesgo” usamos la expresión “responsabilidad objetiva” como si tuviesen el mismo significado que no lo tiene. Vid. *Riesgo, “Responsabilidad objetiva y negligencia”*, en *Revista para Análisis de Derecho*. In-Dret. www.indret.com.Barcelona,2002.

en cualquier circunstancia siempre que se realice una actividad peligrosa y de riesgo para terceros²⁷⁰. HANS KELSEN²⁷¹ califica la responsabilidad en subjetiva -o por culpa- y objetiva -o por resultado-. Esta última se da cuando un individuo es susceptible de ser sancionado independientemente de que haya querido o previsto el acto antijurídico. Para el profesor todos los casos de responsabilidad indirecta lo son también de responsabilidad objetiva.

Desde el punto de vista medioambiental, JAQUENOD de ZSÖGÖN considera que el riesgo, “es la contingencia o proximidad de cualquier tipo de deterioro de bienes”²⁷².

En la LRM el legislador español optó por imponer una responsabilidad objetiva, donde el sujeto perjudicado adquiere el centro de atención de este tipo de responsabilidad, puesto que para determinar quién es el responsable de un daño ambiental, no se tiene en cuenta su conducta. Por el mero hecho de encontrarse en el supuesto de hecho contemplado en la norma se le hace responsable y, por consiguiente, tiene que reparar el daño causado.

La doctrina buscó un nuevo fundamento que justificara la implantación de un sistema objetivo de responsabilidad en ciertos sectores de la actividad económica, hallándolo en el conocido principio “*cuius commoda, eius incommoda*”²⁷³. Aforismo que actúa cuando nos hallamos ante una responsabilidad objetiva, aplicable a las actividades del operador que pueden

²⁷⁰ Como complemento de esta evolución histórica, diremos que los primeros Códigos que establecieron la responsabilidad sin culpa fueron el código Austriaco de 1811, en él ya se recogía la reparación de un daño procedente de un acto cometido involuntariamente y sin culpa; más adelante es en Alemania donde evoluciona la citada teoría debido al proceso de industrialización sobre el año 1888 -pionera de las leyes laborales y sociales cuya figura fundamental fue Otto Von Bismarck -, más tarde le siguieron Francia e Italia.

²⁷¹ SANTIAGO NINO. C.: *Introducción al Análisis del Derecho*. Edición 1ª. Edit. Astrea. Buenos Aires 2003, pág. 189.

²⁷² JAQUENOD de ZSÖGÖN S.: *Derecho Ambiental*. Edición 2ª. Edit. Dykinson S.L Edit. Madrid 1997. Pág. 120.

²⁷³ Vid. DICCIONARIO TRIVIUM – DERECHO Y ECONOMÍA. Edición 2ª. Edit. Trivium. S.A. Madrid 1998, pág.888.

generar mayor riesgo para el medio ambiente -v.gr. como las contempladas en el Anexo III de la LRM.

El fundamento de la citada responsabilidad no reside solo en la función social de asegurar a la víctima la existencia de un sujeto responsable, sino también, en la de hacer socialmente responsable del coste de la reparación del daño a través de una amplia compensación del mismo y, sobre todo, en atribuir al operador la carga del riesgo por él generado como una parte del coste, de modo que determine la supervivencia de la empresa misma y del mismo método de producción socialmente activo. Es decir, tiene por fundamento la existencia de una relación causa-efecto entre el acto que dio lugar a la producción del daño y éste, sin que sea preciso que haya intervenido culpa alguna por parte del operador, respondiendo el mismo de la obligación de indemnizar o en su caso reparar los perjuicios causados a la víctima, prescindiendo de la conducta del operador que haya originado el daño, de su culpabilidad o intencionalidad. Atiende única y exclusivamente al daño que se ha originado, de tal modo que el que lo genera responderá del mismo mediante la obligación de indemnizar o en su caso de reparar los perjuicios causados a la víctima.

Las causas que se esgrimieron en favor de este tipo de responsabilidad fueron:

-Se trata de un régimen que resulta más favorable para el perjudicado, puesto que le evita la necesidad de la prueba de la actuación culpable, que muchas de las veces resulta difíciles de demostrar.

-Le facilita el trabajo al juez o a la autoridad que debe decidir, ello hace que se agilice el proceso de determinación de la responsabilidad, puesto que no entra en indagar la conducta del causante.

-Por último, el desarrollo industrial, los avances técnicos y el empleo de nuevas sustancias peligrosas en las actividades que conllevan mayores riesgos para el medio ambiente y para la vida de las personas. Ambos bienes jurídicos

deberán ser compensados al margen de cualquier consideración de culpa, dolo o negligencia que haya podido existir en el comportamiento de las obligaciones del operador, lo que hace necesario que la carga de la prueba se invierta, facilitando la posición del agraviado justificándose así este tipo de responsabilidad.

Tal como afirma el Prof. RUDA GONZÁLEZ, la creencia de que la responsabilidad en el caso de los daños medioambientales sea objetiva es “algo bueno en sí mismo está tan extendida y arraigada, que cualquiera que lo pusiera en entredicho parecería un hereje, o un delincuente o un imprudente”²⁷⁴.

Como ya se ha dicho, este tipo de responsabilidad prescinde de la conducta del sujeto, de su culpabilidad o intencionalidad. Atiende única y exclusivamente al daño que se ha originado. Su fundamentación se basa en que el que genera un daño o crea un riesgo a un tercero, deberá responder de él. Esta teoría se justifica por la idea de justicia, equidad y solidaridad. Para ello, es fundamental que se acredite el daño o su amenaza, así como la relación de causalidad con la acción del operador causante del mismo.

De este modo se le facilita el trabajo a la autoridad competente a la hora de exigir la responsabilidad al sujeto causante del daño, puesto que no es exigible la prueba que determine que el operador haya obrado sin la debida precaución. Tan sólo tendrá que probarse el daño, la acción u omisión causante del mismo y la relación de causalidad entre la acción y el resultado producido.

En apoyo a dichos argumentos, el Prof. RUDA GONZÁLEZ cita en primer lugar que este régimen es más favorable para la víctima, le ahorra pasar por el complejo sistema de la prueba de la culpa y con ello agiliza el proceso. En segundo lugar, el régimen objetivo de la responsabilidad incentiva al operador a que adopte un mayor grado de prevención y, por ende, invertirá más recursos en la prevención de daños. Así, sucesivamente, va desgranando las ventajas que aporta el régimen objetivo de la responsabilidad, para finalizar diciendo “la responsabilidad objetiva

²⁷⁴ Vid. RUDA GONZÁLEZ.: *Daño ecológico puro....* cit., pág., 416.

aparece a menudo presentada como una especie de consecuencia o corolario lógico o necesario del llamado principio “del que contamina paga”.

Dentro de este tipo de responsabilidad, se encuadra la medioambiental, por ser ésta una responsabilidad fundamentalmente de carácter objetivo en la que las obligaciones de actuación que la ley le impone al operador son al margen de cualquier culpa, dolo o negligencia que haya podido existir en su comportamiento.

La responsabilidad objetiva se presenta como especialmente adaptada a las características propias de la reparación de los daños medioambientales, y en comparación con la responsabilidad por culpa, podemos decir que ofrece ciertas ventajas: primero, simplifica el establecimiento de la responsabilidad, ya que exime de probar la existencia de culpa, segundo, incita a la empresa a mejorar su modelo de gestión ambiental, y tercero, le corresponde al operador contaminador probar que no ha causado daño al medio ambiente.

D) Su configuración como una responsabilidad por riesgo

Este tipo de responsabilidad está fundamentada en el riesgo que la propia actividad genera²⁷⁵. El carácter objetivo de la misma tiene su fundamento en la teoría del riesgo²⁷⁶, la cual se caracteriza por no tener en cuenta el elemento que tradicionalmente se ha considerado para apreciar la responsabilidad como es la culpa. Esto es especialmente importante en la responsabilidad medioambiental ya que quien asume un riesgo en una actividad donde existe mayor posibilidad de que se genere un daño medioambiental, es lógico que sea el que responda de sus consecuencias. Como tal debe asumir la responsabilidad de los daños causados, incluso cuando su conducta sea lícita, tal es la presunción recogida en el párrafo

²⁷⁵ Según la teoría del mismo, el que crea una situación de riesgo debe responder en el evento de que se produzca el daño que se arriesga, aun cuando no haya culpa alguna o dolo.

²⁷⁶ Con esta misma denominación de responsabilidad se le aplica al “operador” que haya causado daños por actividades que estén numeradas en el Anexo III de la LRM.

segundo del art. 9-1 de la LRM²⁷⁷. Como se puede observar, dicho párrafo va más allá de la exigencia de licitud al establecer que el cumplimiento de los requisitos requeridos por las normas aplicable. No obstante, debemos tener presente el art. 14 de la LRM que cita una serie de supuestos en que el operador de la obligación de sufragar los costes que puedan suponer los gastos de prevención, evitación y reparación, Pudiendo recuperarlos, mediante el ejercicio de acciones de recuperación.

Para CASADO CASADO²⁷⁸, con arreglo al apartado 2 del artículo 9 de la LRM, dice:

“Con arreglo a esta presunción, el cumplimiento de las condiciones impuestas en cualesquiera títulos administrativos cuya obtención sea necesaria para el desarrollo de las actividades del Anexo III no exonerará a los operadores incluidos en este Anexo de responsabilidad medioambiental de la responsabilidad a la que pudieran incurrir”, citando tres aspectos más destacables de esta presunción [...]”.

Como dice el Prof. RUDA²⁷⁹ al referirse a este tipo de responsabilidades, “la responsabilidad objetiva también se basa en la idea de que quien crea el riesgo debe asumir los daños que éste acarrea”.

En este sistema se produce la inversión de la carga de la prueba, correspondiéndole al operador que acomete las acciones consideradas de riesgo demostrar que la causa real del siniestro no es debida a su actuación, sino a otros factores ajenos a la producción de su empresa.

²⁷⁷ “El cumplimiento de los requisitos, de las precauciones y de las condiciones establecidos por las normas legales y reglamentarias o de los fijados en cualesquiera títulos administrativos cuya obtención sea necesaria para el ejercicio de una actividad económica o profesional, en particular, en las autorizaciones ambientales integradas, no exonerará a los operadores incluidos en el anexo III de responsabilidad medioambiental, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 14”.

²⁷⁸ Vid. CASADO CASADO, L.: “Atribución de responsabilidades”. AA.VV., en *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*. -Coordª. LOZANO CUTANDA B-. Edit. Civitas. Cruz Menor. Pamplona 2008 en Capítulo VII, pág. 241

²⁷⁹ Vid. RUDA GONZÁLEZ, : *Daño ecológico puro* cit., pág. 416.

La aplicación de este principio de responsabilidad objetiva al ordenamiento medioambiental, tal como se expresa el Prof. MARTIN MATEO²⁸⁰, “implica serias cargas potenciales para las empresas en la posición de la causalidad”, ya que la carga económica y otras obligaciones que recaen sobre el operador, afectan igualmente a las compañías aseguradoras puesto que, a la hora de proceder a la contratación de un seguro, el operador tratará de invertir económicamente lo mínimo en la suscripción de la póliza de seguro, y como consecuencia, la aseguradora se verá obligada a ofrecer menor cobertura del riesgo.

La naturaleza objetiva de la responsabilidad medioambiental instaurada en la LRM está limitada por la peligrosidad de la actividad que se practica concretamente a algunas de las actividades establecidas en el Anexo III de la LRM, viéndose asimismo reforzada por la presunción de culpabilidad establecida en su art. 3-1²⁸¹, la cual se ve proyectada de igual modo en el párrafo 2º del art. 9-1 del mismo cuerpo legal.

Es evidente que el citado sistema en la actualidad es el más apropiado para esta materia, dado que simplifica el establecimiento de la responsabilidad y exime de la obligación de demostrar la existencia de culpa o dolo.

Se puede considerar responsabilidad objetiva cuando las responsabilidades provengan de las actividades citadas en el Anexo III de la Ley²⁸², sin tener en cuenta que el operador haya actuado de forma negligente o no.

La mayoría de las actividades a las que se aplica el régimen de responsabilidad medioambiental tiene naturaleza objetiva, éste se impone al operador tal como ya dijimos anteriormente al margen de cualquier culpa, dolo o negligencia que haya podido existir en su actuación.

²⁸⁰ Vid. MARTÍN MATEO. R.: *Manual de Derecho ambiental*. Edición 3ª. Edit. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor -Navarra- 2003, pág. 138.

²⁸¹ Art. 3-1 LRM. “Esta ley se aplicará a los daños medioambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran, cuando hayan sido causados por las actividades económicas o profesionales enumeradas en el anexo III, aunque no exista dolo, culpa o negligencia”.

²⁸² Según lo preceptuado en el artículo 19 de la LRM, son exigibles a todo operador que desarrolle una actividad de las comprendidas en el Anexo III.

Además de los daños relacionados con el Anexo III se aplica una presunción de causalidad, con ello se le facilita la labor a la Administración a la hora de exigir las acciones reparadoras por los daños causados por el operador al medioambiente. Tan solo tendrá que identificar a la empresa causante del mismo y acreditar el alcance del daño.

No se actúa de igual manera en aquellos supuestos donde el daño al medioambiente se ha producido por una actividad no incluida en el Anexo III. En tal caso, se requiere del perjudicado la obligación de probar la culpabilidad del operador que haya actuado mediando dolo, culpa o negligencia, siéndole exigibles las medidas de prevención, evitación del daño y reparación²⁸³.

En el supuesto de que el operador haya ocasionado un daño al medio ambiente o amenaza de que se produzca dicho daño, no mediando dolo, culpa o negligencia, sólo se le exigirán las medidas de prevención y evitación²⁸⁴.

De todo ello se deduce, que el imponer a la víctima el peso de la prueba, resultaría para ella una ardua labor que beneficiaría al presunto responsable.

D) Responsabilidad subjetiva

Dicho lo anterior sobre la responsabilidad objetiva, la LRM a renglón seguido en su art. 3-2 hace referencia a la responsabilidad subjetiva medioambiental, también llamada responsabilidad por culpa.

Para que sea calificada como tal, es necesario que concurren en la misma: daño, culpabilidad del autor, antijuridicidad y acreditación del nexo causal entre el daño y la actuación dolosa o culposa del autor del mismo.

Para determinar si se está en presencia de la responsabilidad subjetiva, no es suficiente que exista un daño, sino que este haya sido originado por la actuación

²⁸³ Art. 3-2 a) LRM.

²⁸⁴ Art. 3-2 b) LRM.

culpable o dolosa por parte del autor del mismo, y solo puede afectar a las personas que tengan voluntad suficiente para darse cuenta del acto que realizan.

Como se puede observar, este tipo de responsabilidad tiene muy en cuenta el comportamiento del sujeto o sujetos autores del daño. De hecho, la aplicación del art. 1902 del CC presenta la necesidad ineludible de un reproche culpabilísimo, como elemento característico de la conducta del responsable. Bien es verdad, que en lo que respecta a la prueba de la culpa, surgen situaciones en las que no es posible determinar la culpa, conducta productora del daño medioambiental. La jurisprudencia tiende por ello, a prescindir de la ilicitud de la conducta para declarar la obligación de resarcir los daños cuando se trata de actividades industriales creadoras de grandes riesgos –como ocurre con las actividades enumeradas en el anexo III de la ley-, motivo por el cual, en la mayoría de los supuestos, es calificada como responsabilidad objetiva.

La LRM protege bajo el ámbito de la responsabilidad subjetiva a todos los elementos del medio ambiente que tienen cabida en el concepto de recurso natural -especies silvestres, agua, suelo, riberas del mar, las riberas de las rias y los hábitats-. Es decir, se aplica si se trata de daños o amenaza inminente de daños a las especies citadas y a cualquier tipo que esté o no incluido en el Anexo III de la ley. En tanto que la Directiva sólo considera beneficiarios de dicha protección a los hábitats y a las especies protegidas por la legislación comunitaria²⁸⁵.

La LRM en el punto 2, apartado c)²⁸⁶ de su Preámbulo II, prevé igualmente una regulación del sistema de responsabilidad subjetiva. En él se incluyen los daños y las amenazas medioambientales ocasionados por cualquier tipo de actividad económica o profesional, esté o no incluida en su Anexo III, y que obliga

²⁸⁵ Vid. ORTEU BERROCAL E.: “Ámbito de aplicación de la Ley -arts. 3 a 6-“, en *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental* (Coord. LOZANO CUTANDA. B) Edit. Thomson-Civitas-Cizur Menor -Navarra- 2008, pág. 187.

²⁸⁶ Se regula un régimen de responsabilidad subjetiva que incluye los daños y las amenazas de daños medioambientales ocasionados por cualquier tipo de actividad económica o profesional, esté incluida o no en el anexo III de la ley, y que obliga a adoptar las medidas de prevención, de evitación y de reparación reguladas por la ley.

a adoptar las medidas de prevención, de evitación y de reparación establecidas por la LRM. Con ello se amplían los recursos materiales objeto de protección que no se contemplan en la Directiva.

En el daño ocasionado al medio ambiente, se aplica la responsabilidad subjetiva en las restantes actividades no incluidas en el Anexo III de la LRM -art. 3-2 LRM-, en las siguientes condiciones:

“a) Cuando medie dolo, culpa o negligencia, serán exigibles las medidas de prevención, de evitación y de reparación.

b) Cuando no medie dolo, culpa o negligencia, serán exigibles las medidas de prevención y de evitación”.

Como se puede observar en este tipo de responsabilidad, se tiene muy presente a la hora de su adjudicación, el comportamiento del sujeto o sujetos autores del daño y, además, es necesario demostrar la existencia de culpa o negligencia por parte de ellos.

Los supuestos de responsabilidad medioambiental por culpa de los operadores en materia de reparación, los prevé la LRM en su art. 19-2 para aquellos casos en que el operador ha cumplido las medidas de prevención para los daños que no estén incluidos en su Anexo III, y cause daños medioambientales como consecuencia del desarrollo de su actividad. Estará obligado a adoptar las medidas de prevención, y sólo cuando medie dolo, culpa o negligencia, le serán exigidas todas las obligaciones en materia de reparación.

La LRM establece otro supuesto en el mismo apartado párrafo último²⁸⁷. En este caso, el operador cuya actividad no está contemplada en el Anexo III de la ley y éste la ha desarrollado sin que medie dolo, culpa o negligencia, pero sí incumplimiento de las obligaciones correspondientes a las medidas de prevención y evitación de daños quedará obligado a la adopción de medidas de reparación, es

²⁸⁷ “En todo caso, quedan obligados a la adopción de medidas de reparación los operadores que hubieran incumplido los deberes relativos a las medidas de prevención y de evitación de daños”.

decir, lo que en principio suponía una responsabilidad objetiva, se deviene en subjetiva.

4. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LRM

La Ley exige la responsabilidad medioambiental dentro del ámbito de su competencia -art. 3 LRM-, en él se combinan tres elementos para llevar a cabo su delimitación: el tipo de actividad económica o profesional de que se trate; la clase de medida que deba adoptar el operador y la naturaleza de la responsabilidad en que éste hubiera incurrido²⁸⁸. Para lo cual instaura tres tipos de regímenes de responsabilidades medioambientales en función de la actividad a la que se dedique el operador. Bien en términos objetivos para las actividades económica o profesionales enumeradas en el Anexo III, tal como se establece en el art. 3-1 LRM o términos subjetivos por dolo, culpa o negligencia establecidos en las letras a) y b) del apartado 2 del art. 3 de la LRM.

En primer lugar, el núm. 1 del art. 3 LRM establece un régimen de responsabilidad objetiva para las actividades económicas o profesionales enumeradas en su Anexo III. Es decir, cuando los daños y las amenazas hayan sido causados por actividades económicas o profesionales enumeradas en el Anexo III, siendo indiferente la existencia de dolo, culpa o negligencia del causante, en cuyo caso el operador tiene la obligación de adoptar las medidas de prevención, evitación y reparación del daño medioambiental.

El párrafo segundo²⁸⁹ hace referencia a una presunción de causación en una serie de actividades peligrosas, sujetas a autorización de conformidad con la Ley

²⁸⁸ ORTEU BERROCAL, A.: “Ámbito de aplicación de la Ley” -arts. 3 al 6- en AA.VV. *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*. -Coord. LOZANO CUTANDA, B-. Edit. Civitas. Cizur Menor. -Navarra- 2008, pág. 186.

²⁸⁹ “Se presumirá, salvo prueba en contrario, que una actividad económica o profesional de las enumeradas en el anexo III ha causado el daño o la amenaza inminente de que dicho daño se produzca cuando, atendiendo a su naturaleza intrínseca o a la forma en que se ha desarrollado, sea apropiada para causarlo”.

16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, incluyendo otras sujetas al ámbito de aplicación del Real Decreto 1254/1999, de 16 de julio, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas²⁹⁰.

El número 2²⁹¹ del mismo artículo regula un régimen de responsabilidad subjetiva, que alcanza cualquier tipo de daños esté o no incluido el anexo III de la LRM. En su letra b) siempre que el daño sea generado en un recurso que contenga el concepto de recurso natural establecido en la Ley y sea debido a dolo, culpa o negligencia, en cuyo caso, serán exigidas las mismas medidas de responsabilidad que son requeridas para los daños objetivos. Es decir, las de prevención, las de evitación y las de reparación.

Por último, en la letra b) del mismo número, cuando no medie en la consecución del daño medioambiental dolo, culpa o negligencia, le serán exigidas al operador causante del siniestro ambiental las medidas de prevención y evitación.

Este régimen mixto, contenido en la LRM, y aplicado a dos modalidades de responsabilidad -objetiva y subjetiva-, es considerado por la doctrina como un régimen de protección de recursos más amplio que el establecido en la Directiva 2004/35/CE, estimándose más completo y eficaz para acometer el objetivo principal que persigue la ley, consistente en la prevención y la reparación del medio ambiente.

²⁹⁰ Art. 3 de la LRM fue modificado a propuesta del Grupo Popular mediante su enmienda núm. 76, para su mejora técnica “*pues las amenazas inminentes no pueden ser causadas por las actividades, a lo sumo pueden ser debidos al desarrollo de algunas de esas actividades*”, con ello se pretende ofrecer mayor seguridad jurídica. El grupo consideró necesario extender las obligaciones sobre la responsabilidad medioambiental a todas las actividades del Real Decreto 1254/1999, de 16 de julio, cuyo ámbito de aplicación está establecido en su art. 2.

²⁹¹ “*Esta ley también se aplicará a los daños medioambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran, cuando hayan sido causados por las actividades económicas o profesionales distintas de las enumeradas en el anexo III, en los siguientes términos: [...]*”.

No cabe la menor duda de que la realización de estas actividades por parte de la empresa afecta directamente tanto al medio ambiente como a la salud de las personas, quienes deberán ser resarcidas por el operador responsable al margen de cualquier tipo de culpa o negligencia.

De lo expuesto, se observa que la ley que lo regula establece un ámbito de aplicación mayor que el impuesto por la Directiva, puesto que ésta, sólo da protección a las especies amparadas por la legislación de la Unión Europea. Por el contrario, nuestra Ley -LRM- amplía su ámbito de protección a todos los elementos del medio ambiente que tienen cabida en el concepto de “daño natural” y de “recurso natural”, ambos tipificados en la LRM.

A) Daños excluidos: los daños tradicionales

Antes de la entrada en vigor de la LRM, en los supuestos en los que el daño ambiental no se derivaba de un delito o infracción administrativa, se acudía al sistema de responsabilidad extracontractual, el cual presentaba dos vías diferentes: la que corresponde a la responsabilidad por daños causados por los particulares a los que se les exigía su reparación mediante la aplicación del art 1902 del CC, y la referida a la denominada responsabilidad patrimonial de la Administración cuando el daño era consecuencia del mal funcionamiento de los servicios públicos. En este último caso el fundamento último del reconocimiento a ser resarcidos se fundamenta en el art. 106-2 de la CE²⁹², en él se establece que los particulares tendrán que ser compensados por las lesiones que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos. En el supuesto de que la Administración fuera la causante del daño, se acudía al artículo 139-1 la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del

²⁹² “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

Procedimiento Administrativo Común²⁹³. En la actualidad tal supuesto se rige por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público cuyo art. 32 se refiere a los “*Principios de la Responsabilidad*”²⁹⁴, en virtud de los cuales ésta responde por los daños causados por el mal funcionamiento de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor, a los que se añade como excepción, que el particular tenga el deber jurídico de soportarlos de acuerdo con la Ley.

Ambos sistemas -el que regía para los daños causados por particulares y el de los daños ocasionados por la Administración-, no resultaron efectivos a la hora de reparar los daños ocasionados al medio ambiente. Dicha ineficacia derivaba fundamentalmente de que, con arreglo a lo previsto en la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento civil -LECiv-, se exige, para fundamentar la responsabilidad, la existencia de derechos o intereses legítimos individuales que hayan sido vulnerados como consecuencia de un daño medioambiental, lo que la mayoría de las veces no ocurre en este tipo de daños, puesto que se trata de un perjuicio causado a un interés carente de titularidad individual, sino colectiva.

Con la LRM se intentan superar las lagunas o deficiencias del sistema de responsabilidad cuando se trata de reparar los daños medioambientales, configurando un procedimiento administrativo autónomo de responsabilidad distinto del mecanismo clásico de responsabilidad civil o administrativa.

Para ello se instaura un régimen jurídico de reparación de daños medioambientales donde se establece que el operador, que por sus actuaciones ocasione daños al medio ambiente o amenace con ocasionarlos, deberá adoptar

²⁹³ “*Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*”.

²⁹⁴ Art. 32-1 “*Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*”.

las medidas necesarias para prevenirlos, y si se han causado, tendrá que usar los medios convenientes para devolver los recursos naturales dañados a su “estado básico”.

De lo que se deduce, que el sistema introducido por la LRM completa los ya existentes de responsabilidad civil derivados de un ilícito y de la responsabilidad extracontractual y patrimonial de la Administración. Se trata pues, de un método dirigido a la prevención, evitación y reparación del daño ocasionado al medio ambiente.

Dichos daños, contienen una serie de características que los diferencian de los ocasionados a las personas o a sus bienes. Debido a ello tanto la Directiva 2004/35/CE en su exposición de motivos apartado 14²⁹⁵, como el art. 5-1 de la LRM, excluyen de la aplicación de ambas normas los daños ocasionados a particulares y a sus propiedades privadas.

Del apartado 1²⁹⁶ del art. 5 LRM, se desprende, que la LRM no ampara los daños ocasionados a la propiedad privada y a ningún derecho relativo a este tipo de daños que no tenga la condición de daño medioambiental; es decir, sólo ampara aquellos que a efectos de la LRM se ajusten al concepto de “daño ambiental”²⁹⁷.

Sin embargo, no se cierra la posibilidad de que la persona perjudicada en dichos bienes pueda reclamar la reparación o la indemnización que corresponda, puesto que, según establece el final de dicho apartado, “*Tales acciones se registrarán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación*”, que no puede ser otra

²⁹⁵ “La presente Directiva no se aplica a las lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada o a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños”.

²⁹⁶ “Esta Ley no ampara el ejercicio de acciones por las lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental. Tales acciones se registrarán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación”.

²⁹⁷ Vid. art. 2-1 a) de la LRM.

que la derivada de la aplicación del art. 1902 del CC²⁹⁸, el cual responde a un sistema de responsabilidad por culpa o negligencia del sujeto causante del daño²⁹⁹.

De su análisis, se deduce que el ámbito de aplicación de la ley está referido exclusivamente a determinados recursos medioambientales, sean estos públicos o privados, incluyéndose dentro de su ambiente de aplicación los daños que sean considerados “recursos naturales”, y excluyendo los llamados “tradicionales”. Ello no quiere decir que los particulares afectados en sus bienes y derechos que se hayan irrogado no puedan recurrir a la jurisdicción civil para ser resarcidos.

Con la publicación del “Libro Blanco de Responsabilidad Medioambiental de la Comisión”³⁰⁰, por primera vez se hace distinción entre los “daños tradicionales” y los denominados “daños al medio ambiente”, y después de un largo debate sobre la reparación de los problemas medioambientales en el seno de la Comunidad, la Comisión Europea aprueba la Directiva 2004/35/CE, que de acuerdo con el sistema de responsabilidad propuesto por la misma, define, el “daño ambiental” en su artículo 2-1 a)³⁰¹ excluyendo de forma explícita de su ámbito de aplicación a todos aquellos daños ocasionados a las personas y a sus patrimonios, dejándolo claramente matizado en su considerando núm. 14³⁰².

Como consecuencia de ello, el legislador español excluye del ámbito de aplicación de la LRM los daños llamados “daños tradicionales” tal como establece su art. 5-1 bajo el título “Daños a particulares”, y declara la no aplicación de la

²⁹⁸ “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

²⁹⁹ Para la aparición de responsabilidad civil por actos propios derivada de este artículo, son requisitos indispensables según la reiterada jurisprudencia los siguientes: a) existencia de un resultado dañoso; b) que entre el resultado y la conducta exista una relación de causalidad y c) que pueda enjuiciarse la concurrencia de culpa o negligencia de la conducta generadora del daño.

³⁰⁰ Aprobado por la Comisión Europea en Bruselas el 9 de febrero de 2000.

³⁰¹ La doctrina ha subrayado que la citada normativa comunitaria -supra-, no tiene como objetivo la protección del medioambiente en forma global, dado que en lo que considera daño ambiental solo se refiere a ciertos elementos de dicho medio.

³⁰² “La presente Directiva no se aplica a las lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada o a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños”.

LRM para la reparación de los daños que sufran los particulares en sus personas y en sus bienes. En el citado apartado³⁰³ especifica que en todo lo que le afecte a este tipo de daños, el ejercicio de acciones se regirá por la normativa que en cada caso resulte de aplicación, puesto que como queda dicho, la LRM no ampara el ejercicio de las acciones legales por lesiones causadas a las personas o a la propiedad privada de éstas, pudiendo ser ejercitadas por la vía civil, con la excepción de aquellos daños que tengan la condición de daños medioambientales que podrán ser reparados con arreglo a la LRM. Sobre este tema, el art. 5 apartado 2 añade:

“Los particulares perjudicados a que se refiere el apartado anterior no podrán exigir reparación ni indemnización por los daños medioambientales que se les hayan irrogado, en la medida en la que tales daños queden reparados por la aplicación de esta ley. El responsable que hubiera hecho frente a esa doble reparación podrá reclamar del perjudicado la devolución o la compensación que proceda”.

Con ello, se pretende evitar la doble recuperación de los costes -por la vía de aplicación de la LRM y por la que se derive de la aplicación del art. 1902 del CC-. Para el supuesto de que el perjudicado hubiera adquirido una doble compensación por el mismo hecho -daño ambiental-, el operador podrá ejercer la acción de resarcimiento en base a la interdicción del enriquecimiento injusto.

En el punto tercero y último del citado artículo, vuelve a destacar la independencia del régimen de responsabilidad civil de la responsabilidad

³⁰³ Art. 5-1 de la LRM *“Esta Ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental. Tales acciones se regirán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación”.*

medioambiental, así como su plena compatibilidad, aunque con la preeminencia de esta última, al establecer:

“En ningún caso las reclamaciones de los particulares perjudicados en cualesquiera procesos o procedimientos exonerarán al operador responsable de la adopción plena y efectiva de las medidas de prevención, de evitación o de reparación que resulten de la aplicación de esta ley ni impedirán las actuaciones administrativas encaminadas a ello”.

De tal manera que siempre debe procederse a restaurar el medioambiente dañado.

Debemos precisar que la vinculación jurídica del Código civil en defensa del medio ambiente se concreta a partir de los diferentes derechos personales contenidos en los siguientes artículos:

-Art. 348³⁰⁴ del CC, contiene dos derechos “goce y disposición de una cosa”. Reconoce el derecho a disfrutar sin molestar la propiedad de los demás, sin más limitaciones que las establecidas en la ley. Esto dice muy poco si no se especifica hasta dónde puede llegar el propietario en su goce y disfrute, y más cuando el citado artículo no concreta los daños que deben ser soportados.

-El art. 590³⁰⁵ del CC, establece normas legales de relaciones de vecindad limitativas de la propiedad, y actúa como interés tutelar del medio ambiente, puesto que trata de evitar que se introduzca en el predio de los vecinos sustancias nocivas para la salud, eliminando así riesgos medioambientales innecesarios.

³⁰⁴ “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla”.

³⁰⁵ “Nadie podrá construir cerca de una pared ajena o medianera pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, artefactos que se muevan por el vapor, o fábricas que por sí mismas o por sus productos sean peligrosas o nocivas, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, a las condiciones que los mismos reglamentos prescriban. A falta de reglamento se tomarán las precauciones que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial, a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos”.

Cabe citar sobre el particular lo dispuesto en la Disposición adicional cuarta de la LRM sobre los daños no ambientales que se produzcan en cultivos por liberación de órganos modificados genéticamente, los cuales se repararán con arreglo a las disposiciones de la legislación civil.

Por lo expuesto, consideramos acertada la medida del legislador de separar los daños que tienen naturaleza ambiental de los de responsabilidad civil tradicional. Por varios motivos, en primer lugar, porque la LRM, regula una responsabilidad de carácter administrativo, y, en segundo lugar, porque los perjudicados tienen la opción de exigir indemnizaciones bajo la normativa que en su caso sea aplicable.

Con la medida tomada por el legislador, se da por resuelto suficientemente el problema, por ser regulados mediante la vía de la responsabilidad civil, concretamente por los artículos 1902 y ss., del Código Civil.

Igualmente sucede con la evaluación o valoración en términos económicos del daño medioambiental, debido a su naturaleza y a las características propias de los bienes dañados.

Teniendo presente, que en ningún caso se puede recibir doble indemnización por el mismo daño por así establecerlo el apartado 2 del art. 5 de la LRM. Con ello se evita que el perjudicado pudiera enriquecerse obteniendo doble compensación económica por el mismo hecho dañino³⁰⁶.

B) Otros supuestos excluidos dentro de los daños medioambientales

El párrafo primero del Preámbulo II de la LRM dice:

³⁰⁶ Vid. ORTEU BERROCAL, E.: “Ámbito de aplicación de la Ley -arts. 3 a 6 y definiciones relacionadas”. En AA.VV. *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental* -Coord. LOZANO CUTANDA. B. Edit. Thomson-Civitas, Cizur Menor -Navarra- 2008, pág. 192.

“No todos los recursos naturales están protegidos por esta ley. Tan solo lo están aquellos que tienen cabida en el concepto de daño medioambiental, a saber: los daños a las aguas; los daños al suelo; los daños a la ribera del mar y de las rías; y los daños a las especies de la flora y de la fauna silvestres presentes permanente o temporalmente en España, así como al hábitat de todas las especies silvestres autóctonas”.

El art.3 de la LRM determina las actividades y los daños que quedan incluidos y excluidos del ámbito de su aplicación. Asimismo, su apartado 4 establece:

“Esta ley no se aplicará a los daños medioambientales ni a las amenazas inminentes de que tales daños se produzcan cuando hayan sido ocasionados por alguna de las siguientes causas:

a) Un acto derivado de un conflicto armado, de hostilidades, de guerra civil o de una insurrección.

b) Un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible.

c) Las actividades cuyo principal propósito sea servir a la defensa nacional o a la seguridad internacional, y las actividades cuyo único propósito sea la protección contra los desastres naturales”.

De los tres supuestos a los que se hace referencia, estimamos que los mismos no presentan mayores controversias jurídicas por tratarse de causas excepcionales -v.gr. caso fortuito o de fuerza mayor art. 1105 CC-. En tales supuestos tanto la Directiva en su art. 4-1³⁰⁷, como la Ley en su apartado 4 a) y b) se expresan de igual modo.

En tales casos está suficientemente justificada la exclusión del ámbito de la responsabilidad medioambiental por la imposibilidad de evitar el daño. Motivo por el cual no genera responsabilidad a los operadores, puesto que serían las Administraciones públicas las que se deberían hacer cargo del coste de los

³⁰⁷ Establece *“La presente Directiva no se aplicará a los daños medioambientales ni a las amenazas inminentes de tales daños provocados por: a) un acto derivado de un conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección; b) un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible”.*

siniestros que tales acontecimientos generen, en base a la aplicación del régimen contemplado en el art. 33 y ss., de la Ley 40/2015, de 1 de octubre del Régimen Jurídico del Sector Público.

Igualmente, no se aplicará la LRM en los supuestos contemplados en el art. 3 núm.5 apartados a)³⁰⁸ y b)³⁰⁹. Estos presentan mayores dificultades jurídicas al generar responsabilidades medioambientales. Se trata de los casos en los que los daños al medio ambiente estén originados por sucesos cuyas consecuencias, a efectos de responsabilidad medioambiental, estén regulados por convenios internacionales vigentes en España y detallados en los Anexos IV y V de la LRM, incluidas sus eventuales modificaciones futuras. Como se puede observar, se trata de ciertos daños, para los que ya existen convenios específicos a nivel internacional que regulan la responsabilidad que pueda surgir por los daños que ocasionen. Principalmente los relativos al transporte marítimo, al igual que los daños derivados de transportes nucleares.

³⁰⁸ “A los daños medioambientales ni a las amenazas inminentes de que tales daños se produzcan cuando tengan su origen en un suceso cuyas consecuencias en cuanto a responsabilidad o a indemnización estén establecidas por alguno de los convenios internacionales enumerados en el anexo IV, incluidas sus eventuales modificaciones futuras, vigentes en España”.

³⁰⁹ “A los riesgos nucleares, a los daños medioambientales o a las amenazas inminentes de que tales daños se produzcan, causados por las actividades que empleen materiales cuya utilización esté regulada por normativa derivada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, ni a los incidentes o a las actividades cuyo régimen de responsabilidad esté establecido por alguno de los convenios internacionales enumerados en el anexo V, incluidas sus eventuales modificaciones futuras, vigentes en España”.

Los convenios a los que se refiere el Anexo IV³¹⁰ son los relacionados con la contaminación por hidrocarburos³¹¹.

En este grupo de daños, queremos resaltar el apartado 4 del Anexo IV de la LRM, en el cual se cita el “Convenio Internacional de 3 de mayo de 1996 sobre responsabilidad e Indemnización de Daños en Relación con el Transporte Marítimo de sustancias nocivas y potencialmente Peligrosas”

En el apartado b) del art. 3³¹² del citado Convenio dispone que se aplicará el mismo en aquellos supuestos de transporte marítimo donde se haya ocasionado un grave daño de contaminación al medio ambiente en la zona económica exclusiva del Estado donde haya ocurrido el hecho, -v.gr. accidente varias veces citado como el ocasionado por el petrolero “Prestige-” frente a las costas de Galicia, por no serle de aplicación las normas de responsabilidad medioambiental sino los convenios internacionales que en el momento del accidente estaban en vigor, tales como:

- El Convenio Internacional sobre la responsabilidad civil derivada de daños debidos a la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, suscrito

³¹⁰ “1. Convenio internacional, de 27 de noviembre de 1992, sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos.

2. Convenio internacional, de 27 de noviembre de 1992, de constitución de un Fondo internacional de indemnización de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos.

3. Convenio internacional, de 23 de marzo de 2001, sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos para combustible de los buques.

4. Convenio internacional, de 3 de mayo de 1996, sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas”.

5. Convenio, de 10 de octubre de 1989, sobre responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera, por ferrocarril y por vías navegables.

³¹¹ V.gr. lo tenemos en el accidente ocurrido en Galicia -España- con el petrolero Prestige en el año 2002, al cual no se le hubiera podido aplicar, de haber existido, la Directiva comunitaria ni la LRM, sino los convenios internacionales que en aquel momento estaban en vigor.

³¹² “ los daños ocasionados por contaminación del medio ambiente en la zona económica exclusiva de un Estado Parte, establecida de conformidad con el Derecho internacional o, si un Estado Parte no ha establecido tal zona, en un área situada más allá del mar territorial de ese Estado y adyacente a dicho mar territorial determinada por ese Estado de conformidad con el Derecho internacional y que no se extienda más allá de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial de dicho Estado”.

en Bruselas el 29 de noviembre de 1969, y ratificado por España con fecha de 8 de diciembre de 1975, entró en vigor, de acuerdo con lo previsto en su artículo 15, el día 7 de marzo de 1976³¹³. Convenio que establece el principio de la responsabilidad objetiva de los propietarios de los buques, así como un sistema de seguros de responsabilidad obligatoria.

- Convenio Internacional sobre la Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, igualmente vigente conforme al texto resultante de la adopción del Protocolo de 27 de noviembre de 1992 que lo ha enmendado.

En el art.3 apartado 5 b)³¹⁴ se señalan otras excepciones que quedan fuera del ámbito de aplicación de la LRM tales como:

- Los daños que pueda originar la industria nuclear, que por razón de materia son regulados por la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre energía nuclear³¹⁵.

- Los daños medioambientales que se produzcan como consecuencia de emplear materiales radioactivos cuya utilización esté regulada en el Tratado Constitutivo de la Comunidad de la Energía Atómica -EURATOM-,

³¹³ Real Decreto 1892/2004, de 10 de septiembre, por el que se dictan normas para la ejecución del Convenio Internacional sobre la responsabilidad civil derivada de daños debidos a la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos. En su art. 1 establece “[...]los propietarios de buques que transporten más de 2.000 toneladas de hidrocarburos a granel como cargamento tendrán que suscribir un seguro o una garantía financiera que cubra su responsabilidad por los daños causados por la contaminación, con arreglo a lo establecido en ese convenio”.

³¹⁴ “A los riesgos nucleares, a los daños medioambientales o a las amenazas inminentes de que tales daños se produzcan, causados por las actividades que empleen materiales cuya utilización esté regulada por normativa derivada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, ni a los incidentes o a las actividades cuyo régimen de responsabilidad esté establecido por alguno de los convenios internacionales enumerados en el anexo V, incluidas sus eventuales modificaciones futuras, vigentes en España”.

³¹⁵ Sobre esta misma materia, debemos tener en cuenta, los convenios de París de 1950 referido a la responsabilidad en materia nuclear -modificado varias veces. La última modificación se firmó en febrero de 2004, y se prevé su entrada en vigor cuando los Estados Europeos que son parte del Convenio depositen conjuntamente el instrumento de ratificación- y el Convenio de Bruselas de 1962 de responsabilidad civil de los navíos nucleares, al igual que el anterior ha sufrido diversas modificaciones, siendo la última reforma el febrero de 2004.

- Las actividades cuyo régimen de responsabilidad esté regulado por los Convenios internacionales sobre dicha energía enumerados en el propio Anexo V.

a) Daños a la atmósfera

“La atmósfera es un bien común indispensable para la vida respecto del cual todas las personas tienen el derecho de su uso y disfrute y la obligación de su conservación”³¹⁶.

Por su importancia de recurso vital para la vida del ser humano y de su hábitat, nos sorprende que la LRM excluya de su ámbito de aplicación el “daño a la atmósfera”, puesto que de la lectura del concepto de “daño medioambiental”³¹⁷, contenido en la misma, no hace mención alguna a ella. Lo mismo acontece al definir el “daño”³¹⁸, del examen literal del apartado 3 de su art. 3³¹⁹ del mismo cuerpo legal se deduce lo mismo, es decir, sólo cubre los daños ocasionados por una contaminación difusa sin un punto de origen determinado cuando sea posible establecer un nexo de unión entre los daños causados y las actividades de operadores concretos.

Por último, en el Preámbulo II -segundo párrafo- de la LRM³²⁰, se hace referencia a su ámbito temporal y se completa con las previsiones contenidas en su art. 3, el cual combina tres elementos para llevar a cabo tal delimitación.

³¹⁶ Párrafo primero del Preámbulo I de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera.

³¹⁷ Vid. Art. 2-1 de la LRM.

³¹⁸ Vid. Art. 2-2 de la LRM.

³¹⁹ “Esta Ley sólo 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 operadores concretos”.

³²⁰ “La delimitación del ámbito de aplicación de la ley se completa con las previsiones del artículo 3, el cual combina tres elementos para llevar a cabo tal delimitación: el tipo de actividad económica o

De todo ello, se desprende que resulta imposible hallar criterios que permitan determinar que la LRM ampara el citado recurso. Bien es verdad, que no lo excluye expresamente, simplemente no hace mención expresa a la protección de la atmósfera.

El Prof. ESTEVE PARDO, J. critica dicha exclusión aduciendo que por la gravedad que supone el daño a la atmósfera, considera idóneo el carácter preventivo que la LRM aporta para los daños medioambientales por contaminación³²¹.

La Prof^a. LOZANO CUTANDA, B, por el contrario, justifica la exclusión diciendo “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”³²².

Nosotros consideramos que la LRM por su normativa aplicable a la responsabilidad medioambiental y su actualización constante, podría resultar ser una herramienta útil e idónea para la prevención y evitación de los daños que puedan originarse a ese bien común limitado. A no ser que el legislador considerase que dicho medio estaba lo suficientemente regulado por la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de Protección del ambiente atmosférico junto a su

profesional de que se trate; la clase de medida que deba adoptar el operador y la naturaleza de la responsabilidad en la que éste pueda haber incurrido”.

³²¹ ESTEVE PARDO, j.: *Ley de responsabilidad medioambiental. Comentario sistemático*. Edit. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales. Madrid 2008. Pág. 30.

³²² LOZANO CUTANDA B.: *Del daño tradicional al daño ambiental*. Sevilla/Aracena 17 de octubre de 2011. www.juntadeandalucia.es/justicia/portal/adriano/.../fomacion_jueces Ponencia SLC. Realizada consulta el 20 de octubre de 2014.

desarrollo reglamentario³²³, ha servido como norma básica en respuesta a los problemas de la contaminación del aire³²⁴.

Y más cuando, en la mayoría de los casos, la contaminación del aire procede de lo que llamamos contaminación de carácter difuso -gases desprendidos de chimeneas industriales, de vehículos y de aguas fluviales contaminadas-, los cuales sí están cubiertos por la LRM mediante su art .2-2 párrafo 2^o³²⁵, en él sí especifica que quedan incluidos en el concepto de daños medioambientales aquellos “daños” que hayan sido ocasionados por los elementos transportadores por aire, v.gr. lluvia ácida, se considera como tal cuando el pH es inferior a 5,65. Claro está, siempre que sea posible establecer un nexo de unión entre el daño y la actividad que lo produjo.

Como es sabido, la contaminación de la atmósfera, esto es, la facilidad de desplazamiento del aire contaminado a grandes distancias produce cambios a corto y a largo plazo con el consiguiente peligro para la salud del hombre y de su hábitat allí donde se detecta por primera vez el daño, que podrán derivar en alteraciones importantes para la salud humana. Es por lo que no comprendemos el motivo que le indujo al legislador español a tomar dicha medida, a no ser que los medios de evitación y reparadores establecidos en la LRM los considerase poco efectivos para la regulación legal de este medio.

La Unión Europea viene actuando en este campo desde la década de los años sesenta para reducir los niveles de contaminación atmosférica, fijando

³²³ Decreto 833/1975, de 6 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección de medioambiente atmosférico.

³²⁴ Es evidente también que el legislador tendría conocimiento de que a los veintiún días siguientes de la entrada en vigor de la LRM se promulgaría la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera que deroga a la anterior Ley 38/1972, de 22 de diciembre y con los anexos II y III del Decreto 833/1975, de 6 de febrero, así como también el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre.

³²⁵ “*Quedan incluidos en el concepto de daño aquellos daños medioambientales que hayan sido ocasionados por los elementos transportados por el aire*”.

límites y niveles de calidad del aire que no den origen a efectos negativos para el ser humano y su hábitat, desarrollando políticas y normas legales para reducir la contaminación por la que se ve afectada.

Entre las que se encuentran las Directivas:

- Directiva 96/62/CE del Consejo, de 27 de septiembre de 1996, sobre evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente, ésta es la primera norma en adoptar y en fijar criterios y objetivos y técnicas de evaluación.

- Directiva 2004/107/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2004, relativa al arsénico, el cadmio, el mercurio, el níquel y los hidrocarburos aromáticos policíclicos en el aire ambiente³²⁶.

- Directiva 2008/50/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa³²⁷.

Directiva 2015/1480 de la Comisión, de 28 de agosto de 2015³²⁸, con la que se modifican varios de los anexos de las Directivas 2004/107/CE y la 2008/50/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

España sigue ese proceso, el marco legal que en principio ha regido en nuestro país la protección de la contaminación atmosférica lo ostenta la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección del ambiente atmosférico que fue norma básica durante mucho tiempo, hasta la puesta en vigor de la Ley 34/2007,

³²⁶ Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea núm. 23, de 26 de enero de 2005. Directiva que fue introducida en España mediante el Real Decreto 812/2007, de 22 de junio, sobre evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente en relación con el arsénico, el cadmio, el mercurio, el níquel y los hidrocarburos aromáticos policíclicos.

³²⁷ Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea núm. 152, de 11 de junio de 2008. Fue transpuesta en España mediante el Real Decreto 102/2011, de 28 de enero, relativo a la mejora de la calidad del aire.

³²⁸ Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 29/08/2015, y se transpuso al ordenamiento jurídico español mediante el Real Decreto 39/2017 relativo a la mejora de calidad del aire.

de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera³²⁹ que deroga la anterior , según los motivos expuestos en el párrafo 2ª del Preámbulo II de la Ley³³⁰.

En la que se establecen los principios en materia de prevención y reducción de la contaminación atmosférica. Publicada en el BOE con el núm. 275, de fecha 16 de noviembre de 2007.

Las normas legales más significativas en España, las cuales no han sido derogadas y rigen en la actualidad, son: transpuesta

Real Decreto 102/2011, de 28 de enero, relativo a la mejora de la calidad del aire³³¹, para adaptar a nuestro ordenamiento jurídico en materia de evaluación y gestión de la calidad del aire a la Directiva 2008/50/CE, de 21 de mayo de 2008, relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa.

Real Decreto 39/2017, de 27 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 102/2011, de 28 de enero, relativo a la mejora de la calidad del aire.

Real Decreto 1042/2017, de 22 de diciembre, sobre la limitación de las emisiones a la atmósfera de determinados agentes contaminantes procedentes de las instalaciones de combustión medianas, y por el que se actualiza el anexo IV

³²⁹ Deroga la anterior ley sobre esta materia – Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección del Ambiente Atmosférico.

³³⁰ “[...] debido a los intensos cambios habidos en el largo periodo de tiempo transcurrido desde su promulgación, hoy en día ha quedado desfasada en importantes aspectos y superada por los acontecimientos. Por ello una de las principales medidas a adoptar para fortalecer y modernizar la mencionada capacidad de acción era la de elaborar una nueva ley de calidad del aire y protección de la atmósfera que permitiese dotar a España de una norma básica acorde con las circunstancias y exigencias actuales”.

³³¹ Publicado en el BOE núm. 25, de 29 de enero de 2011. Debemos advertir, que en base a la Ley 34/2007, de 15 de noviembre y de conformidad con su Disposición Final novena apartado 1, se dicta el RD 39/2011, de 28 de enero, relativo a la mejora de la calidad del aire. Este sería modificado posteriormente por el RD 39/2017 de 27 de enero de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Final novena de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, que habilita al Gobierno para que, en el ámbito de sus competencias y previa consulta con las comunidades autónomas, apruebe cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación, ejecución y desarrollo de lo establecido en dicha ley, así como a actualizar sus anexos.

de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera.

Siendo su objetivo establecer las bases para una prevención y reducción de la contaminación atmosférica y, como consecuencia de ello, reducir los daños que la contaminación pueda originar para el ser humano y su hábitat.

También incluye obligaciones similares a las establecidas por la LRM, tales como:

-Poner en conocimiento inmediato de la comunidad autónoma competente y adoptar, sin demora y sin necesidad de requerimiento alguno las medidas preventivas necesarias cuando exista una amenaza inminente de daño significativo por contaminación atmosférica -artículo 7-1 c-.

-Asimismo establece medidas de evitación de nuevos daños si se ha causado una contaminación atmosférica que ha producido un daño para la seguridad o la salud de las personas y para el medio ambiente -artículo 7- 1 d-. Los procesos de industrialización y de urbanización de grandes áreas territoriales provocan en el aire -siendo este un elemento indispensable para la vida- impactos muy negativos sobre su calidad que pueden alterar la salud de los seres vivos.

Igualmente sucede con la contaminación electromagnética generada por equipos electromagnéticos u otros elementos, como las antenas de telefonía móvil que tanto proliferan por el territorio. Debido al uso de sistemas de comunicación, usan el espacio como vehículo de transmisión electrónica, con esta contaminación, es habitual que la atmósfera se vea afectada junto con el polvo en suspensión procedente de las grandes industrias que usan el carbón para su funcionamiento, y de humos generados por la actividad humana.

La magnitud de daños que sobre ella se producen, ha hecho necesaria la articulación de un amplio repertorio de instrumentos legales tendentes a hacer

compatibles el desarrollo económico y social y la preservación de este recurso natural tan necesario.

Si tenemos en cuenta que el daño a la atmósfera es un claro ejemplo de contaminación difusa, ello dificulta notablemente imputar la responsabilidad del hecho a un sujeto determinado y establecer el nexo causal entre el daño y las actividades del operador. Conviene poner de manifiesto, una vez contaminado el aire, que éste no puede ser devuelto al estado en que se encontraba antes de ser afectado. Ello hace que se obstaculice su evaluación y reparación.

A nuestro juicio, las consideraciones que debemos formular ante el riesgo de contaminación atmosférica son:

En el caso de nuestro país, al no haber superado el grado máximo de industrialización, el Gobierno deberá actuar para proteger la atmósfera de elementos que puedan contaminarla, a través de créditos o subvenciones que puedan ayudar a las industrias a eliminar ese tipo de residuos, mediante asesoramiento, inspección y corrección.

Igualmente, con ayudas a la investigación para mejorar la tecnología en las comunicaciones electromagnéticas y aplicando normativas legales más estrictas que las actuales.

Y con la adopción de las medidas que sean necesarias para proteger el medio ambiente, proporcionando así mayor calidad de vida al ser humano por ejemplo, medidas administrativas de prohibición de determinados elementos contaminantes, v.gr. Automóviles, calefacciones, productos tóxicos usados en la agricultura y gases procedentes de la industria.

5. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA APLICACIÓN DE LA NORMA

A) Determinación de los sujetos responsables

Uno de los principales problemas que se plantea en la aplicación de la LRM, radica en la identificación del sujeto o sujetos responsables de un daño ocasionado al medio ambiente ya que no es posible adjudicar la responsabilidad, si antes no se ha determinado quién o quiénes son los verdaderos sujetos causantes del siniestro medioambiental.

Para superar dichas dificultades se han arbitrado determinadas herramientas jurídicas que contribuyen a clarificar la identidad de los responsables y establecer la relación de causalidad para poder regularizar la responsabilidad de dichas personas³³².

Muchos de los ordenamientos para facilitar dicha identificación, optan por la utilización de la definición del sujeto responsable a través de varias vías -v.gr. instalaciones, actividades de riesgo o sustancias nocivas³³³-. De este modo, la responsabilidad se vincula a los sujetos que sobre ellas tienen el control y el poder de decisión.

Este proceder le permite al legislador determinar casi con plena seguridad al sujeto o sujetos responsables, y más cuando el número de instalaciones y actividades implicadas es reducido.

De esta manera, los convenios internacionales con el fin de acotar la responsabilidad la fijan con arreglo a la actividad que desarrolla el operador y a

³³² El primer paso para establecer quién debe hacerse cargo de dicha responsabilidad lo establecía el Principio 16 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo del 3 al 14 de junio de 1992. “*Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales*”. En él se cita al sujeto contaminador como el que en principio debe cargar con los costes de la contaminación.

³³³ Vid. RUDA GONZÁLEZ, A.: *El Daño Ecológico Puro ...*, cit., pág. 227.

aquella que se considere más propensa a generar daños medioambientales se le adjudica la responsabilidad -v.gr. en el supuesto de contaminación marítima, la responsabilidad recae sobre el propietario del barco. Si se trata de transporte de mercancías peligrosas sobre el transportista, y en caso de industria sobre el operador-.

Tanto la DRM en su art. 2-6, como la LRM en el art. 2-10, señalan al “operador” como el primer responsable sobre el que recae la responsabilidad medioambiental, y por ello, la obligación de sufragar los costes económicos de las medidas reparadoras de los daños causados por sus actividades.

B) Primer responsable

Como anteriormente hemos dicho, las características que encierra todo daño ambiental hacen difícil determinar cuál es la persona responsable del hecho.

Tanto la Directiva como la LRM citan en primer lugar como sujeto responsable de un daño grave causado al medio ambiente al “operador”³³⁴, por ser la persona obligada a adoptar las medidas de prevención, evitación y reparación establecidas por la Ley -arts. 2-1 y 9-1 de la LRM-. Sobre él recae la responsabilidad de establecer las herramientas que resulten más eficaces y puedan minimizar los efectos de los daños medioambientales generados por la actividad industrial que él mismo controla. Es pues, la persona que ejerce el poder sobre la actividad y por ello, tiene la obligación de adoptar dichas medidas. Sujeto que

³³⁴ Para determinar las responsabilidades de los operadores, es necesario conocer qué es lo que se entiende por “operador”. La propia LRM, al igual que la Directiva 2004/35, al referirse a la responsabilidad en relación con la prevención y reparación de los daños medio ambientales, lo define en iguales términos. Cabe destacar que en ambas definiciones se admite la responsabilidad de las personas físicas o jurídicas ya sean públicas o privadas y que desempeñen una actividad económica o “profesional”, o, como cita el artículo, disponga de un poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico.

coincide, como ya anteriormente dijimos, con las personas previstas en el art. 9-1³³⁵ de la LRM.

Como ya se ha dicho el objetivo principal que persigue la LRM es la protección de los recursos naturales, y exige para ello que la norma incluya, dentro de su ámbito de aplicación, a cualquier persona física o jurídica, pública o privada, siempre que la misma desempeñe una actividad económica o profesional y entidades y empresas de todo tipo que sean susceptibles de originar un grave daño al medioambiente.

Uno de los principales problemas que se presentan a la hora de aplicar la responsabilidad por un daño al medio ambiente, es determinar quién o quiénes son los sujetos responsables de un daño al medio ambiente. Además, cuando se determine, a través de la prueba del nexo causal, que hay más de un responsable, surge el problema de elegir cuál es el principio de responsabilidad que se aplica, la mancomunada o la solidaria.

Como ya se ha apuntado, la LRM hace recaer la responsabilidad por daño causado al medio ambiente, en primer lugar, sobre el “operador”, exigiéndole un elenco de obligaciones citadas en el art. 19 de la Ley, consistentes en adoptar y ejecutar las medidas de evitación, prevención y, en su caso las de reparación del bien natural dañado, asumiendo el operador la totalidad de los costes de dichas obligaciones. Al operador, pues, le corresponde sufragar los gastos que se originen como consecuencia de la reparación del daño ocasionado al medio ambiente, cuando ellos resulten responsables de los mismos (art. 9 LRM)³³⁶, con las excepciones impuestas en el art. 14 de la LRM siempre que concurren las

³³⁵ “Los operadores de las actividades económicas o profesionales incluidas en esta ley están obligados a adoptar y a ejecutar las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños medioambientales y a sufragar sus costes, cualquiera que sea su cuantía, cuando resulten responsables de los mismos”.

³³⁶ Al respecto la Directiva 2004/35/CE, estableció en su art. 8-1 “*El operador sufragará los costes ocasionados por las acciones preventivas y reparadoras adoptadas en virtud de la presente Directiva*”.

circunstancias señaladas en dicho artículo. Dichas obligaciones son reforzadas por las citadas en el art. 9-1 párrafo 2º de la LRM³³⁷.

En materia de reparación la LRM, le impone al operador las obligaciones que se estipulan en su art. 19, la exigencia de las mismas está en función de que la actividad esté o no comprendida en el ámbito del Anexo III de la Ley.

De este modo el citado artículo plantea tres supuestos diferentes:

- Que la actividad del operador esté comprendida dentro del ámbito del Anexo III, en cuyo caso, está obligado a poner en conocimiento de la Autoridad competente el daño causado y a adoptar las medidas de reparación que procedan, aun no habiendo incurrido en dolo, culpa o negligencia -art. 19-1 LRM-.

- En el supuesto de que la actividad no esté comprendida en el citado anexo, el operador estará sólo obligado a poner el hecho en conocimiento de la Autoridad competente y a adoptar las medidas de evitación, siempre que no haya incurrido en dolo, culpa o negligencia.

- Si el operador provoca un daño medioambiental en una actividad que no está incluida en el Anexo III, deberá ponerlo de inmediato en conocimiento de la Autoridad competente y adoptar las medidas de evitación y, siempre que haya mediado dolo, culpa o negligencia adoptará las medidas de reparación -art. 19-2 LRM-.

Se les imponen igualmente a los operadores otro tipo de obligaciones, tales como:

³³⁷ “El cumplimiento de los requisitos, de las precauciones y de las condiciones establecidos por las normas legales y reglamentarias o de los fijados en cualesquiera títulos administrativos cuya obtención sea necesaria para el ejercicio de una actividad económica o profesional, en particular, en las autorizaciones ambientales integradas, no exonerará a los operadores incluidos en el anexo III de responsabilidad medioambiental, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 14”.

Colaborar con la Administración cuando se haya producido un daño -art. 9-3³³⁸-, en base a lo dispuesto en el art. 17-4³³⁹ del mismo cuerpo legal.

Dependiendo del daño ocasionado, la ley prevé varios tipos de medidas de reparación, consistentes en:

- Si es posible aplicar medidas correctoras que puedan retornar los recursos dañados a su estado básico, se deberán acometer dichas medidas.

- En el supuesto de no poder retornar el bien dañado a su estado básico, se deberán adoptar medidas compensatorias que sustituyan los recursos dañados por otros de parecidas características, ya sea en el lugar afectado o en otro alternativo.

6. EL OPERADOR MEDIOAMBIENTAL

A) Concepto

Para delimitar la responsabilidad de los “operadores medioambientales”, inicialmente es necesario analizar lo que se entiende por “operador”. Para ello, lo primero es conocer las particularidades que encierra dicho concepto, tanto en la DRM -art. 2-6³⁴⁰- como el definido en la LRM - art. 2- 10- del siguiente modo:

³³⁸ “Los operadores de actividades económicas o profesionales incluidas en esta ley están obligados a colaborar en la definición de las medidas reparadoras y en la ejecución de las adoptadas por la autoridad competente”.

³³⁹ “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, según lo dispuesto en el artículo 9.2, así como las medidas de prevención y evitación adoptadas. De no desaparecer la amenaza de daño a pesar de haberse adoptado las medidas de prevención o de evitación de nuevos daños, el operador lo pondrá en conocimiento inmediato de la autoridad competente”.

³⁴⁰ “Operador, cualquier persona física o jurídica, privada o pública, que desempeñe o controle una actividad profesional o, cuando así lo disponga la legislación nacional, que ostente, por delegación, un

“Operador»: Cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que desempeñe una actividad económica o profesional o que, en virtud de cualquier título, controle dicha actividad o tenga un poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico. Para su determinación se tendrá en cuenta lo que la legislación sectorial, estatal o autonómica, disponga para cada actividad sobre los titulares de permisos o autorizaciones, inscripciones registrales o comunicaciones a la Administración”.

De la interpretación de ambos preceptos, tanto de la Directiva como de la norma española, se deduce que ambas normas establecen un concepto amplio y se expresan en parecidos términos. Para la Prof^a. CASADO CASADO³⁴¹, esta definición está formulada de un modo extenso “La determinación de la responsabilidad del operador exige en primer término, la propia delimitación de su concepto configurado de una forma amplia por la LRM”. Consideramos acertada la opinión de la profesora al reseñar que el concepto de operador está estructurado de una manera amplia, por su generalidad y por no estar limitado a un grupo escueto de actividades. Esta amplitud de concepto puede generar importantes dudas acerca de cuándo estamos dentro o fuera del ámbito de responsabilidad medioambiental.

Sin embargo, para una determinación más precisa, el precepto puntualiza *“Para su determinación se tendrá en cuenta lo que la legislación sectorial, estatal o autonómica, disponga para cada actividad sobre los titulares de permisos o autorizaciones, inscripciones registrales o comunicaciones a la Administración”.*

De esta forma, estimamos que se despeja la situación de algunos supuestos tales como los de contaminación difusa, puesto que resulta determinante para la identificación del operador, conocer la identidad de la persona que se presenta

poder económico determinante sobre el funcionamiento técnico de esa actividad, incluido el titular de un permiso o autorización para la misma, o la persona que registre o notifique tal actividad”.

³⁴¹ Vid. CASADO CASADO, L.: “Atribución de responsabilidades -art .9 al 16-” AA.VV en *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*, -Coord^a. LOZANO CUTANDA. B-, Edit. Civitas, Cizur Menor, Pamplona 2008, pág. 232.

ante la Administración como la que desempeña la actividad para la cual se solicita el permiso de apertura.

A pesar de ello, los Estados miembros también podrán hacer responsables a otras partes, con arreglo a los requisitos del art. 193 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. *“Las medidas de protección adoptadas en virtud del artículo 192 no serán obstáculo para el mantenimiento y la adopción, por parte de cada Estado miembro, de medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con los Tratados y se notificarán a la Comisión”*.

En atención a todo esto, para dar respuesta al contenido de la definición aportada por la LRM, y conocer sus particularidades, partiremos de la significación de las distintas expresiones que contiene dicho concepto, puesto que, de ellas, se pueden extraer varios aspectos que debemos tener en cuenta a la hora de adjudicar la responsabilidad por un daño al medio ambiente.

Destacamos en primer lugar la expresión contenida en el mismo, *“cualquier persona física o jurídica, privada o pública”*, con ella el legislador nos da a entender que, a efectos de la responsabilidad medioambiental, la Ley considera irrelevante el carácter del causante del daño ambiental, sea esta persona física o jurídica, privada o pública³⁴², permitiéndonos también considerar como “operador” a la Administración Pública, y como tal, responsable de un daño al medio ambiente, siempre que se den los siguientes requisitos:

- Cuando la Administración sea la misma que efectúe funciones de gestión relacionadas con este medio, y de las mismas se ocasione un grave daño al mismo.

³⁴² El Código Civil establece en su art. 35, quienes pueden ser personas jurídicas.

- Que el poder de control de la actividad esté a cargo de la Administración, claro está, con la excepción apuntada en el párrafo segundo del art. 2-10 de la LRM³⁴³, y a cualquier tipo de persona jurídica privada, entre ellas a las sociedades de capital, tanto individualmente como formando grupo de sociedades de acuerdo con el art. 42-1 del CCom³⁴⁴.

Prosigue el concepto diciendo: “*que desempeñen una actividad económica o profesional*”³⁴⁵, Esta última expresión “profesional”, que el legislador español aporta al concepto de “operador” contenido en la DRM³⁴⁶, estimamos que podría dar lugar a generar dudas a la hora de adjudicar la responsabilidad, ya que podría considerarse que la actividad que desarrolla el operador tendría que ser lucrativa. Bien es verdad que la propia Ley en su art. 2 núm. 11, lo matiza al referirse a la “actividad económica o profesional” diciendo: “*Toda aquélla realizada con ocasión de una actividad de índole económica, un negocio o una empresa, con independencia de su carácter público o privado y de que tenga o no fines lucrativos*”.

De su lectura deducimos que se trata de un concepto descrito igualmente de un modo generoso, por el hecho de que encierra dentro del mismo cualquier tipo

³⁴³ “Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 14.1.b), no quedan incluidos en este concepto los órganos de contratación de las Administraciones públicas cuando ejerzan las prerrogativas que les reconoce la legislación sobre contratación pública en relación con los contratos administrativos o de otra naturaleza que hayan suscrito con cualquier clase de contratista, que será quien tenga la condición de operador a los efectos de lo establecido en esta ley”.

³⁴⁴ Por lo que respecta a la persona jurídica, debemos tener presente la modificación del Código Penal. – Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre- por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, incorpora al mismo un nuevo artículo 31 bis, mediante el cual permite la imputabilidad y la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con ello comporta sin duda nuevas perspectivas en el ámbito penal ambiental.

³⁴⁵ Definida en la LRM en el apartado 11 de su art. 2 como: “*Toda aquélla realizada con ocasión de una actividad de índole económica, un negocio una empresa, con independencia de su carácter público o privado y de que tenga o no fines lucrativos*”.

³⁴⁶ De este vocablo “profesional” debemos decir, que, durante el trámite parlamentario de la LRM en el Senado. al amparo de lo previsto en el artículo 107 del Reglamento del Senado, formula la siguiente enmienda al Artículo 2. 11. Con el -núm. 92-, por el Grupo Parlamentario Popular con el propósito de suprimir la palabra “profesional”, por entender que toda actividad profesional está encuadrada dentro del concepto de actividad económica, al igual que las actividades empresariales. Enmienda que fue rechazada. Vid. BO de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 130-5 de 17 de mayo de 2007-.

de actividad, sea pública o privada, y de que tenga o no fines lucrativos. Entendemos por ello, que el legislador español ha pretendido englobar dentro del concepto a las profesiones liberales y así abarcar mayor número de actividades, para dar mayor cobertura a la protección del medio ambiente.

Por consiguiente, incluye también a la Administración y a quienes realicen actividades sin fines lucrativos, siempre que las mismas estén dirigidas por profesionales -v.gr. asociaciones culturales y deportivas- y estén consideradas como actividades económicas, puesto que éstas determinan la aplicación de la Ley y las medidas que deben ser adoptadas por el operador. Al no exigírsele una finalidad concreta, la Prof^a. ZUBIRI DE SALINAS³⁴⁷ nos dice que debido a dicha extensión se deben incluir aquellas asociaciones, aunque las mismas no tengan fines lucrativos.

Consideramos que el desempeño de la actividad económica y profesional es una función imprescindible para ser conceptuado como “operador”, y primer responsable de un daño causado al medioambiente, Además, para asumir sus responsabilidades, es imprescindible, tal como se define en su concepto – art. 2-10 de la LRM-, que éste ejerza el cargo *“en virtud de cualquier título, controle dicha actividad o tenga un poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico”*.

Con el fin de profundizar más en el análisis del concepto de operador, nos detenemos a examinar la acepción “control” por estimar ser uno de los puntos nucleares de la expresión que utiliza la norma para conceptualización, puesto que, sobre ella, y en supuestos especiales, justificaremos nuestra hipótesis de adjudicar

³⁴⁷ ZUBIRI de SALINAS, M.: “La cobertura de la responsabilidad por los daños medioambientales mediante el seguro”. En AA.VV. *Nuevas Perspectivas de la responsabilidad por daños al medio ambiente*, -Coord. PIGRAU SOLÉ, A- Edit. Ministerio de Medio Ambiente, Madrid 2006, págs. 60-61.

la responsabilidad con carácter solidario al administrador social junto con su operador por un grave daño al medio ambiente.

Respecto a que, “*en virtud de cualquier título, controle dicha actividad*”, ni la DRM, ni la LRM, nos proporcionan un concepto concreto de lo que debemos entender por “control de dicha actividad”.

Desde el punto de vista gramatical la voz “control” se define, entre otras acepciones, como comprobación, fiscalización, intervención o donde se controla.³⁴⁸, también como dominio, mando o preponderancia³⁴⁹.

De ahí que, en determinados daños medioambientales, no se pueda precisar quién es la persona física o jurídica que ostenta el poder de controlar la actividad. En ese contexto es difícil fijar quién o quiénes son los verdaderos culpables de un daño ocasionado al medio ambiente, y más en una organización tan compleja como es la empresa. Ejemplo de ello nos lo proporcionan las sociedades filiales que están integradas en un grupo de sociedades. En este supuesto, la responsabilidad medioambiental podrá extenderse a la sociedad dominante como consecuencia de haber asumido la dirección del grupo, circunstancia que prevé el art. 10 de la LRM, claro está, siempre y cuando la autoridad competente aprecie utilización abusiva de la persona jurídica o fraude de ley.

Para una determinación más clara y precisa del concepto de “control”, debemos tener en cuenta lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, aprobado el 9 de mayo de 1993 por el Consejo de Europa. En su informe explicativo manifiesta que la noción de control debe hacerse teniendo en cuenta diversos factores, tales como: las circunstancias jurídicas,

³⁴⁸ Vid. Diccionario Trivium – Derecho y Economía. Segunda edición. Edit. Trivium S.A. Madrid 1998, pág.169.

³⁴⁹ Vid. Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición..., cit., pág. 645.

financieras y económicas que puedan determinar la persona o cargo de la actividad³⁵⁰.

Consideramos que el legislador europeo con la citada expresión contenida en el concepto de operador - art. 2-6 de la DRM “[...] o controle un actividad profesional [...]”, ha querido ampliar el ámbito de la responsabilidad ambiental, y que la misma alcance a los altos cargos de decisión de la empresa, con el fin de que la responsabilidad medioambiental contenida en el ámbito de aplicación de la misma, recaiga sobre el verdadero actor del hecho, es decir, sobre la persona o personas que en la praxis ejercen el control de la actividad, como son sus altos directivos o administradores y que de alguna de ellas parta la orden de actuación por la cual se ha originado un daño al recurso natural.

De lo expuesto y dada la variedad de situaciones que pueden surgir de la interpretación del término “control” por su indeterminación, al igual que sucede con la expresión “poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico”, no queda claro quién es la persona que realmente controla la actividad.

En este contexto, el libro Blanco sobre la responsabilidad ambiental en su núm. 4-4 titulado ¿A quién se debe responsabilizar?, determina que, en el régimen comunitario, serán responsables la persona o personas que ejerzan el control de la actividad incluida en el régimen de aplicación que haya ocasionado los daños” de modo que las decisiones que tomen las personas que controlen la actividad que ha originado los daños serán las responsables del hecho. No citando en este epígrafe a los que ostentan el poder económico de la actividad. Por ello, estimamos que en ciertos supuestos de extrema gravedad del daño ocasionado al medio ambiente y cuya causa fue debida a una orden directa de la persona responsable, que en el

³⁵⁰ CASADO CASADO. L. Capítulo VII Atribución de responsabilidades... cit. pág. 236.

caso de sociedades de capital sería el administrador o el consejero delegado, a ambos podría considerárseles responsables solidarios junto con el operador.

El concepto de operador de la LRM sigue diciendo, “que *tenga un poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico*”³⁵¹. Entendemos que dicho poder debe estar acompañado por una solvencia económica que le permita llevar a cabo los fines y el desarrollo de la actividad económica o profesional que dirige, y, además, es necesario que el control de la actividad lo ejerza de manera directa. Es decir, que las decisiones que tome afecten directamente al desarrollo de la actividad.

La LRM nos dice al respecto que para su determinación debemos atenernos a lo que dispongan las legislaciones sectoriales, estatal o autonómicas, para cada actividad. Por consiguiente, para saber, en concreto, quién es el operador acudiremos a los sistemas administrativos de la Administración que concede las licencias y autorizaciones para la apertura de la actividad, y las personas que figuren en las mismas serán las responsables de los daños que dichas actividades originen. Así podremos determinar quién o quiénes pueden ser considerados operadores³⁵².

Por lo que atañe a las CC. AA, al igual que deciden qué actividades pueden estar sometidas a la LRM, pueden asignar los sujetos responsables, en virtud del título competencial que les otorga la Constitución española, relativo al establecimiento de normas adicionales de protección del medio ambiente establecidas en el art. 148-9 de la CE³⁵³. De lo que deducimos que la legislación

³⁵¹ Expresión contenida tanto en la LRM, vid., apartado 10 del art. 2 de la LRM, como en la DRM -, vid. art. 2, 6 DRM-.

³⁵² La Directiva, atribuye a los Estados la competencia para determinar las personas responsables de un daño ambiental, permite también la utilización de este criterio, en su art. 2-6 al definir al “operador” ya que puntualiza: “*cualquier persona física o jurídica, privada o pública, que desempeñe o controle una actividad profesional o, cuando así lo disponga la legislación nacional, que ostente, por delegación, un poder económico determinante sobre el funcionamiento técnico de esa actividad, incluido el titular de un permiso o autorización para la misma, o la persona que registre o notifique tal actividad*”.

³⁵³ “*La gestión en materia de protección del medio ambiente*”.

sectorial, estatal o autonómica, le puede atribuir la condición de “operador” a quien sea titular de los permisos administrativos, autorizaciones o inscripciones registrales para el funcionamiento de cada actividad.

De lo expuesto, se deducen algunas conclusiones, tales como:

-El legislador español no sólo tuvo en cuenta lo establecido en la DRM sobre el concepto de “operador”, sino que lo amplía en la LRM, considerando como tal, al que, en virtud de cualquier título, controle el desarrollo de una actividad económica o profesional. Esta última idea acrecienta notablemente el círculo de personas que en una primera instancia son las que “desarrollan” una actividad.

-Para la identificación del operador, será un dato muy relevante quién se presente ante la Administración como la persona que desempeña dicha actividad a través del correspondiente permiso, autorización, inscripción registral o comunicación. Tal como se expresa la Ley -“*se tendrá en cuenta lo que la legislación sectorial, estatal o autonómica, disponga para cada actividad [...]*”- parece que éste es el primer dato al que habrá que atenerse para identificar al operador, y sólo si con este dato se llega a un resultado insatisfactorio, podría acudirse a otros criterios.

-Para que el operador responda por sus actividades, es necesario que “*éste las controle o que tenga un poder económico que sea determinante para su funcionamiento técnico*”. Por tal debe entender que dicho poder condicione su desarrollo, no siendo suficiente la simple aportación económica, por amplia que sea la misma. Por tal motivo una entidad bancaria que ha contribuido a la ampliación de capital de una actividad, no se puede considerar operador a los efectos de la responsabilidad medioambiental, puesto que, además de la aportación económica tendría que controlar la actividad y eso no ocurre.

Por último, para finalizar con el análisis del concepto de operador, debemos tener presente la exclusión de tal concepto de los órganos de contratación de las Administraciones Públicas³⁵⁴ cuando ejerzan las prerrogativas que les reconoce la legislación sobre contratación pública en relación con los contratos administrativos o de otra naturaleza que hayan suscrito con cualquier clase de contratista. En tal caso será éste el que tenga la condición de operador a los efectos de lo establecido en la Ley. Ello no quiere decir que las Administraciones Públicas no puedan tener la condición de operadoras, lo que sí excluye de dicho concepto a los órganos de contratación de las Administraciones públicas cuando ejerzan las prerrogativas que les reconoce la legislación en relación con los contratos administrativos.

B) Responsabilidad solidaria y subsidiaria con el operador

El Capítulo II de la LRM bajo la rúbrica “Atribución de Responsabilidades”, establece la obligación de los operadores de adoptar y ejecutar las medidas de prevención, de evitación y de reparación de los daños medioambientales, y de sufragar los costes que sean necesarios para su reparación sin importar su cuantía económica, siempre que resulten responsables de los mismos³⁵⁵.

De su contenido interesa destacar el art. 13 de la LRM, referido a los supuestos de responsabilidad solidaria y subsidiaria relacionados con el pago de obligaciones pecuniarias que resulten de la aplicación de esta Ley, que alcanza tanto a los operadores como a otros sujetos que tendrán que hacer frente a obligaciones derivadas de la Ley, bien como responsables solidarios o subsidiarios.

³⁵⁴ Vid. párrafo segundo del arts. 2-10 de la LRM.

³⁵⁵ Art. 9-1 de la LRM.

Del citado artículo cabe mencionar en primer lugar la norma que afecta a la responsabilidad solidaria contenida en su apartado 1.

“Serán responsables solidarios del pago de las obligaciones pecuniarias que resulten de esta ley los sujetos a los que se refiere el artículo 42.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria”.

La norma referida al art. 42-2 LGT³⁵⁶, establece como responsables solidarios los administradores de hecho y de derecho de las personas jurídicas, habiendo éstas cometido alguna infracción tributaria o habiendo adoptado acuerdo que posibilitasen la misma.

La segunda norma a tener en cuenta contenida en el art. 43-2 de la LGT, establece otro tipo de responsabilidad, “la subsidiaria” respecto al operador, es decir, que en primer lugar responde el operador de las obligaciones pecuniarias frente a la Hacienda Pública y, en caso de que éste no cumpla con su obligación o no pueda asumir la deuda que el ente público le asigne, serán, la persona o personas establecidas en sus apartados a), b) y c) las que asuman dicha responsabilidad.

La LGT establece que se podrán configurar como responsables solidarios o subsidiarios junto a los deudores principales³⁵⁷ otras personas sean estas físicas o entidades -art. 41-1-, llamados obligados tributarios. Añadiendo en su apartado segundo *“Salvo precepto legal expreso en contrario, la responsabilidad será*

³⁵⁶ *“También serán responsables solidarios del pago de la deuda tributaria pendiente y, en su caso, del de las sanciones tributarias, incluidos el recargo y el interés de demora del período ejecutivo, cuando procedan, hasta el importe del valor de los bienes o derechos que se hubieran podido embargar o enajenar por la Administración tributaria, las siguientes personas o entidades:*

a) Las que sean causantes o colaboren en la ocultación o transmisión de bienes o derechos del obligado al pago con la finalidad de impedir la actuación de la Administración tributaria.

b) Las que, por culpa o negligencia, incumplan las órdenes de embargo.

c) Las que, con conocimiento del embargo, la medida cautelar o la constitución de la garantía, colaboren o consientan en el levantamiento de los bienes o derechos embargados, o de aquellos bienes o derechos sobre los que se hubiera constituido la medida cautelar o la garantía.

d) Las personas o entidades depositarias de los bienes del deudor que, una vez recibida la notificación del embargo, colaboren o consientan en el levantamiento de aquéllos”.

³⁵⁷ A efectos de esta Ley, se consideran deudores principales los citados en el apartado 2 del art. 35 de la LGT.

siempre subsidiaria”. La Ley en su art. 43-1 puntualiza quienes serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria.

Tanto en los casos de responsabilidad solidaria como subsidiaria, la exigibilidad de las responsabilidades pecuniarias a los responsables solidarios y subsidiarios se exigirá mediante los procedimientos de ejecución, en los términos establecidos en la legislación tributaria y recaudación de ingresos de Derecho público según se dispone en el art. 13-3 de la LRM³⁵⁸.

Lejos de entrar en el análisis de estos tipos de responsabilidad, más adelante tendremos ocasión de profundizar en estas cuestiones, en concreto en los epígrafes siguientes correspondientes a los responsables solidarios y subsidiarios.

C) El administrador social como sujeto responsable de los daños medioambientales

Tal como se acaba de indicar, las obligaciones impuestas por la LRM a los operadores se ven reforzadas en base a lo establecido en su Capítulo II relativo a la atribución de responsabilidades, puesto que aporta una serie de reglas para los casos en que la responsabilidad recaiga sobre otros sujetos donde pueda existir pluralidad de responsables. A dichos efectos el art. 13 de la LRM prevé que determinadas personas, sin ser consideradas operadores, tienen que hacer frente a las obligaciones que se derivan de la norma como responsables solidarios o subsidiarios.

Entendemos con ello que la responsabilidad medioambiental abre nuevas vías para que la misma recaiga sobre la sociedad y sus administradores, pudiendo

³⁵⁸ “*Estas responsabilidades pecuniarias se declararán y exigirán en los procedimientos de ejecución, en los términos establecidos en la legislación tributaria y de recaudación de ingresos de Derecho público*”.

convertir a éstos en responsables solidarios y subsidiarios junto con sus operadores.

Por ello, en nuestra opinión, situamos en el ámbito de las responsabilidades a los administradores sociales, considerándolos responsables solidarios ante ciertos supuestos que nosotros estimamos graves y que han intervenido directamente en la causación del daño medioambiental. Ejemplo de ello, lo tenemos en la compañía minera Boliden-Apirsa, S.L, responsable de la rotura de la balsa de Aznalcollar, hecho ocurrido el 25 de abril de 1998 y que provocó el derrame de seis millones de metros cúbicos de vertidos tóxicos al río Agrio en las cercanías del Parque Nacional de Doñana. Accidente que afectó a tierra de cultivo, flora y fauna de un gran interés ecológico. De lo que deducimos que los administradores de la citada compañía estaban obligados por el deber de diligencia³⁵⁹, que lleva implícito el deber de vigilar y que deriva de la propia obligación de desempeñar el cargo con la diligencia que la LSA de 1989 le imponía -art. 127-, consistente en cumplir con los diferentes deberes impuestos por la ley, por los estatutos y por otras normas internas de conducta establecidas por la sociedad, es decir, deberían haber programado inspecciones periódicas de la balsa por la peligrosidad de su contenido para el medio ambiente.

En un caso como éste hay que estimar que la actuación de los administradores no fue conforme con lo preceptuado en el art. 9-1 de la LRM³⁶⁰-

³⁵⁹ Art. 225 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital -Deber general de diligencia-.

“1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos.

2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.

3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones”.

³⁶⁰ *“Los operadores de las actividades económicas o profesionales incluidas en esta ley están obligados a adoptar y a ejecutar las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños*

, cuyo principal objetivo es la prevención, puesto que, si los administradores no cumplen con dicho deber, se ven sometidos a responsabilidad.

Antes de adentrarnos en esta posible responsabilidad de los administradores efectuaremos una referencia al régimen general de responsabilidad de los administradores sociales en el cumplimiento de su deber.

D) Régimen de responsabilidad del administrador social en general

El régimen de responsabilidad de los administradores societarios constituye un tema importante tanto en el ámbito mercantil como en el tributario. En el primero, por su constante evolución en referencia a sus deberes y a sus responsabilidades, desde la LSA de 1951 hasta la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo, y que ha supuesto un endurecimiento de la responsabilidad para los administradores sociales.

En el momento presente, la responsabilidad de los administradores está determinada en el Capítulo V del LSC, en concreto en su art. 236-1. Esta responsabilidad establecida *ex lege*³⁶¹, emana como consecuencia “*del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa*”.

La responsabilidad que se les atribuye a todos los componentes del órgano de administración tiene el carácter de orgánica³⁶², ya que la misma está inmersa

medioambientales y a sufragar sus costes, cualquiera que sea su cuantía, cuando resulten responsables de los mismos.

³⁶¹ ALONSO UREBA, A.; “Presupuestos de la Responsabilidad Social de los administradores de una sociedad anónima”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 198, Madrid 1992, pág. 665.

³⁶² En este sentido la doctrina mercantilista es unánime. Vid. DÍEZ ECHEGARAY, J .L.; La teoría orgánica es tomada del Derecho público. Esta teoría considera al administrador como un órgano social imprescindible para la sociedad y el único medio de actuación de la misma ante terceros.

en las relaciones internas en las que la administración asume competencias propias y autónomas. Motivo por el cual el origen de la responsabilidad social e individual se deriva del incumplimiento de las obligaciones propias de su cargo³⁶³ y, por tanto, responden en conjunto todos los componentes del órgano de administración, no siéndoles aplicable dicha responsabilidad a quienes no formen parte de dicho órgano -v.gr. gerentes, apoderados, directores generales-³⁶⁴. Solamente podrán exonerarse de responsabilidad los administradores que puedan probar que no han participado en la aprobación ni en la ejecución del acto o acuerdo lesivo que ha originado el daño.

En el punto 3 del mencionado artículo 236. TRLSC., tras la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre 2014, la responsabilidad se extiende igualmente a los que pudieran ser calificados como administradores de hecho³⁶⁵. Sobre el concepto y la figura de este tipo de administradores se pronuncia la STS de 8 de abril de 2016³⁶⁶, la cual nos servir de orientación para delimitar los perfiles de dicho actor. A tal fin el apartado 3º del art. 236 TRLSC matiza el concepto de dicha figura “*A tal fin, tendrá la consideración de*

La doctrina mercantilista califica a la responsabilidad del administrador, en primer lugar, de orgánica, en el sentido de que deriva del incumplimiento de funciones inherentes al cargo del administrador y, en segundo lugar, de personal, en el sentido de que la responsabilidad se le imputa a las personas que ejercen el cargo de administrador. *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de las sociedades de Capital*. Edit. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor -Navarra- 2004, pág. 67.

³⁶³ Vid. MUÑOZ PÉREZ. F.: “Presupuestos de responsabilidad de los administradores”. En AA.VV *La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*. -Coord. GUERRA MARTÍN. G.-. Edita La Ley, Las Rozas -Madrid- 2011, Capítulo III, pág. 118.

³⁶⁴ Vid. ALONSO UREBA.; *Presupuestos de la responsabilidad social...*, cit., pág. 653.

³⁶⁵ La descripción de esta figura está expresamente establecida en el apartado núm. 3 del art. 236 de la LSC, apartado que ulteriormente sería modificado por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo. En su artículo único núm.20, sitúa en el mismo plano de responsabilidad al administrador de hecho que al administrador de derecho.

³⁶⁶ Del siguiente modo: “La única definición que existe en nuestro Derecho positivo sobre la figura del administrador de hecho se recoge, a efectos de extensión de la responsabilidad societaria, en el art. 236-3 de la LSC, conforme a lo cual “*tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.*” Dicho precepto, nos puede servir de orientación para delimitar los perfiles de esta figura.

administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”.

Con la definición aportada sobre la misma, consideramos que es un paso importante para contribuir a dar mayor seguridad jurídica a la polémica que rodeaba al administrador social.

Con mayor amplitud analizaremos la figura del administrador de hecho más adelante en este mismo Capítulo, núm. 6 letra E) con el título “El Administrador de hecho”.

Bien es verdad que esta misma responsabilidad se extiende a otros sujetos citados en los apartados 4³⁶⁷ y 5³⁶⁸ del art. 236 la LSC. En tales supuestos el Prof. GARCIA-CRUCES señala:

-En el primer caso referido al Consejo de administración, “cuando la estructura de la administración fuera la de Consejo y en éste no hubiera nombrado uno o varios consejeros delegados, serán las personas que tengan atribuidas las facultades de más alta dirección de la sociedad quienes quedan sujetas al régimen previsto para los administradores sociales, resultándoles exigible el régimen de responsabilidad dispuestos para éstos.

-En el segundo caso, “de igual manera, cuando la administración de la sociedad quede configurada a un administrador persona jurídica, se habrá de

³⁶⁷ “Cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores serán aplicables a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad, sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con ella”.

³⁶⁸ “La persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador”.

seguir el mismo criterio en relación con la persona natural que hubiera sido designada como representante de tal administrador persona jurídica en la sociedad administrada”³⁶⁹.

En los dos supuestos que indica el profesor García Cruces, en el primero de ellos -apartado 4-, admite la posibilidad de que la responsabilidad se extiende a las personas que tengan asignadas facultades de más alta dirección de la sociedad. Para ello es necesario que el Consejo de administración no haya nombrado consejeros delegados, en tal caso la responsabilidad recaerá en las citadas personas -v.gr. directores generales-, de manera que no será preciso acreditar que éstos ostentan la condición de “administradores de hecho”, y así poder ejercitar las acciones de responsabilidad que correspondan contra ellos.

En el segundo supuesto -apartado 5-, la responsabilidad se extiende igualmente a la persona física que representa al administrador persona jurídica. Con esta medida ambos responden solidariamente por el daño que hayan causado, así la persona física no podrá eludir su responsabilidad en el hecho.

La configuración de los administradores en la LSC les adiciona mayores responsabilidades que cuando estaban sujetos al contrato de mandato -Código de comercio-, por tener mayor relación éstos con la sociedad y como único medio de actuación frente a terceros.

Se trata de una responsabilidad por culpa, ya que para que se origine el deber de indemnizar, es necesario que exista culpa por parte de quien ha ocasionado el daño, y ésta se presume cuando los administradores sociales ejecutan actos que sean contrarios a la ley y a los estatutos de la sociedad. Por consiguiente, el daño no es suficiente para que surja la responsabilidad, sino que

³⁶⁹ GARCIA-CRUCES, J.A.: *Sociedades de Derecho Mercantil*. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2016, pág. 367.

es necesario que su actuación esté inmersa en alguna de las categorías de la culpa³⁷⁰.

Hay culpa cuando no se previó aquello que con la diligencia debida podría haberse evitado³⁷¹. En relación con las competencias establecidas en la LSC, ésta le dedica un precepto, el art. 209³⁷² en el que le atribuye al “órgano”³⁷³ de administración competencias exclusivas sobre determinados actos y materias de gestión y representación en los términos establecidos en la ley, las cuales tienen carácter autónomo y exclusivo y están encaminadas al desarrollo de la sociedad.

Una de las principales exigencias que los arts. 236 y ss. de la LSC les imponen a los administradores, es la de actuar en el ejercicio de sus funciones con la diligencia que requiere el cargo y cumplir con los deberes que la LSC y el estatuto les exige, es decir, no realizar conductas que ocasionen daños a la propia sociedad, a los accionistas y a terceros que pueden verse afectados en sus intereses por las actuaciones de los administradores en el ejercicio de sus funciones. Por esta serie de razones, es importante conocer qué clase de acciones de responsabilidad se pueden ejercitar y qué personas están legitimadas para ello.

Las dos vías fundamentales de que dispone el perjudicado por la actuación de los administradores, establecidas en la LSC son: la acción social regulada en el art. 238 y la acción individual reglada en el art. 241. La Ley distingue estas dos acciones en función del bien jurídico a proteger:

³⁷⁰ DÍAZ EZCHEGARAY J.L.: *La responsabilidad Civil...*, cit., .pág. 279.

³⁷¹ El Código Civil en su art. 1104 dispone “*La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia*”.

³⁷² Art. 209 TRSC “*Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley*”.

³⁷³ Al referirnos a la expresión “órgano”, no es sólo una persona física-jurídica que le sirve de titular, tampoco lo es el conjunto de funciones que debe ejercitar y que le están encomendadas, sino que está integrado por el conjunto de ambas, en tal sentido que los actos realizados por el “órgano” son actos de la propia persona jurídica.

- La acción social, su naturaleza es indemnizatoria, su finalidad es la protección del patrimonio de la sociedad, resarcido a la misma por los daños directos que le ha causado el administrador en el ejercicio de su cargo, los cuales se derivan de los actos u omisiones ejecutados por éste.

- La acción individual, trata de restituir al patrimonio personal de los socios y terceros los perjuicios por actos u omisiones de los administradores que lesionen los intereses de aquéllos en el ejercicio de sus funciones.

En ambas acciones, el denominador común para que surja la responsabilidad, es que se produzca un daño y que éste podrá ser directo o indirecto³⁷⁴. Se considera acto directo aquél que incide de forma directa sobre el patrimonio o intereses del perjudicado -v.gr. supuesto previsto en el art. 241 de la LSC-. Por indirecto cuando se perjudica el patrimonio de la sociedad quedando afectados los intereses de los socios y terceros.

La legitimación para ejercer la citada acción ante los Juzgados de lo mercantil, son:

En principio, corresponde a la propia sociedad que tendrá que contar con el acuerdo previo favorable de la Junta General -art. 238-1 LSC-, pudiendo darse la situación de que ésta renuncie al ejercicio de la acción, siempre que no se opongan el socio o los socios que representen al menos el 5% del capital social.

³⁷⁴ Se entiende por directo aquél que incide de forma directa sobre el patrimonio o intereses de socios y terceros supuesto previsto en el art. 241 LSC, y por indirecto cuando el daño ha perjudicado el patrimonio de la sociedad, es decir, quedan afectados los intereses de los socios y terceros, a éstos les puede inferir en la lesión de su derecho de crédito y la posibilidad total o parcial de recuperar el mismo frente a la sociedad.

a) Acción social de responsabilidad

Confirmada dicha situación, los socios están legitimados para su ejercicio en defensa del interés social, el socio o los socios que individualmente o por grupo posean el 5% del capital social, siguiendo los requisitos establecidos en el art. 239 LSC -, tales como:

-Cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin.

-Cuando la sociedad no la inicie dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando este hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad.

-El socio o los socios que representen la minoría, podrán ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad, sin necesidad de someter la decisión a la junta general.

-Por último, podrán ejercitar la citada acción social de responsabilidad contra los administradores en base a lo preceptuado en el art. 240, siempre que la sociedad o sus socios no la haya ejercitado, y que el patrimonio social resulte insuficiente para satisfacer sus créditos. En la praxis tanto los accionistas como los acreedores no han demostrado gran interés en interponer la citada acción, y una de las principales razones es que con dicho ejercicio no obtienen ningún beneficio, puesto que aun siendo condenados los administradores a indemnizar a la sociedad, el importe de ésta revierte íntegramente en la sociedad y no en el cobro efectivo de los acreedores.

La regla establecida en el precepto 239-1, contiene una excepción en su párrafo segundo³⁷⁵, en tal supuesto no es necesario el acuerdo de la Junta General, tal como dice el profesor García Cruces, “no resultará necesario el acuerdo de la junta general, pudiendo el socio o socios acudir al ejercicio directo de la acción, siempre y cuando alcancen el cociente de capital señalado”³⁷⁶.

Igualmente, los acreedores podrán ejercitar la llamada “acción de responsabilidad solidaria de los administrados”, prevista en el art. 367 de la LSC contra los administradores en los casos que el citado artículo establece:

“Que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución”.

Sobre los requisitos necesarios para poder ejercitar la acción social, cabe destacar aquí la STS de 16 de abril de 2018³⁷⁷.

En referencia a la prescripción de la acción, la Ley 13/2014, de 3 de diciembre anteriormente citada, ha incluido en la LSC un nuevo art. 241 bis³⁷⁸ referente a la prescripción de acciones de responsabilidad, en el sentido de que ambas acciones -social e individual- , “prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse”.

³⁷⁵ “El socio o los socios a los que se refiere el párrafo anterior, podrán ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la junta general”.

³⁷⁶ Vid. GARCÍA-CRUCES, J.A.: *Derecho de Sociedades...*, cit. Pág. 70.

³⁷⁷ STS 221/2018, Sala 1ª de lo Civil, del 16 de abril de 2018, siendo Ponente el Ilmo. FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO.

³⁷⁸ “La acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse”.

Por el contrario, el art. 949 del CCom. Establece “*La acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración*”.

La introducción de esta nueva regla en la LSC -art. 241 bis-³⁷⁹, frente a la ya establecida en el Código de Comercio, Título II, titulado “De las prescripciones”, ha suscitado numerosos problemas de interpretación, referidos a la prescripción y fijación del plazo para ejercer las acciones contra los administradores sociales.

Dicho lo anterior y lejos de entrar en el análisis, consideramos que ambos preceptos son complementarios, en el sentido de que la nueva regla contenida en el art. 241 LSC, se refiere exclusivamente al ejercicio de la “acción social e individual”, sin citar la acción de responsabilidad por deudas del art. 367 LSC. Por el contrario, la que contempla el art. 949 del CCmo., ésta sí recoge todas las acciones contra los socios gerentes y los administradores.

Otra de las diferencias existentes es la naturaleza de cada acción -v.gr. la social e individual son las típicas de las acciones por daño, no así la acción de responsabilidad por deudas sociales-.

Por todo ello consideramos que la acción social y la individual se registrarán por lo establecido en el art. 241 bis de la LSC y la acción de responsabilidad por deudas se seguirá rigiendo por el art. 949 del CCom., por no estar éste derogado.

³⁷⁹ La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que modifica la LSC, introduce esta nueva norma referida al plazo para ejercitar las acciones sociales y la individual de responsabilidad en las sociedades de capital.

b) Acción Individual de responsabilidad

La acción contenida en el art. 241 de la LSC, llamada acción individual de responsabilidad, más que regular el ejercicio de la propia acción, se limita a establecer “*Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos*”.

Su finalidad es la restauración del patrimonio individual de los socios y de terceros que hayan sido dañados directamente por actos u omisiones culpables, debido a la actuación de los administradores en el ejercicio de su actividad orgánica, y su fundamento reside en el deber de diligencia que el administrador tiene que observar en todo momento como un ordenado empresario, siempre que sus actos estén relacionados en el ejercicio de su cargo en su actuación como órgano social, pues de lo contrario, estaríamos en el ámbito de la esfera personal y por tanto en el marco de la responsabilidad extracontractual -art. 1902 del CC.-, cuando los actos lesivos originados por los administradores se hayan ejecutado fuera del ejercicio de su cargo³⁸⁰.

Su naturaleza jurídica puede ser contractual o extracontractual, se considera contractual cuando los actos u omisiones lesivos llevados a cabo por los administradores, entran en el ámbito de la competencia orgánica, y por tanto, serán actos de responsabilidad contractual. Por el contrario si dichos actos u omisiones los realiza el administrador fuera del ámbito y del ejercicio de sus funciones, estaríamos ante una acción de naturaleza extracontractual con la exigencia de los presupuestos del art. 1902 CC.

³⁸⁰ Sentencia de la AP de Cantabria de 28 de abril de 1994, RJAC 1994/636. Cuando se trata de daños causados directamente a los socios, la acción puede ser extracontractual si el daño proviene de la actuación no orgánica del administrador frente al socio, aun dentro de su función”.

En referencia a quienes están legitimados para para interponer este tipo de acción, el art. 241 de la LSC no deja lugar a dudas, en sentido amplio nos viene a decir que pueden ejercitar la acción cualquier socio o terceros³⁸¹ que se vean directamente perjudicado en sus intereses, por la actuación negligente del administrador, es decir por un acto u omisión de éste.

Los presupuestos para ejercitar la acción de cara a exigir la responsabilidad del administrador son:

- Que el daño se haya causado directamente a los socios y a terceros.
- Que se trate de un acto u omisión ejecutado por el administrador en el ejercicio de su función.
- Que exista el nexo causal entre el acto y el daño causado.

La jurisprudencia trata de precisar más el contenido del citado precepto - 241 LSC-, añadido más requisitos para la exigencia de responsabilidad del administrador, ejemplo de ello nos lo brinda la STS. 131/2016, de 3 de marzo de 2016³⁸², referida a la acción individual de responsabilidad contra administradores sociales por incumplimiento de sus deberes legales, por la omisión del deber de constituir avales o garantizar las cantidades entregadas a cuenta para la adquisición de viviendas por la mercantil “Mertom Instalaciones, S.L” legalmente reconocidos, contra los administradores de la Sociedad “Nener Inmobiliaria, S.L”.

La demanda fue presentada el 9 de septiembre de 2011 y repartida al Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona, este la admite y en su fallo, acuerda admitir la demanda, y como consecuencia condena a los administradores de la

³⁸¹ Podemos considerar como tal, *“cualquier persona que no pertenezca a la mercantil y que haya sufrido un perjuicio como consecuencia de los actos realizados por el administrador contrarios a la ley y a los estatutos”*, -la cursiva es nuestra-.

³⁸² Vid. STS 131/2016, de 3 de marzo de 2016, núm. de Recurso 2310/2013.

mercantil -“Nener Inmobiliaria, S.L”. paguen de forma conjunta y solidaria a la actora la cantidad de 90.149,64 euros. [...].

Dicho fallo fue recurrido en apelación por los administradores implicados contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de Barcelona. La resolución de estos recursos correspondió a la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona. En su fallo estima los recursos presentados por los administradores contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1, se revoca y se desestima la demanda formulada por “Mertom Instalaciones SL.”

La representación de “Mertom Instalaciones, S.L” interpone recurso de casación por tres motivos:

1. El primer motivo denuncia infracción del art. 225 LSC, en relación con los arts. 133 y 135 LSA -actuales arts. 236-1 y 241 LSC- y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la acción individual de responsabilidad de administradores sociales.

2. El segundo motivo plantea infracción de los arts. 133 y 135 LSA - actuales arts. 236-1 y 241 LSC- y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la acción individual de responsabilidad de administradores sociales por incumplimiento de una sociedad promotora de la obligación de entregar a los compradores los avales y garantías legalmente impuestos en la Ley 57/1968, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

3. El tercer motivo plantea infracción de los arts. 133 y 135 LSA - actuales arts. 236-1 y 241 LSC-, y resalta la existencia de resoluciones contradictorias de las Audiencias Provinciales.

Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a la Sala 1ª del Tribunal Supremo, que acuerda admitir el recurso de casación.

Todo ello por el incumplimiento de la sociedad inmobiliaria de entregar a los compradores los avales y garantías legalmente impuestos en la Ley 57/1969, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

En su decisión la Sala en sus puntos 3 y 4 expresa:

“3- En casos como el presente, los administradores tienen la obligación de cumplir y respetar las normas legales que afectan a la actividad social o sectorial. El cumplimiento de este *deber objetivo de cuidado*, que consiste en no dañar a los demás, exige emplear la diligencia de un *ordenado empresario* y cumplir los deberes impuestos por las leyes -art. 225-1 LSC-, en relación con los terceros directamente afectados por su actuación. La infracción de este deber supone un incumplimiento de una obligación de la sociedad, que es imputable a los administradores, por negligencia, en el ejercicio de sus funciones en el cargo, en su actuación como órgano social.

4- En principio, del daño causado a terceros responde la sociedad, sin perjuicio de que ésta pueda repetir contra sus administradores una vez reparado, mediante el ejercicio de la acción social de responsabilidad -art. 238 a 240 LSC- [...]”.

Ajuicio de la Sala, concurren todos los presupuestos para que deba prosperar la acción individual de responsabilidad, de acuerdo con la doctrina sentada por esta Sala en la sentencia antes indicada y las que en ella se citan - SSTTS 396/2013, de 20 de junio; 15 de octubre de 2013; 395/2012, de 18 de junio; 312/2010, de 1 de junio; y 667/2009, de 23 de octubre, entre otras-.

Falla la Sala confirmando todos los pronunciamientos de la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil Núm. 1 de Barcelona.

De todo lo expuesto del desarrollo de la sentencia del TS 131/2016, estimo que la misma explica perfectamente la situación de los administradores frente a

terceros, distinguiéndose entre la responsabilidad que debe asumir la sociedad y la que les corresponde a los administradores sociales, de tal forma que la responsabilidad de éstos no se identifique con la de la sociedad.

Matiza igualmente cual es el daño que corresponde a la mercantil, que nace como consecuencia de la omisión de cuidado que podría impedir dicho daño. Se trataría de la omisión o la infracción de los deberes de diligencia en la gestión social, la cual distingue dos campos de actuación de los administradores, uno interno o de competencia orgánica que está regido por la ley y por los estatutos de la sociedad, y otro por la gestión externa que pueda dar lugar a la generación de daños, tanto por la actuación negligente de éstos, como por su pasividad en el ejercicio de sus funciones.

En referencia a la exoneración de los administradores, diremos que es un instrumento jurídico que contiene una presunción “*iuris tantum*”, mediante la cual se le concede al administrador no culpable eludir los efectos de la presunción de culpa una vez que ha sido acreditada la responsabilidad del conjunto de los miembros del Consejo. De esta forma, se coordina solidaridad en la culpa con la responsabilidad personal de cada uno de ellos, y para que surja efecto, es necesario conocer la distribución de la carga de la prueba, para ello es necesario recurrir al art. 217-2 de la LEC³⁸³, donde se desprende la obligación de probar la certeza de los hechos y las pretensiones que figuren en la demanda contra el administrador.

Una vez acreditado el daño, serán los propios administradores quienes de muestren que se han empleado con la mayor diligencia para evitarlo.

Sobre este tema cabe hacer referencia a varios supuestos específicos para que los miembros del órgano del Consejo de administración sean exonerados

³⁸³ “Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención”.

individualmente de su responsabilidad, tal como puntualiza el art. 237 LSC., “[...] salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél”.

En los supuestos citados en dicho precepto, no cabe pensar en la exoneración del administrador, cuando este alega el desconocimiento del acto lesivo, puesto que el deber fundamental del administrador de actuar con la diligencia debida³⁸⁴ le lleva a conocer en todo momento las actuaciones del Consejo y el alcance del acuerdo adoptado sólo con la simple lectura del orden del día del Consejo. Bien es verdad, que en estos casos debe analizarse cada uno por separado.

Respecto a que, ” hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél”, estimamos que lo que pretende el legislador con dichas expresiones, es situar en planos distintos los dos requisitos para la exoneración de la responsabilidad, dando carácter prioritario a la primera expresión “hicieron todo lo conveniente para evitar el daño” y carácter subsidiario a la segunda “al menos, se opusieron expresamente a aquél”. Este último requisito, amplía las causas de exoneración, puesto que no es suficiente para la exoneración sólo votar en contra del acuerdo, sino que además habrá que hacerlo constar expresamente.

Cabe hacer notar que las normas que regulan el ámbito de la responsabilidad de los administradores y el de las acciones legales para la exigencia de dicha responsabilidad, tienen carácter de derecho necesario. Cualquier cláusula estatutaria de exoneración o limitación de la responsabilidad

³⁸⁴ Debemos puntualizar, que el deber de diligencia, además de servir de pauta de conducta de los administradores., les obliga a realizar los actos necesarios para el buen gobierno de la sociedad mercantil y de servir os intereses propios de ésta, pero nos le inhibe de hacerlo igualmente frente a los socios y a terceros, lo que les exige someterse al régimen de responsabilidad establecido en el art. 241 de la LSC.

de los administradores debe calificarse como nula, y cualquier acuerdo previo o posterior de la Junta de exoneración o renuncia a la exigencia de responsabilidad debe considerarse como no vinculante.

Esta última acción el Prof. GARCÍA-CRUCES la califica de “acción de naturaleza indemnizatoria dirigida a reparar el daño causado a los socios y terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos”³⁸⁵.

E) Régimen de responsabilidad de los administradores sociales en la LRM

Con respecto a la responsabilidad medioambiental, el art. 13 LRM permite incluir en el mismo a los administradores de las sociedades que sean responsables de las actividades susceptibles de causar daños medioambientales.

Dicho art. 13 prevé dos tipos de responsabilidades: solidaria y subsidiaria. Ante la existencia de un daño medioambiental, la norma jurídica establece la posibilidad de exigir el cumplimiento a otros sujetos, además del operador. La cuestión que en este epígrafe pretendemos analizar es la inclusión dentro de estos sujetos a los administradores de las sociedades de capital. Para tal fin comenzamos por exponer dicha relación en los diferentes regímenes legislativos, medioambiental y tributario.

a) Responsabilidad medioambiental.

En principio, la ley que la regula sólo hace referencia a la responsabilidad del “operador” en sus diferentes actuaciones, canalizando ésta sobre dicha figura

³⁸⁵ GARCIA-CRUCES, J.A.: *Sociedades de Derecho...*, cit. pág. 367.

y dejando sin imputación alguna a los administradores sociales de las sociedades que han generado el daño, con la única excepción de los supuestos referidos a la deuda tributaria, la cual abordaremos más adelante.

Ante las circunstancias expuestas, cabe preguntarnos si, aparte del operador, existen otras personas tanto físicas como jurídicas a las cuales se les pueda imputar conjuntamente dicha responsabilidad, bien sea como responsables solidarios o subsidiarios. Nuestra opinión es que sí, para ello expondremos algunas consideraciones al respecto.

En primer lugar, entendemos que el administrador social puede identificarse como sujeto responsable de un daño al medio ambiente al igual que lo es el “operador”, puesto que el art. 2-10 de la LRM al definir a éste como:

“Cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que desempeñe una actividad económica o profesional o que, en virtud de cualquier título, controle dicha actividad o tenga un poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico”.

El precepto que acabamos de transcribir configura el concepto del operador, tal como ya hemos dicho anteriormente, de una forma amplia, pudiendo admitir el hecho de que se incluyan actividades como las asignadas por Ley a los administradores -v.gr. el desempeño de una actividad “profesional”-.

Centrándonos en el concepto de “actividad profesional” aportado por la LRM en su art. 2-11, la define como:

“Actividad económica o profesional»: Toda aquélla realizada con ocasión de una actividad de índole económica, un negocio o una empresa, con independencia de su carácter público o privado y de que tenga o no fines lucrativos”.

Con el contenido de este apartado, la LRM amplía la definición “actividad profesional” aportada por la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del

Consejo, añadiendo a la misma el adjetivo “económicas”. Ello amplía la definición quedando así comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la LRM, las actividades de naturaleza económica susceptibles de ocasionar daños al medio ambiente, como pueden ser las relacionadas con el ocio -caza, pesca y actividades recreativas con vehículos-.

En segundo lugar, tanto la Directiva como la LRM al definir el concepto “operador” hacen referencia a las personas que “*controlen dicha actividad*”. Como anteriormente se ha dicho ninguna de las dos normas establece con precisión qué se entiende por “*control*” y, ante la amplitud de concepto de la citada expresión, consideramos que se extiende notablemente el ámbito de personas que pueden ser responsables solidarias de un daño medioambiental, al igual que lo son los operadores, por los daños que sus empresas puedan ocasionar al medio ambiente, y en esa dilatada noción, situamos a los administradores sociales. Bien es verdad que a éstos se les exigirá que su actuación sea determinante, y a la vez que se pueda establecer una relación de causalidad entre la conducta de los administradores y la responsabilidad de la persona jurídica.

b) Responsabilidad tributaria

Una vez que hemos analizado la responsabilidad medioambiental de los administradores, procede continuar con la responsabilidad tributaria.

La LRM en su art. 13, identifica por remisión a dicha norma una serie de sujetos como responsables solidarios junto al operador del pago de obligaciones pecuniarias con la Hacienda Pública, cuando su actuación obstaculice la

transmisión de bienes y derechos del operador, art. 42-2³⁸⁶, a), b) y c) de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre General Tributaria³⁸⁷.

Estimamos que en tales presupuestos tendría cabida la figura del administrador social, puesto que a tenor de lo que dispone el art. 41-1 de la LGT establece:

“La ley podrá configurar como responsables solidarios o subsidiarios de la deuda tributaria, junto a los deudores principales, a otras personas o entidades. A estos efectos, se considerarán deudores principales los obligados tributarios del apartado 2 del artículo 35 de esta ley”.

De su lectura se desprende que junto al deudor principal -operador-, podríamos situar al administrador, pues según el precepto citado, sitúa en el mismo plano de responsabilidad solidaria a ambos, por ser éstos -administradores- los que en la praxis influyen de manera decisiva, tanto en el control de la actividad industrial que regentan como en su influencia sobre la dirección de la actividad. Motivo por el cual, se les podrá imputar la responsabilidad con carácter solidario en determinados supuestos de daños medioambientales de acuerdo con la aplicación del art. 1902 del CC, establece *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.* El artículo posterior -art. 1903 CC-, dice: *“La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder”* prosiguiendo el mismo precepto en su párrafo cuarto *“[...] los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio*

³⁸⁶ *“También serán responsables solidarios del pago de la deuda tributaria pendiente y, en su caso, del de las sanciones tributarias, incluidos el recargo y el interés de demora del período ejecutivo, cuando procedan, hasta el importe del valor de los bienes o derechos que se hubieran podido embargar o enajenar por la Administración tributaria, las siguientes personas o entidades”*, citados en sus letras a), b), c) y d).

³⁸⁷ Apartado modificado por el art. 5.4 de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal.

de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones”. El fundamento de este precepto se basa en la culpa “*in vigilando*” y en la culpa “*in eligendo*”. En este caso, la responsabilidad se atribuye directamente al administrador, no a la persona jurídica que representan³⁸⁸.

La responsabilidad de los administradores cuya naturaleza jurídica es orgánica y puede ser extracontractual por daños, deriva siempre del comportamiento personal en relación con la acción y efectos causados por el daño, el cual debe reunir los requisitos establecidos en el art. 236-1 de la LSC, en conexión con el art. 241 del mismo cuerpo legal³⁸⁹.

Uno de los factores que dificultan notablemente el campo de aplicación de la responsabilidad es el referido a algunos de los conceptos establecidos en la LRM, los cuales no están claramente definidos, o proporcionan un concepto generalizado, ejemplo de ello, nos lo proporciona la propia definición del “operador” contenida en la LRM³⁹⁰, en el sentido de que dicha figura se define en un concepto amplio, pues no solo incluye al que desarrolla la actividad económica o profesional, sino también al que la controla.

Tema al que anteriormente ya nos hemos referido, donde exponíamos que la falta de precisión en el concepto “control”, planteaba serias dudas a la hora de imputar la responsabilidad al operador por un daño ocasionado al medioambiental. De hecho, la Directiva deja que sean los Estado Miembros los que determinen con mayor exactitud quien o quienes ostentan el control de la

³⁸⁸ En este sentido se pronunció ya la jurisprudencia, vid. STS 30-10-1981, RJ 1981/5335- y 25-1-1985, RJ 1985/72.

³⁸⁹ Es importante en esta materia, citar de nuevo la STS de 22 de enero de 2004. (RJ 2004/8283). En la misma se condena solidariamente a la sociedad en base al art. 1902 CC, y a sus dos administradores - responsabilidad directa a tenor del art. 135 de la LSA-, en la actualidad, correspondería al art. 241 de la LSC., por los daños sufridos por un menor que accedió a una mina sin vigilancia ni señalización alguna; el Juez consideró que los responsables de la explotación minera habían cometido una infracción grave por no tener debidamente señalizado el peligro que suponía el penetrar en el interior de la mina.

³⁹⁰ Vid. Art. 2-10 de la LRM.

acción para cada actividad y para cada caso concreto. Si bien para su determinación habrá que tener en cuenta las legislaciones de cada EM. De hecho, la Disposición adicional segunda de la LRM en su núm. 2³⁹¹, dispone que el Estado y las CC.AA en el ámbito de sus competencias, podrán adoptar disposiciones más exigentes sobre la prevención y reparación de determinados daños medioambientales, sean éstas sectoriales, estatales o autonómicas referidas a las normas administrativas que rijan para la actividad -v.gr. permisos, autorizaciones, licencias administrativas-.

Con su aplicación se pretende decidir quién es el auténtico sujeto controlador de la actividad, y como decíamos con anterioridad al referirnos a la acepción “control” contenida en el concepto de operador, así poder imputarle la responsabilidad medioambiental originada por la misma. Con ello dicha responsabilidad se hace extensible a todos aquellos sujetos, que, aun no siendo operadores, controlan la actividad de la empresa. Por tal motivo nosotros entendemos que, al administrador social, en ciertos supuestos sí se le podría imputar con mayor precisión la responsabilidad solidaria junto con el operador, cuando la gravedad del daño medioambiental haya sido considerable y su intervención haya sido determinante en consecución del mismo.

Conviene poner de manifiesto que el administrador, desde el momento en que acepta el cargo, asume el deber de diligencia tipificado en el art. 225 de la LSC. En este sentido debemos tener en cuenta la Resolución de 15 de diciembre de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado³⁹², en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Marbella n.º 4, por la que se suspende la inscripción de una escritura

³⁹¹ “El Estado o las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán mantener o adoptar disposiciones más exigentes sobre la prevención, la evitación y la reparación de determinados daños medioambientales o en relación con determinadas actividades”.

³⁹² Del Departamento del Ministerio de Justicia.

de compraventa. La sentencia en sus Fundamentos de Derecho, núm. 2, párrafo cuatro: “Es reiterada doctrina de este Centro Directivo que el nombramiento de los administradores surte sus efectos desde el momento de la aceptación, ya que la inscripción del mismo en el Registro Mercantil aparece configurada como obligatoria pero no tiene carácter constitutivo y que, por tanto, el incumplimiento de la obligación de inscribir no determina por sí solo la invalidez o ineficacia de lo realizado por el administrador antes de producirse la inscripción”.

Para el ejercicio del cargo deberá llevar una administración ordenada, cumplir con la ley y los estatutos y estar debidamente informado y vigilante de todo lo que le concierne a la sociedad. El incumplimiento de este deber puede acarrearle responsabilidades. De hecho, en el momento en que se produzca un daño y se acredite el nexo causal, la responsabilidad del operador es inevitable, tal como se reconoce en la STS de 30/01/2001³⁹³. La sentencia se pronuncia sobre la destitución del administrador, en este caso la Sala, en su Fundamento de derecho núm. 4, reproduce como criterio doctrinal su propia jurisprudencia, entre otras, cita la Sentencia de 29 de diciembre de 2000, decía: “En la regulación de la LSA., de la responsabilidad de los administradores, es preciso distinguir dos clases de la misma”, citando en su letra A) la responsabilidad por daño y en su letra B) la responsabilidad por deudas.

En la primera -por daño- cita el art. 133 de la LSA de 22 de diciembre de 1989³⁹⁴-, artículo que determina que *“Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo”*.

³⁹³ Magistrado Ponente D. Luis Martínez- Calcerrada Gómez STS 30 de enero de 2001, Sala de lo Civil. Roj: 517/2001. Recurso de Casación contra la Sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo.

³⁹⁴ Disposición derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

En esta serie de causas determinantes, se requiere a la vez una sucesión de conductas tales como: ilícita, falta de diligencia, causación del daño y, naturalmente, la acreditación del nexo causal del mismo, todas ellas citadas en la sentencia de referencia.

De todo ello el Ponente, hace una comparación de la responsabilidad del administrador durante la vigencia de la Ley de SA. del año 1951 y en la que se basa la sentencia -LSA 1989- , diciendo que anteriormente a ésta, los administradores respondían cuando sus conductas hubieran incurrido en malicia, abuso de funciones o negligencia grave³⁹⁵. Con la modificación, “la responsabilidad del administrador está casi en el umbral de la llamada responsabilidad objetiva o por riesgo, porque, en cuanto se produzca el daño y se acredite el nexo causal la responsabilidad del administrador o del consejero será inevitable”.

En la actualidad, dicho régimen está establecido en el art. en el art. 236-1 de la LSC, apartado que establece los presupuestos por los cuales se pueden ejercitar acciones de responsabilidad -acción individual- contra los administradores, por la sociedad, por los socios y por los acreedores sociales por el daño que causen a éstos, v.gr. actos u omisiones contrarios a la ley o los estatutos, por incumplimiento de sus deberes interviniendo dolo o culpa.

La nueva reforma introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, en su artículo único núm. 20, modifica el art. 236 de la LSC, quedando redactado de la siguiente manera:

“Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados

³⁹⁵ Art. 79 de la LSA de 1951. “Los administradores desempeñarán el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y representante legal y responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave [...]”.

incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa”.

La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.

El precepto en su párrafo segundo establece una presunción iuris tantum, es decir, permite al administrador efectuar prueba en contra para desmontar su culpabilidad.

c) Responsabilidad subsidiaria

Respecto a este tipo de responsabilidad, el apartado 2 del art. 13 de la LRM prevé que, en las obligaciones que esta Ley impone, en concreto las referidas a los deberes pecuniarios, serán responsables subsidiarios una serie de sujetos que cita en los supuestos de las letras a), b), c) y d). Entre ellos se encuentran los administradores de hecho y de derecho, pero también los que lo han sido anteriormente, los que los sucedan en la titularidad de la empresa o los que ocupen cargos de responsabilidad en las situaciones de liquidación societaria o concurso.

El citado artículo está en concordancia con el art. 43 de la LGT en el que se identifican las personas o entidades como responsables subsidiarios de la deuda tributaria entre los que también se menciona, expresamente, a los administradores de las sociedades.

La STS Sala 3ª de lo Contencioso -Administrativo de 9 de abril de 2015³⁹⁶, nos dice en el párrafo segundo de los Fundamentos de Derecho lo siguiente:

“La configuración que el artículo 43.1 de la LGT hace del presupuesto de hecho determinante del nacimiento de responsabilidad que en él se recoge es dual, ya que dicha responsabilidad surge bien por acción - adopción de acuerdos propiciatorios del incumplimiento- bien por omisión -

³⁹⁶ Ponente MANUEL MARTIN TIMON. Núm. de recurso 1997/2013. -STS 517/2001.

falta de realización de los actos tendentes al cumplimiento o consentimiento del incumplimiento por personas dependientes-”.

Para concluir diciendo:

“[...], garantizar el exacto cumplimiento es una función inherente al cargo de administrador societario, por lo que la Administración tributaria tiene perfecto derecho a considerar que los incumplimientos detectados son imputables a sus administradores, si bien ello no constituye más que una presunción iuris tantum”.

De lo que se deduce que, del pago de las obligaciones pecuniarias derivadas de la aplicación de la LRM, responderán ante la Administración por igual el operador o los administradores y gestores de la actividad -art.42-2LGT-

Junto a los responsables solidarios, la LRM recoge otro grupo de personas que pueden quedar obligadas subsidiariamente respecto a las obligaciones que la Ley impone y, por consiguiente, la obligación de responder de las responsabilidades, particularmente las pecuniarias, cuando no haya sido posible que el principal obligado respondiera de ellas. Por ello, serán responsables subsidiarios de los deberes impuestos en esta ley, según recoge el art. 13-2 de la LRM, los siguientes sujetos:

a) *“Los gestores y administradores de hecho y de derecho de las personas jurídicas cuya conducta haya sido determinante de la responsabilidad de éstas”.*

En este supuesto, éstos deberán asumir las obligaciones que queden pendientes de cumplimiento por el principal cuando éste las haya incumplido, o no haya surgido algún impedimento que lo hiciese imposible. La base por la que se les imputan dichas obligaciones es el haber participado en la toma de decisiones que contribuyeron a causar el daño. No sólo se verán afectados por esta responsabilidad, también tendrán que responder por las normas que rigen las sociedades de capital, y concretamente por el deber general de diligencia tipificado en el art. 225 de la LSC.

b) *“Los gestores o administradores de aquellas personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades, en cuanto a los deberes y obligaciones pendientes en el momento de dicho cese, siempre que no hubieren hecho lo necesario para su cumplimiento o hubieran adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del incumplimiento”.*

En este caso, el círculo de responsables subsidiarios se amplía, puesto que se adiciona a los administradores de hecho y de derecho, otros antiguos administradores o gestores de la sociedad que habían cesado en su actividad.

Bien es verdad, que solo son responsables de las obligaciones que quedaron pendientes hasta la fecha que cesaron en el cargo, y siempre y cuando no hicieran lo necesario para cumplirlas o adoptaran acuerdos que fueran los causantes de su cumplimiento. En este supuesto existe una “presunción iuris tantum”, es decir, tendrá que demostrar el administrador cesado que efectuó todos los actos necesarios para cumplir con sus obligaciones o que no ha participado en los acuerdos o habría tomado las medidas precisas para evitar su incumplimiento.

c) *“Los que sucedan por cualquier concepto al responsable en la titularidad o en el ejercicio de la actividad causante del daño, con los límites y las excepciones previstos en el artículo 42.1.c) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre”.*

La Ley en este caso, y con el fin de que, por medio de una sucesión en la empresa por cualquier causa se adquiriera la titularidad de la explotación, pretenda sumar el nuevo titular a la responsabilidad que corresponde al anterior operador por los daños que éste haya podido causar antes de su cesión. Existen limitaciones y excepciones, las cuales están establecidas en el art. 42-1 de la LGT. Debemos puntualizar que en caso de sucesión por fallecimiento o extinción de las personas

jurídicas rige lo que determina en el art. 12 de la LRM, que prevé que debe hacerse cargo de las obligaciones conforme a la LGT³⁹⁷.

d) “Los integrantes de administraciones concursales y los liquidadores de personas jurídicas que no hubieran realizado lo necesario para el cumplimiento de los deberes y las obligaciones devengados con anterioridad a tales situaciones”.

Por último, este caso difiere de los anteriores supuestos, ya que esta norma les afecta a las personas que han estado vinculadas a la persona jurídica o han intervenido en la actividad diaria de la misma, pero en una situación de concurso o de liquidación. Son los llamados administradores concursales, los cuales serán declarados responsables subsidiarios siempre que no cumplieren con las obligaciones de su cargo respecto a la situación del concurso o liquidación de la persona jurídica – art. 43-1 a) LGT-.

Respecto a la figura del “liquidador” de una sociedad de capital, debemos puntualizar que es distinta a la de los administradores³⁹⁸. Aquellos sustituyen a éstos cuando se abre el período de liquidación de la sociedad y serán nombrados con arreglo a los requisitos del art. 376 de la LSC. Sus funciones que determina los artículos 386 al 388 de la LSC, siendo la duración del cargo la que establece el art. 378 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital-. *“Salvo disposición contraria de los estatutos, los liquidadores ejercerán su cargo por tiempo indefinido”*. Es decir, en la praxis lo que dure la liquidación de la sociedad.

³⁹⁷ *“En los casos de muerte o extinción de las personas responsables según esta ley, sus deberes y, en particular, sus obligaciones pecuniarias subsiguientes, se transmitirán y se exigirán conforme a lo dispuesto para las obligaciones tributarias”.*

³⁹⁸ A tal efecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra Sección 1 de 18 de julio de 2009. - Roj: 1650/2009 en su Fundamento III distingue una figura de la otra “no cabe identificar, ni siquiera equiparar, la responsabilidad civil de los liquidadores con la de los administradores”. En efecto la responsabilidad de aquellos no tiene carácter social, puesto que sólo responde ante la sociedad, los socios y acreedores.

F) El administrador de hecho

El art. 236-1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, reconoce expresamente a los administradores de hecho. El precepto establecía en su primitiva redacción:

“Los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo”.

Este artículo posteriormente sería modificado por la Ley 31/2014 de 3 de diciembre, por su artículo único núm. 20 núm., apartado 3, quedando redactado de la siguiente manera.

“La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”.

Extendiendo expresamente la responsabilidad por igual tanto al administrador de derecho como al de hecho y definiendo lo que se debe entender por tal.

Pero el reconocimiento jurídico de dicha figura se había producido con anterioridad, tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia, y no sólo en el ámbito del Derecho mercantil, sino también en otras ramas del ordenamiento como el Derecho penal³⁹⁹.

³⁹⁹ Igualmente, dicha figura es reconocida en otra disciplina, como la de Derecho penal al determinar la autoría de los delitos de naturaleza económica o medioambiental originados por su actividad en las sociedades de capital vid. Art. 31, 290, 293 y 294 del CP.

La doctrina española identifica al administrador de hecho como un sujeto que ejerce las funciones administrativas y representativas de una sociedad de capital, sin haber sido legalmente investido para ejercer dicha función, y que la misma se lleve a cabo de manera constante y equiparable a la que podría corresponder al órgano de administración diseñado y establecido legalmente para una sociedad de capital. El concepto mercantil de administrador de hecho⁴⁰⁰ lo debemos buscar a partir de ciertos elementos, cuya concurrencia en cada caso concreto permite afirmar que estamos en presencia de dicha persona.

Los elementos que nos sirven para deducir que estamos ante un administrador de hecho son:

a) Que tenga dominio real sobre la sociedad, quiere ello decir que la sociedad asuma y adopte las actuaciones y decisiones decididas por él como propias de la persona jurídica.

b) Que dicho ejercicio tenga continuidad y que sea autónomo⁴⁰¹, que no dependa de acuerdos adoptados a nivel superior, ni rendir cuentas de sus actuaciones a quien esté subordinado.

El Prof. QUIJANO GONZÁLEZ⁴⁰², señala que bajo el concepto de “administrador de hecho” pueden encuadrarse una serie de situaciones difíciles de clasificar, en tales supuestos nuestra doctrina entiende que deben quedar sometidos al mismo régimen de responsabilidad previsto en la ley para los administradores de derecho, ya que su exclusión acarrearía un trato de favor en beneficio de éstos y en perjuicio de terceros.

⁴⁰⁰ Vid. ESPINÓS BORRAS de CUADRAS. A.: *La responsabilidad Civil ...*, cit., pág. 96 y ss.

⁴⁰¹ Vid. SAP Barcelona de 24 de enero 2005 -RA 632/2005-, la cual declara que el elemento definitorio para la figura del administrador de hecho es la “autonomía”.

⁴⁰² QUIJANO GONZÁLEZ J.: *La Responsabilidad civil de los Administradores de Hecho: Aspectos Sustantivos*. Edit. Universidad de Derecho de publicaciones. Valladolid 1985, págs. 252 y ss.

A juicio de la Prof^a. LATORRE CHINER⁴⁰³, un nuevo significado de esta figura comienza a fraguarse en la SAP de Valencia de 27 de septiembre de 1999⁴⁰⁴. En ella se deja claro el reconocimiento explícito de lo que la doctrina del administrador fáctico significa en la actualidad.

En esta misma línea de equiparar la responsabilidad del administrador de hecho al de derecho están las sentencias de la Audiencia Provincial de La Coruña de 17 de enero de 2000⁴⁰⁵ y la del Tribunal Supremo - de 24 de septiembre de 2001⁴⁰⁶. De lo que se deduce que el elemento definitorio de esta figura es su autonomía, poder de decisión, actuación sostenida y reiterada, y la falta de subordinación a un órgano de administración social. La SAP de Barcelona de 24 de enero de 2005⁴⁰⁷ insiste en los mismos criterios que las anteriores sobre el administrador de hecho.

Para el Prof. GARCÍA CRUCES⁴⁰⁸, la figura del administrador de hecho ya es suficientemente reconocida por la jurisprudencia y por la doctrina, diciéndonos al respecto “nuestros Tribunales no dudaron en extender la consideración de administrador a quien efectivamente desempeñaba la labor

⁴⁰³ Vid. LATORRE CHINER, N.: *El administrador de hecho...*, cit., pág. 9.

⁴⁰⁴ SAP 27 de septiembre 1999.- AC 2523/1999. En su Fundamento segundo dice. “*El único punto controvertido lo constituye, como se ha dicho, la determinación de si, en su caso, resulta procedente extender la responsabilidad*”.

⁴⁰⁵ SAP 17 de enero 2000. -AC 304/2000. En la citada sentencia, la parte apelante pretendía que se declarase la responsabilidad del apoderado general, debiéndosele aplicar el mismo régimen de responsabilidad que los administradores sociales, puesto que gozaba de un amplio abanico de facultades, incluso la disposición del capital de la sociedad, La Sala considera que, en efecto, el sujeto en cuestión, gestionaba y dirigía de forma permanente la sociedad y por tanto estima el recurso presentado y extiende al apoderado general el régimen jurídico de responsabilidad correspondiente a los administradores de derecho.

⁴⁰⁶ RJ 7489/2001. Atribuyó al socio único la condición de administrador de hecho, en base a que el 31 de julio de 1991, Inmobiliaria Mesmón S.A. adquirió las acciones que representaban el total del capital social de Ibitrans. S.A. convirtiéndose así, en socio único de la misma, y no habiendo designado administrador que asumiese el cargo, se consideró que inmobiliaria Mesmón S.A. era administradora de facto de Ibitrans. S.A, puesto que la Ley no considera posible la existencia de una sociedad anónima sin sus órganos sociales correspondientes previstos en la Ley.

⁴⁰⁷ RA 632/2005.

⁴⁰⁸ Vid. GARCÍA CRUCES, J. A.: “Administradores sociales y administradores de hecho” en AA.VV., “*Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Aníbal Sánchez Andrés*”. Coord. GURRA MARTINEZ, G- Edit. Civitas-Thomson, edición 1^a. Navarra 201, pág. 1 .

encomendada a éstos pese a carecer de nombramiento formal y vigente que les habilitara para tal fin”.

Ya con anterioridad, el Tribunal Supremo y la DGRN habían reconocido esta figura para el administrador cuyo cargo había caducado. En muchas de sus sentencias mantenía la misma idea, respecto al administrador que, aun con el cargo caducado, seguía ejerciendo sus funciones de manera que la sociedad no quedara paralizada. De tal forma que podía la sociedad proseguir su actividad social sin generar perjuicios a terceros, tal como se aprecia en sus sentencias del TS de 22 de octubre de 1974⁴⁰⁹ y 3 de marzo de 1977⁴¹⁰ y las resoluciones de la DGRN de 12 de mayo de 1978⁴¹¹ y 13 de mayo de 1998⁴¹². En todas ellas destaca no proceder al cese automático del administrador y así evitar la paralización de las actividades de la sociedad, pues podría quedar la misma sin representación legal y sin la posibilidad de convocatoria de la junta general.

Lo mismo sucede en un marco totalmente distinto, como es el de la gestión tributaria. En el art. 43-1 a) de la LGT cita al administrador de hecho como responsable subsidiario de la deuda tributaria.

A reconocer y consolidar dicha figura también contribuye la LGT 58/2003 de 17 de diciembre con su art. 43-1-a) y b)⁴¹³. Con lo establecido en los dos

⁴⁰⁹ RJ 3970/1974.

⁴¹⁰ RJ 856/1977.

⁴¹¹ RJ 2529/1978.

⁴¹² RJ 4123/1998.

⁴¹³ “Serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades:

a) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo a) del apartado 1 del artículo 42 de esta ley, los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas que, habiendo éstas cometido infracciones tributarias, no hubiesen realizado los actos necesarios que sean de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios, hubiesen consentido el incumplimiento por quienes de ellos dependan o hubiesen adoptado acuerdos que posibilitasen las infracciones. Su responsabilidad también se extenderá a las sanciones.

b) Los administradores de hecho o de derecho de aquellas personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades, por las obligaciones tributarias devengadas de éstas que se encuentren pendientes en el momento del cese, siempre que no hubieran hecho lo necesario para su pago o hubieran adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del impago”.

apartados del citado precepto, queda claro que no sólo estarán incluidos en los supuestos de responsabilidad indicados los que por norma legal les corresponda, también se extenderá la responsabilidad a aquellos sujetos que por las funciones que desempeñan pueda entenderse que gestionan y representan a la sociedad.

En el ámbito tributario, será administrador de hecho quien tome las decisiones sobre el cumplimiento de las obligaciones tributarias, es decir, la persona que controle el grado de cumplimiento a través de los administradores aparentes u otras personas sobre quienes ejerce un control real⁴¹⁴.

En tal sentido, la SAP de la Rioja 1/2011 de 5 de enero⁴¹⁵ se manifiesta diciendo: “ante la falta de un concepto legal del administrador de hecho, se hace preciso recurrir a la doctrina o a la jurisprudencia en busca de su delimitación” y, para describir las caracterizaciones de dicha figura se remite a lo aportado por la Audiencia Provincial de Pontevedra⁴¹⁶ que declara lo siguiente: “a) una efectiva intervención en la dirección, administración y gestión de la sociedad, b) que dicha actividad directiva y de gestión se ejerza con total independencia o autonomía de decisión y c) que el desempeño de las funciones propias del cargo de administrador lo sea de un modo permanente y constante”.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Coruña 31 de febrero de 2011⁴¹⁷ se refiere a las notas definitorias del administrador de hecho citando una serie de características que califican dicha figura, entre las principales citaremos: el elemento esencial es la autonomía o falta de subordinación a un órgano de administración social y la habitualidad en el ejercicio de dichas

⁴¹⁴ Vid. GARCÍA-HERRERA BLANCO. C.: “Los administradores de hecho ante la Administración Tributaria”, AA. VV en *La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital* -coord. Guillermo Guerra Martín-. Edit. La Ley, Madrid 2011, pág. 599.

⁴¹⁵ AC 2011/240.

⁴¹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 624/2009 de 17 de diciembre -JUR 68550/2010-

⁴¹⁷ JUR 319319/2011.

funciones, permanencia o continuidad que excluyen una intervención puntual en la gestión de la sociedad.

Para concluir, es de interés fijarnos en la Sentencia del Juzgado de lo mercantil núm. 1 de las Palmas de Gran Canaria, núm. de resolución 136/2011 de 18 de julio, puesto que en ella se analizan las distintas figuras de administrador de hecho, la de los apoderados, la de los administradores ocultos y la del socio mayoritario.

La sentencia citada al describir al administrador de hecho hace referencia a la doctrina diciendo: “La fenomenología del administrador de hecho es variada, pero todos los supuestos presentan una nota común pues el sujeto actúa como administrador pese a carecer de un título formal y vigente que le permita tal proceder, tanto si se manifiesta como tal administrador de hecho frente a terceros -administrador notorio- como si pretende que esa cualidad de administrador de hecho quede al margen del conocimiento de los terceros -administrador oculto-”.

En definitiva, tanto el administrador de hecho como el de derecho están sometidos al mismo régimen de responsabilidad, siempre que la conducta de ambos haya sido determinante del incumplimiento de las obligaciones y deberes que les impone la norma legal.

G) La Administración Pública como sujeto responsable

En el supuesto de que la Administración se considere responsable de un daño al medio ambiente, no existe una reglamentación específica de responsabilidad de la Administración del Estado por los daños ocasionados al mismo, salvo en materia de energía nuclear -responsabilidad referida a daños

ocasionados a particulares-. En el art. 54⁴¹⁸, de la Ley 25/1964 de 29 de abril sobre Energía Nuclear, se declara la responsabilidad del Estado en caso de accidente nuclear.

Debemos tener presente que la Constitución española le impone a la Administración Pública la obligación de defender y restaurar el medio ambiente⁴¹⁹, ello no es óbice para que cuando la Administración participe en actividades sociales o económicas prestando sus servicios, pueda ocasionar daños al medio ambiente. En algunos supuestos sería responsable de un daño ambiental tanto por acción como por omisión “in omitiendo” o “in vigilando”.

Aun siendo la Administración Pública la que gestiona y vela por la utilización correcta de los recursos naturales para protegerlos -art. 45 de la CE-, cabe la posibilidad, cuando ésta presta servicios de interés social de que ocasione daños a los recursos naturales. La determinación de dicha responsabilidad está contemplada el art. 3-6 de la LRM.

Consideramos que debemos destacar este apartado por no encontrarse en la ley originariamente sino haber sido agregado a la LRM mediante la Ley 11/2014 de 3 de julio por la que se modifica la LRM, modificación que se llevó a cabo como consecuencia de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de normas de Derecho comunitario, garantizando con ello la correcta aplicación de la DRM a la LRM sobre las obras públicas de interés general que sean competencia del Estado o de las CC.AA. Para tal fin la Ley 11/2014, de 3 de julio,

⁴¹⁸ Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre energía nuclear. Texto consolidado. Última modificación: 28 de mayo de 2011 “A los efectos de lo establecido en la presente Ley sobre responsabilidad por accidentes nucleares, el Estado se considera como explotador respecto de aquellas instalaciones, buques y aeronaves y de las actividades productoras de radiaciones ionizantes que desarrollen sus trabajos mediante consignaciones presupuestarias aprobadas por el Gobierno y no se encuentren arrendadas o concedidas en su explotación a entidades Particulares”.

⁴¹⁹ Vid. arts. 148-1-19ª y 149-1-23 de la CE y Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres.

suprime la Disposición adicional decima de la LRM., con el fin de ponerla acorde con la DRM.

Como resultado de esa eliminación, se incluye un nuevo apartado 6⁴²⁰- al art. 3 de la LRM para aportar una mayor precisión al ámbito de aplicación de la ley sobre las obras públicas de interés general.

En consecuencia, se aplicará la Ley como consecuencia de ejecutar obras de interés general que sean competencia de la Administración General del Estado, en la forma y en los casos que se especifican⁴²¹ en sus letras a) y b).

Es decir, será aplicada la LRM a las obras públicas de interés general por los daños causados a las especies y a los hábitats protegidos, a las aguas, al suelo y a la ribera del mar y de las rías, y a las amenazas inminentes de que tales daños sucedan, aunque no exista dolo, culpa o negligencia -letra a-. Igualmente será aplicada a los daños causados a las especies y hábitats naturales protegidos, al suelo y a las riberas del mar y de las rías cuando hayan sido causados por

⁴²⁰ “En el caso de obras públicas de interés general, competencia de la Administración General del Estado, esta ley se aplicará: a) A los daños causados a las especies y a los hábitats protegidos, a las aguas, al suelo y a la ribera del mar y de las rías, y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran, cuando hayan sido causados por las actividades económicas o profesionales enumeradas en el anexo III, aunque no exista dolo, culpa o negligencia. b) A los daños causados a las especies y hábitats naturales protegidos por actividades profesionales distintas de las enumeradas en el anexo III y a cualquier amenaza inminente de tales daños debido a alguna de esas actividades, siempre que haya habido culpa o negligencia por parte del operador”.

⁴²¹ Núm.2 del artículo único de la Ley 11/2014, de 3 de julio, dispone:

“a) A los daños causados a las especies y a los hábitats protegidos, a las aguas, al suelo y a la ribera del mar y de las rías, y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran, cuando hayan sido causados por las actividades económicas o profesionales enumeradas en el anexo III, aunque no exista dolo, culpa o negligencia.

b) A los daños causados a las especies y hábitats naturales protegidos por actividades profesionales distintas de las enumeradas en el anexo III y a cualquier amenaza inminente de tales daños debido a alguna de esas actividades, siempre que haya habido culpa o negligencia por parte del operador.

La normativa autonómica en la materia podrá determinar la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior a las obras públicas de especial relevancia e interés equivalentes a las de interés general del Estado, cuya titularidad y competencia corresponda a las comunidades autónomas.”

actividades enumeradas en el Anexo III de la LRM siempre que haya culpa o negligencia del operador -letra b-.

También se prevé, en el supuesto de obras públicas de especial relevancia e interés equivalentes a las de interés general del Estado, cuando la titularidad de estas y su competencia correspondan a las Administraciones autonómicas, pudiendo estas administraciones determinar la aplicación de lo dispuesto en este precepto.

a) Exoneración de la responsabilidad de la Administración Pública

Es evidente que la Administración Pública tiene el deber de velar por la protección y seguridad del medio ambiente -45 y 46 de la CE-, establecer las normas idóneas para la puesta en funcionamiento de una nueva actividad a la que se le concede la autorización pertinente y cuidar de que el operador adopte las medidas de prevención, evitación o reparación de daños al medio ambiente - art. 22 LRM.

En su apartado primero determina dichas funciones, es decir, supervisar la actividad del operador, inspeccionar el cumplimiento de éstas y que se cumplan los deberes que la ley le impone para la buena conservación del medio ambiente. Esta labor protectora y supervisora del medio natural por parte de la Administración, no puede ser represiva para el desarrollo económico, por lo cual, deberá tener presente el art. 38 de la CE., donde se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.

Aparte de esta protección y vigilancia, parece contradictorio que la propia Administración, cuando participa en actividades sociales y económicas prestando servicios públicos, puede ser la causante de ocasionar daños al medio ambiente,

ejemplo de ello, es el supuesto incluido en el apartado 4 del art. 9 de la LRM. A nuestro entender, se tipifica una responsabilidad indirecta por parte de la Administración, en el sentido de que, debido a una autorización otorgada por ella para el inicio de una nueva actividad, ésta ha causado daños al medio ambiente. Para este supuesto el citado apartado, le impone a la Autoridad pública colaborar con la autoridad competente, en base al art. 3-2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público -LRJSP-⁴²², sin que se derive responsabilidad para ella, excepto en el supuesto previsto en el art. 14-1. b) de la LRM, que concretamente dice: *“El cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria dictada por una autoridad pública competente, incluyendo las órdenes dadas en ejecución de un contrato a que se refiere la legislación de contratos de las Administraciones Públicas [...]”. Supuesto en el que el operador no está obligado a sufragar los costes de las medidas de prevención, evitación y reparación de los daños ambientales, pero que no le exime de que adopte las medidas de prevención y evitación. En tal caso la Administración será la que asuma la responsabilidad y por tanto la reparación del daño causado, cuando el daño ambiental se produjera exclusivamente por el cumplimiento de una orden dada por la Administración competente.*

Igualmente sucede cuando el daño haya sido causado por una orden directa dada por la Administración, será ésta quien asuma la responsabilidad dentro de lo que la ley establezca, por así estipularlo el art. 196-2⁴²³ de la Ley 9/2017, de 8 noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al

⁴²² *“Las Administraciones Públicas se relacionarán entre sí y con sus órganos, organismos públicos y entidades vinculados o dependientes a través de medios electrónicos, que aseguren la interoperabilidad y seguridad de los sistemas y soluciones adoptadas por cada una de ellas, garantizarán la protección de los datos de carácter personal, y facilitarán preferentemente la prestación conjunta de servicios a los interesados”.*

⁴²³ *“Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las Leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación”.*

ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/723/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

En consecuencia, el operador podrá recuperar el coste de la reparación, para ello deberá proceder a la reclamación mediante el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, demandando a la Administración a cuyo servicio esté la autoridad pública que ha emitido las instrucciones que ocasionaron el deterioro ambiental, incoando el correspondiente expediente administrativo de Responsabilidad patrimonial, con arreglo al procedimiento instituido a tal efecto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁴²⁴.

7. RESPONSABLES SOLIDARIOS Y SUBSIDIARIOS

A) Responsables solidarios

La LRM en su apartado 1 del art. 13 especifica quiénes pueden ser responsables solidarios del pago de las obligaciones pecuniarias que resulten de aplicarla. El legislador puntualiza en este precepto, remitiéndose a la LGT y concretamente a su art. 42-2, para determinar cuáles son los responsables solidarios, que han de hacerse cargo del pago de las obligaciones pecuniarias que resulten de esta ley. Debemos precisar que dicho apartado fue modificado por art. 5-4 núm.4 de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, quedando redactado en los términos citados a pie de página⁴²⁵.

⁴²⁴ Vid. art. 66 y ss.

⁴²⁵ de la forma siguiente “*También serán responsables solidarios del pago de la deuda tributaria pendiente y, en su caso, del de las sanciones tributarias, incluidos el recargo y el interés de demora del período ejecutivo, cuando procedan, hasta el importe del valor de los bienes o derechos que se hubieran podido embargar o enajenar por la Administración tributaria, las siguientes personas o entidades [...]*”, citando a continuación sus apartados a), b), c) y d), en el sentido de que las personas o entidades que en ellos figuran pueden ser considerados responsables solidarios de la deuda tributaria.

En tal sentido, dichas personas, también serán responsables solidarias de la deuda tributaria pendiente de pago y de las sanciones tributarias, incluidos los recargos e intereses de demora durante el período ejecutivo, cuando proceda.

De la lectura de la letra a) del art. 42-2 LGT, se desprende que para que se realice de hecho el presupuesto de la responsabilidad, es necesario que, junto al deudor principal, intervenga un tercer sujeto, tanto en la colaboración como en la ocultación de bienes y derechos del obligado tributario, debiendo la Administración probar los hechos en cada caso concreto.

Pues bien, éste podría ser el administrador social en base a lo preceptuado en su apartado a) “*Los que sean causantes de la deuda tributaria o colaboren activamente en la realización de la infracción tributaria [...]*”. Bien es verdad que, en el supuesto de intervenir administradores o socios de la sociedad, la LGT contempla la responsabilidad de éstos en su art. 43-1 apartado h)⁴²⁶.

La cuestión estriba en determinar si estas normas son susceptibles de aplicarse a los administradores de una sociedad y si, por consiguiente, resultarán responsables de las obligaciones medioambientales. Las obligaciones tributarias se imponen directamente a la empresa al igual que las consecuencias de su incumplimiento. No es menos cierto que los administradores sociales no son ajenos a esos hechos, ya que en el ámbito de sus competencias está incluido el deber de gestionar las obligaciones tributarias de la sociedad que administra. En dicha obligación va implícito el deber de diligencia recogido, con carácter general,

⁴²⁶ “*Las personas o entidades de las que los obligados tributarios tengan el control efectivo, total o parcial, o en las que concurra una voluntad rectora común con dichos obligados tributarios, por las obligaciones tributarias de éstos, cuando resulte acreditado que tales personas o entidades han sido creadas o utilizadas de forma abusiva o fraudulenta como medio de elusión de la responsabilidad patrimonial universal frente a la Hacienda Pública, siempre que concurren, ya sea una unicidad de personas o esferas económicas, ya una confusión o desviación patrimonial. En estos casos la responsabilidad se extenderá también a las sanciones*”.

en el art. 225 LSC⁴²⁷. Este precepto sus apartados 2 y 3 describe cuál debe ser la diligencia que todo administrador debe imponerse para el desempeño de su función, exigiéndole que actúe en el cuidado de la gestión social e invierta el tiempo adecuado, desplegando un cierto nivel de pericia en la administración y adoptando las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad, así como el derecho a recabar de la sociedad la información necesaria y adecuada para el cumplimiento de sus obligaciones.

El primer y el más fundamental deber que asume el administrador en el momento de aceptar el cargo, consiste en administrar con diligencia la sociedad, constituyéndose así, en una de las obligaciones esenciales de todo administrador, que da sentido a su existencia.

Lo que la ley pretende imponiendo el deber de diligencia, es que éste se ejercite con carácter empresarial, asumiendo en su gestión el riesgo de la empresa. Este carácter implica que el administrador debe aceptar decisiones empresariales en un mercado competitivo cuyo resultado no es seguro, por lo que la doctrina reitera que el deber de diligencia ha de vincularse a las obligaciones del medio y no del resultado⁴²⁸. Sin embargo, el margen de actuación de los administradores no sólo está limitado por el objeto social, también lo está, en última instancia, por la prudencia que en todo momento debe estar presente en cualquiera de sus actuaciones⁴²⁹.

⁴²⁷ Gestionar adecuadamente un negocio supone aplicar en cada caso concreto la solución más adecuada. De lo que se deduce que los patrones de diligencia que se establecen en el art. 225 LSC, no debemos interpretarlos de un modo rígido, más bien hay que adaptarlos a las exigencias de cada caso.

⁴²⁸ Vid. SÁNCHEZ CALERO F.: *Los Administradores en las Sociedades ...cit.*, pág. 167.

⁴²⁹ Téngase en cuenta al respecto el art. 255-2 del Código de comercio en la regulación del contrato de comisión “*si no fuere posible la consulta, hará lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso del comercio [...]*”.

Se trata pues, de una conducta cuyo fin principal es el de mantener el patrimonio de la sociedad y buscar en todo momento el interés social⁴³⁰. Dicha obligación afecta a todos y a cada uno de los administradores que formen parte del consejo de administración o cualquiera que sea la forma en la que se haya organizado la administración de la sociedad.

En sede tributaria la responsabilidad atribuida a los administradores se especifica en el art. 43 de la LGT hoy vigente, que sintetiza los distintos supuestos de responsabilidad subsidiaria de la deuda tributaria. En su apartado a) especifica *“sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo a) del apartado 1 del art. 42 de esta ley, los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas [...]”*.

De esa relación se pone de relieve una cierta colisión entre los dos preceptos citados, artículos 42 y 43, lo que nos da a entender que cuando un administrador realice una infracción tributaria, ésta sea grave y además concurriesen en él los requisitos suficientes para poder aplicar el párrafo a) apartado 1 del art. 42 citado, sería ésta la norma que determinase su responsabilidad por primar el criterio de la gravedad.

En tal supuesto, consideramos que sería posible otorgar la responsabilidad solidaria, siempre que se pueda justificar que la conducta del administrador ha consistido en un especial grado de colaboración activa y decisiva en el ilícito⁴³¹. De tal modo que éstos, no sólo estarían sujetos a la responsabilidad subsidiaria, sino también se verían sujetos a la responsabilidad solidaria tipificada en el art. 237 de la LSC en concordancia con el art. 236 del mismo cuerpo legal.

⁴³⁰ Se ha entendido el interés social por la doctrina de dos formas diferentes, uno en la que se busca el interés común o colectivo de todos los socios -en este caso consiste en obtener el máximo beneficio para los accionistas- y la otra postura consiste que además de tener presente el interés citado, también se tendrá que tener presente el interés de los trabajadores o de la colectividad en general, es decir lo que entendemos hoy por responsabilidad social y dentro de la misma la referida al medio ambiente como es la de no dañar y conservarlo.

⁴³¹ Vid. Sentencia Audiencia Nacional de 3 de mayo de 2000 -JT. 1892/2000-.

En el supuesto de que fuesen varios los administradores, la responsabilidad entre ellos sería solidaria por aplicación del art. 35.7⁴³² de la LGT. En tal situación la Administración Tributaria podría dirigirse a cualquiera de ellos y exigirle la totalidad de la deuda.

a) Responsabilidad solidaria de los administradores de sociedades con carácter general

El Derecho positivo comparado es unánime al establecer la responsabilidad solidaria de los administradores cuando éstos ejerzan su función como componentes del órgano de administración de la sociedad mercantil que gestionan.

En diversos Ordenamientos jurídicos de nuestro entorno se observa este mismo tipo de responsabilidad, concretamente en el art. 244⁴³³ de la Ley francesa de sociedades del año 1966 se establece la posibilidad de que los administradores respondan solidaria e individualmente según los supuestos de que se trate.

A diferencia de lo que ocurría en nuestro Derecho, la derogada LSA de 1951 en su art. 79⁴³⁴ no establecía la solidaridad como forma de responsabilidad

⁴³² Vid. Art. 35-7 de la LGT. “*La concurrencia de varios obligados tributarios en un mismo presupuesto de una obligación determinará que queden solidariamente obligados frente a la Administración tributaria [...]*”.

⁴³³ Modificado por la Ley núm. 67-559 de 12 de julio de 1967- art. 23 JORF de 13 de julio de, 1967 “*Les administrateurs [*dirigeants sociaux*] sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion. Si plusieurs administrateurs ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage*”.

⁴³⁴ “*Los administradores desempeñarán el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal, y responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave [...]*”.

aplicable a todos los supuestos donde la administración de la sociedad estaba encomendada a un órgano colegiado⁴³⁵.

Con posterioridad a la Ley de 1951, el RDL 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, incorpora la solidaridad a su art. 133 estableciendo en su número 3 el principio de que *“Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo [...]”*⁴³⁶.

En la actualidad, el art. 237 de la LSC⁴³⁷ es el que recoge el carácter solidario de la responsabilidad con ciertos matices en su redacción con respecto al derogado art. 133.3 de la LSA, imponiendo expresamente la solidaridad a todos los miembros que forman el órgano de administración. Esta presunción colectiva puede ser objeto de prueba en contrario por aquellos miembros del consejo que puedan acreditar alguna de las circunstancias previstas en el citado artículo.

Al haber admitido el Tribunal Supremo⁴³⁸ de forma unánime la responsabilidad solidaria para todos los componentes del órgano de

⁴³⁵ Debemos señalar que el art. 2.392 del CC italiano de 1942 establece la responsabilidad solidaria de los administradores. *“Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo con la diligenza del mandatario -1710-, e sono solidalmente -1292- responsabili verso la società -2621- dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di uno o più amministratori -2381-. In ogni caso gli amministratori sono solidalmente responsabili se non hanno vigilato sul generale andamento della gestione o se, essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose. La responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale (2491; att. 209)”*.

⁴³⁶ El art. 133 LSA, fue redactado por el número 6 del artículo segundo de la Ley 26/2003, de 17 de junio, por lo que se modifican la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el RDL 1564/1989, de 22 de diciembre.

⁴³⁷ *“Todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél”*.

⁴³⁸ Vid. STS 4 de noviembre 2002 -RJ 2002/9762-. STS de 4/11/2010 -RJ 2010/670-, entre otras muchas.

administración, no faltan autores como SÁNCHEZ CALERO⁴³⁹ o QUIJANO⁴⁴⁰, que vinculan la solidaridad en exclusiva al órgano de administración que actúe de forma colegiada.

Por ello los administradores están obligados por ministerio de Ley a responder de forma solidaria ante la sociedad, los socios y terceros por así establecerlo el ya citado art. 237 LSC.

Haber sido agravada la responsabilidad con respecto a la derogada Ley de Sociedades Anónimas, hace que cada administrador que forme parte del órgano de gestión sea responsable solidariamente por el daño causado como consecuencia de la actuación conjunta de todos ellos, salvo las excepciones establecidas en el citado artículo.

De ello se deduce, que las decisiones que resultan de actuaciones colegiadas son imputables al colegio como instancia única afectando al grupo de personas que integran el órgano de administración, las cuales están enlazadas por el vínculo de la colegialidad que les hace responsables en conjunto de los acuerdos o actuaciones tomados, siempre y cuando no hayan ejercitado los mecanismos legales para la exoneración.

En el orden de los principios parece claro que, si la responsabilidad es consecuencia del carácter perjudicial del acuerdo orgánico, debe afectar a los componentes del órgano en su conjunto siempre que no utilicen individualmente los elementos eficaces de exoneración.

No cabe hablar de responsabilidad del órgano como tal más que en un sentido figurado, porque éste, a estos efectos, es una instancia de imputación

⁴³⁹ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Edit. De Derecho Reunidas S. A, Madrid 1994, pág. 291.

⁴⁴⁰ QUIJANO GONZÁLEZ, J.: *La responsabilidad civil de los administradores de la Sociedad Anónima*. Edit. Servicio de publicaciones de la U.V- 1989, pág. 258.

jurídica de decisiones cuyas consecuencias, en materia de responsabilidad, revierten sobre las personas físicas y jurídicas componentes del mismo.

Estamos, pues, ante la responsabilidad de un grupo de personas, enlazadas entre sí por el vínculo de la colegialidad, que han de concurrir a la reparación de un daño que es consecuencia de una decisión que les es conjuntamente atribuible como miembros del órgano de administración de una sociedad de capital. En estas circunstancias, la forma más adecuada de responsabilidad, en la medida en que no es factible, como principio, constatar la contribución personal de cada miembro a la decisión conjunta y al subsiguiente daño, es la solidaria.

La colegialidad⁴⁴¹ en el plano de la decisión, que unifica hacia el exterior las voluntades individuales, se corresponde con el vínculo de la solidaridad en el plano de la responsabilidad. Y, en esa misma medida, los instrumentos aptos para apartar a un miembro de dicha colegialidad lo serán también para apartarle de la solidaridad que les une. En este sentido, la solidaridad se muestra como la consecuencia coherente de la colegialidad en el plano de la responsabilidad.

La responsabilidad de todos los miembros del órgano de administración, en cuanto al resarcimiento del daño producido, es solidaria como ya apuntamos anteriormente. Lo que implica una presunción de culpa colectiva de todos y cada uno de los miembros del órgano de administración, pudiendo exonerarse aquellos que conforme al art. 237 LSC prueben las circunstancias previstas en dicho artículo⁴⁴². Como resultado de esa técnica de imputación, el acto u omisión se atribuye al órgano mientras la responsabilidad se extiende a todos los

⁴⁴¹ Vid. QUIJANO GONZÁLEZ, J.: Dice: “La colegialidad ha de concebirse como un método de funcionamiento y adopción de decisiones, con deliberación previa que se llegue a una síntesis que exprese la voluntad de su conjunto”. *La Responsabilidad civil...*, cit. pág. 252.

⁴⁴² “[...] salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél”.

componentes. De tal forma que, si mediante un acto ilícito se causen daño a la sociedad, accionistas y terceros, están obligados a resarcirlos.

El administrador civilmente responsable queda obligado a resarcir los daños causados aplicando al efecto su propio patrimonio personal, presente y futuro. Esta responsabilidad personal es ilimitada: el administrador responde de los daños causados con todos sus bienes presente y futuros -art. 1911 CC.-. Los bienes a los que hace referencia el artículo constituyen el patrimonio del deudor en el momento en que ha sido contraída la deuda. Aunque en el citado artículo se encuentre la justificación de la responsabilidad universal, la solidaridad no consiste en un contrato de garantía, parece más bien encaminada a asimilarse a la solidaridad pasiva -deudores artículos 1140-1148 CC.-, a la prenda, la hipoteca o la fianza. En parecidos términos se expresa el Prof. DÍAZ PICAZO⁴⁴³ diciendo la garantía "es una norma de derecho pacto de autonomía privada que viene a añadir al crédito algo que el crédito por sí mismo no tiene, de tal manera que es esta edición o yuxtaposición lo que refuerza al acreedor la seguridad de que su derecho será satisfecho".

Igualmente, se aplica el citado régimen a aquéllos que por culpa o negligencia incumplan las obligaciones del embargo impuestas al operador, y colaboren o consientan el levantamiento de los bienes o derechos de embargo de la sociedad -art. 42-2 LGT-. De ello se deduce, que para que puedan existir obligados solidarios deben concurrir una serie de circunstancias citadas en los apartados 1⁴⁴⁴ y 2⁴⁴⁵ del art. 42 de la LGT.

443 Vid. DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Tomo II Relaciones Obligatorias. Quinta edición - segunda en Civitas-*, Edit. Civitas Madrid 1996, pág. 395.

444 a) "Las que sean causantes o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria. Su responsabilidad también se extenderá a la sanción. [...].

445 a) "Las que sean causantes o colaboren en la ocultación o transmisión de bienes o derechos del obligado al pago con la finalidad de impedir la actuación de la Administración tributaria.[...].

b) Responsabilidad del administrador persona jurídica

Si alguno fuese persona jurídica, la responsabilidad recaería también en ésta por lo que sería de aplicación el art. 212 bis⁴⁴⁶ de la LSC. En este caso, del administrador persona jurídica la Prof^a. HERNÁNDEZ SAINZ dice: “Tanto el ente moral administrador como el representante de la persona física podrán ser declarados responsables solidarios de la deuda tributaria y de la pertinente sanción siempre que se pruebe que desarrollaron algunas de las conductas previstas en el art. 42 LGT”⁴⁴⁷.

Pudiendo darse dos supuestos diferentes:

a) Que el administrador haya dado órdenes precisas a su representante para impedir la actuación de la administración tributaria, en cuyo caso ambos serán declarados responsables solidarios.

b) Cuando el representante del administrador haya actuado al margen de cualquier orden o instrucción dados por el administrador. En tal supuesto, debemos tener presente:

-En primer lugar, si el poder de representación deriva de su condición de representante orgánico. En ese caso, habrá de imputarle la responsabilidad a la persona jurídica, puesto que, en la actuación de su representante, se considera que

446 Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas. Se introduce el artículo 212 bis, con la siguiente redacción: “1. En caso de ser nombrado administrador una persona jurídica, será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo.

2. La revocación de su representante por la persona jurídica administradora no producirá efecto en tanto no designe a la persona que le sustituya. Esta designación se inscribirá en el Registro Mercantil en los términos previstos en el artículo 215”.

⁴⁴⁷ Vid. HERNÁNDEZ SAINZ, E.: *La Administración de Sociedades de Capital por personas Jurídicas. Régimen Jurídico y Responsabilidad*. Edit. Aranzadi. SA Cizur Menor -Navarra- 2014. pág. 446.

está actuando la propia persona jurídica. En ambos deberán ser considerados responsables solidarios.

-En segundo lugar, si la representante persona física, fuera un apoderado dotado tan sólo de un poder especial acotado al ejercicio de las funciones propias de su cargo sobre la base de un contrato de comisión mercantil. Para tal situación el art. 259 Ccom.⁴⁴⁸, nos proporciona la solución, exonerando a la sociedad cuando la conducta del representante no obedezca las órdenes o instrucciones de su órgano de administración y representación⁴⁴⁹.

Debemos advertir que la LGT -2003- modifica el planteamiento que en el año 1963 tenía el art. 43 del mismo cuerpo legal, en el sentido de que en la actualidad le da preferencia a la responsabilidad solidaria en el caso de que concurriesen varias personas, sean éstas físicas o jurídicas siempre que tengan la condición de administradores sociales⁴⁵⁰, puesto que en su apartado a), establece “*Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del art. 42 de la misma Ley*”.

En consecuencia, si nos atenemos a lo dispuesto en el párrafo a)⁴⁵¹ del art. 42 de la LGT, podríamos considerar responsables solidarios por daños ocasionados al medio ambiente a los administradores.

⁴⁴⁸ “*El comisionista deberá observar lo establecido en las Leyes y reglamentos respecto a la negociación que se le hubiere confiado, y será responsable de los resultados de su contravención u omisión. Si hubiere procedido en virtud de órdenes expresas del comitente, las responsabilidades a que haya lugar pesarán sobre ambos*”.

⁴⁴⁹ Vid. HERNÁNDEZ SAINZ, E.: *La Administración de Sociedades de Capital...*, cit. pág. 447.

⁴⁵⁰ Vid. MARTIN JIMÉNEZ, A. J.: *Los supuestos de responsabilidad en la LGT*. Edit. Thomson – Aranzadi, Pamplona 2007, pág. 265.

⁴⁵¹ “*Los que sean causantes de la deuda tributaria o colaboren activamente en la realización de la infracción tributaria*”.

c) Responsabilidad de las personas que colaboran en la realización de la conducta infractora

Debemos precisar que la LGT se refiere a las personas y entidades como sujetos pasivos de la deuda tributaria. Ahora bien, la duda que nos surge es cuando se refiere a “*o colaboren en la realización de la infracción tributaria*”. Apreciamos que, en este supuesto, sí podrían incluirse los administradores como colaboradores directos y determinantes de la infracción, cuando algunas de sus conductas son las verdaderas causantes de daños directos a la Hacienda Pública.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ se expresa en la misma línea, al referirse a la excepción contenida en el párrafo a) del apartado 1 del art. 42 LGT, nos dice “es evidente que cuando tenga lugar una colaboración activa de los administradores en la infracción tributaria imputada al ente jurídico resultará de aplicación la responsabilidad solidaria”⁴⁵².

Somos conscientes de que en una gran explotación industrial el cumplir debidamente con el deber de vigilancia es una tarea difícil. Ello no es motivo para no cumplir con la exigencia que demanda la normativa legal y estatutaria para evitar graves daños al medioambiente.

Otra cuestión que podemos plantearnos es en qué medida esto se aplicará a los miembros del consejo de administración, y si los podemos considerar como de los que “colaboran” en la realización de las infracciones. En la praxis de las grandes empresas, frecuentemente el consejo de administración delega más o menos facultades en la comisión ejecutiva⁴⁵³ o en el consejero delegado, siempre

⁴⁵² Vid. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J. “La Responsabilidad Subsidiaria de los Administradores de Sociedades que hubieren cesado en sus actividades”. AA.VV en *La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*. -Coord. Gurrea Martin, G.- Edit. La Ley. Las Rozas Madrid 2011, pág.262.

⁴⁵³ La comisión ejecutiva, es un órgano delegado que actúa de forma colegiada, podrá estar integrada por varios consejeros.

que los estatutos de la sociedad no dispusiesen lo contrario -art. 249-1 LSC-, salvo las que son calificadas como indelegables -art. 249 bis LSC-.

El poder de representación frente a terceros será el ordinario que ostente todo administrador -art. 234 LSC-⁴⁵⁴. Ello implica frente a aquellos que se hubieran relacionado con la sociedad actuando de buena fe, que las limitaciones que puedan establecerse en algunas de las facultades delegadas tendrán sólo alcance meramente interno.

Es decir, nos referimos a las limitaciones que se impongan a las facultades de representación de los administradores en los actos comprendidos en el objeto social que, aun estando inscritas en el Registro mercantil, son ineficaces frente a terceros -art. 234 LSC-⁴⁵⁵. Y para los actos que no estén comprendidos en el objeto social, la sociedad quedará igualmente obligada también frente a terceros de buena fe⁴⁵⁶.

Debemos advertir que no todas las facultades del Consejo de administración son delegables. Como consecuencia de la reforma de la LSC llevada a cabo por la Ley 31/2014, incluso se han aumentado las restricciones indelegables. Esta

⁴⁵⁴ Art. 234 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital:

“1. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos.

Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros.

2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social”.

⁴⁵⁵ Vid. Resolución de 17 de septiembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado -en adelante DGRN-, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles III de Sevilla a inscribir determinada disposición de los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada.

⁴⁵⁶ Vid. artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital y artículo 10 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009.

incorpora un nuevo artículo 249 bis con la siguiente redacción: *El consejo de administración no podrá delegar en ningún caso las siguientes facultades: [...]*⁴⁵⁷.

La responsabilidad de la delegación de facultades encierra la misma que la de los administradores. En el supuesto de que sea un solo consejero delegado, responderá como administrador único y si se constituye como órgano colegiado se aplica el anterior artículo citado -237 LSC-⁴⁵⁸.

Al respecto, ha habido un sector doctrinal que ha defendido que la delegación de facultades dentro del consejo de administración proporciona la desactivación de la responsabilidad solidaria de aquellos administradores no delegados, siempre que fueran los administradores delegados los que han originado el acto lesivo⁴⁵⁹. Ello no debe significar que el cumplimiento de los deberes de administración vaya dirigido sólo a los consejeros delegados.

El supuesto de delegación no se fundamenta en la exoneración de los administradores no delegados, sino más bien en el deber de diligencia exigible a todos los administradores, por lo que unos y otros asumen las mismas obligaciones y deberes frente a sus accionistas, socios y terceros.

Se puede afirmar que la diferencia entre el administrador delegado y el que no lo es, a efectos de imputación de responsabilidad, se fundamenta en el distinto grado de participación que ambos hayan tenido en la producción del daño y, concretamente, en los no delegados su responsabilidad se centrará en el de la culpa “*in vigilando*”.

⁴⁵⁷ Vid. núm. 25 del artículo único de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

⁴⁵⁸ “*Todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél*”.

⁴⁵⁹ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los Administradores...*, pág. 928 y. 271; QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La Responsabilidad ...*, cit., págs. 277 y 302.

La solidaridad que, por “ministerio legis”, vincula a todos los administradores componentes del órgano de gestión, actúa en un doble plano:

1º. Como sistema de imputación colectiva para todos los administradores que componen el órgano de administración⁴⁶⁰ como responsables ante el perjudicado, aunque cada uno de ellos pueda probar la concurrencia de alguna de las causas establecidas por la ley para su exoneración. En este caso, se puede observar que en el plano procesal la imputación actúa como un sistema de inversión de la carga de la prueba, puesto que se obliga individualmente a cada administrador a probar la concurrencia de alguna de las causas señaladas en el art. 237 LSC.

2º. La responsabilidad actúa en el plano de la obligación resarcitoria entre los administradores que resulten declarados civilmente responsables del daño ocasionado por los actos u omisiones causantes del mismo⁴⁶¹.

d) La posible extensión de la responsabilidad a los apoderados de las sociedades

Otra cuestión que debe ser planteada es si puede ser susceptible de extenderse esta responsabilidad prevista en los art. 42 y 43 de la LGT a los apoderados de las sociedades. Consideramos necesario para una mejor comprensión del tema, plasmar las diferencias existentes en lo que se entiende por delegación de facultades del consejo de administración y el apoderamiento.

⁴⁶⁰ Según el Prof. ÁLVARO de ESPINOSA F.J. el tipo de solidaridad significa más bien una fórmula de imputación colectiva -más que solidaridad en sentido propio-; es decir, que se trata de una presunción *iuris tantum* de intervención y culpa colectiva contra todos los miembros del órgano administrativo. *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal*. Libro Homenaje al Profesor RAFAEL GARCÍA VILLAVARDE. AA.VV en Edit. Pons. Madrid 2007., pág. 79.

⁴⁶¹ En su apartado 1 dice. “Cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran lo contrario y sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona, el consejo de administración podrá designar de entre sus miembros a uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas, estableciendo el contenido, los límites y las modalidades de delegación”.

-Éste puede recaer sobre cualquier persona -art. 249-1 LSC-⁴⁶² sea o no miembro del Consejo de administración, mientras que la delegación cuando existe un Consejo de administración recae sobre uno o varios de sus consejeros⁴⁶³.

-Los apoderados no tienen carácter de órgano que sustituye al consejo, ni tampoco son los representantes legales de la sociedad, mientras que los delegados del consejo sí lo son.

-Los apoderados tienen sus facultades limitadas por el ámbito de su poder. Los delegados del consejo poseen frente a terceros las facultades propias de los consejeros.

Respecto al régimen de responsabilidad difieren, puesto que los delegados, por ser estos consejeros están sujetos a la responsabilidad establecida en el art. 233 LSC, norma legal no aplicable con carácter general a los apoderados, aunque hay un supuesto especial en el art. 236-4 de la LSC⁴⁶⁴.

Por último, para que el acuerdo de delegación sea válido, es necesario que voten a favor de éste las dos terceras partes del Consejo -art. 249 LSC-, y el apoderamiento requiere solo la mayoría simple.

Respecto a la inscripción en el Registro Mercantil, la delegación permanente de alguna facultad del consejo de administración en la comisión ejecutiva o en el consejero delegado, y la designación de los administradores que

⁴⁶² “Cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran lo contrario y sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona, el consejo de administración podrá designar de entre sus miembros a uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas, estableciendo el contenido, los límites y las modalidades de delegación”.

⁴⁶³ El apoderamiento a diferencia de la delegación de facultades ésta admite “la posibilidad de delegar en alguno o algunos de los consejeros todas o partes de las facultades propias del órgano de administración”. BROSETA PONT, M y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, volumen I. Edit. Tecnos, Madrid 2016, pág. 523.

⁴⁶⁴ “Cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores serán aplicables a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad, sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con ella”.

hayan de ocupar tales cargos, requiere el otorgamiento de escritura pública y su correspondiente inscripción en el Registro Mercantil⁴⁶⁵ para que produzca sus efectos frente a terceros.

Los apoderados podrán ser calificados como generales o singulares, recibiendo diferentes denominaciones tales como: director general, director técnico, gerente o factor. Su nombramiento corresponde al administrador y es éste el que puede destituirlos, revocando el poder que les había conferido.

El apoderamiento singular no será necesario inscribirlo en el registro mercantil, sólo es preciso en el supuesto de que se tratase de “poderes generales” -art. 94-5 del RRM-⁴⁶⁶. En tal caso, su nombramiento requiere el otorgamiento de una escritura pública de apoderamiento y su correspondiente inscripción en el Registro Mercantil.

Con respecto a su responsabilidad, el apoderado rinde cuentas de sus actuaciones al administrador y no a la Junta General de la sociedad.

Cuando se trate de un apoderado general, éste dispone de un poder de dirección semejante al del administrador, con la diferencia, respecto a éste, de que queda exonerado de cualquier tipo de responsabilidad siempre que se hubiese limitado a cumplir estrictamente con las instrucciones dadas por aquel.

En el supuesto de que incumpliera alguna de las instrucciones dadas por el administrador, el apoderado responderá de sus actuaciones en base al art. 1726, CC. por culpa o negligencia. También podrá incurrir en responsabilidad extracontractual -art. 1902 CC-.

⁴⁶⁵ Vid. art. 249-2 LSC.

⁴⁶⁶ “*Los poderes generales y las delegaciones de facultades, así como su modificación, revocación y sustitución. No será obligatoria la inscripción de los poderes generales para pleitos o de los concedidos para la realización de actos concretos*”.

Debemos precisar que el incumplimiento del deber de diligencia por parte del administrador manifestado en la culpa “in vigilando” o culpa “in eligiendo” - art. 1903 CC.-⁴⁶⁷, lleva consigo el asumir la responsabilidad del acto que haya originado el daño, puesto que no es posible eludir la responsabilidad del mismo, mediante la delegación en un subordinado de las tareas que como tal administrador le corresponde a él desempeñar -V.gr. casos de apoderamiento-.

De ahí que deben tenerse muy en cuenta dichas conductas que implican una dejación de funciones que pueden acarrear daños a terceros, puesto que entre los deberes principales del administrador está el deber de vigilancia y el de orientación de las personas que le están subordinadas y bajo su responsabilidad.

En conclusión: los administradores sociales, como ya habíamos adelantado, no son ajenos a conocer y cumplir con todas las obligaciones a la que está obligada su empresa. El incumplimiento de estas podría derivarse en una infracción tributaria prevista en el art. 43-1LGT y calificada de responsabilidad subsidiaria, pero ello no significa que no puedan ser responsables solidarios por alguna de las actuaciones previstas en el art. 42 de la LGT y en concreta la tipificada en su letra a). “*Que sea causante o haya colaborado activamente en la realización de la infracción*”. En este supuesto, debemos tener en cuenta el art. 41-1 LGT que dispone: “*La ley podrá configurar como responsables solidarios o subsidiarios de la deuda tributaria, junto a los deudores principales, a otras personas o entidades [...].* Razón de más para mantener nuestra hipótesis, consistente en que el administrador social en algunos casos puede ser declarado responsable solidario junto con su operador, cuando aquel haya participado directamente en la decisión que ha contribuido a causar el daño. Hipótesis que puede dar lugar a la aplicación de la responsabilidad solidaria determinada en el art. 42-1 de la LGT.

⁴⁶⁷ La STS 30-10-1981 -RJ 1981/5335- atribuye directamente a los administradores la responsabilidad.

8. Reglas particulares para supuestos especiales

La Ley de responsabilidad medioambiental incorpora tres reglas particulares para determinados supuestos sobre la responsabilidad del operador, establecidas en los artículos 10, 11 y 12 de la LRM.

A) Existencia de un grupo de sociedades

La primera, contenida en el art. 10, trata del supuesto en el que el operador sea una sociedad mercantil que forme parte de un grupo de sociedades. En tal caso establece, “*la responsabilidad medioambiental regulada en esta ley podrá extenderse igualmente a la sociedad dominante cuando la autoridad competente⁴⁶⁸ aprecie utilización abusiva de la persona jurídica o fraude de ley*”.

Para saber cuándo se tiene que aplicar este precepto debemos remitirnos a lo que establece en tal sentido el art. 42-1 del Ccom⁴⁶⁹. Este mismo precepto en su párrafo segundo⁴⁷⁰, determina cuándo existe grupo de sociedades. Para que

⁴⁶⁸ Art. 2-22 de la LRM “*Autoridad competente: Aquella encargada de desempeñar los cometidos previstos en la presente Ley, que designen en su ámbito respectivo de competencias la Administración General del Estado, las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla para la ejecución de esta Ley, conforme a lo dispuesto en el artículo 7*”.

⁴⁶⁹ Modificado por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea - Boletín Oficial del Estado, núm. 160 de 5 de julio de 2007-.

⁴⁷⁰ “*Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:*

a) Posea la mayoría de los derechos de voto.

b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido

exista un grupo de sociedades es necesario que las mismas constituyan una unidad de decisión. Cuando una sociedad ostenta o pueda ostentar el control de otra u otras, deben darse las condiciones establecidas en dicho párrafo. De él se pueden extraer dos elementos fundamentales como acertadamente señala PEDRAZA LAÍNEZ “Por un lado, la independencia jurídica de las sociedades que lo forman, tanto en el ámbito patrimonial como en el organizativo. Por otro, la unidad de dirección económica de las sociedades agrupadas, pues únicamente cabe hablar de grupo cuando sus decisiones quedan sujetas a lo dispuesto por la unidad de dirección”⁴⁷¹.

La extensión de la responsabilidad de una sociedad del grupo a la sociedad dominante,⁴⁷² pretende evitar el posible abuso de la aparente existencia de sociedades distintas cuando en realidad forman parte de una sola unidad⁴⁷³.

Es frecuente que empresas de la misma rama industrial se agrupen para tener un mayor peso en el mercado. Pero también estas uniones pueden ser usadas con otros fines ilícitos, como el de evadir posibles responsabilidades medioambientales. Por ello, el art. 10 de la LRM trata de evitar tal situación, estableciendo que, en el supuesto de que las acciones llevadas a cabo por las empresas filiales generasen responsabilidades, éstas podrán extenderse a la

nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

⁴⁷¹ Vid. PEDRAZA LAÍNEZ J.: *La responsabilidad por daños medioambientales*. Edit. Aranzadi. Cizur Menor -Navarra- 2016. Pág. 37.

⁴⁷² A efectos de la LSC, su art. 18 dice: a efectos de esta ley, *considera sociedad dominante, “la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras”*. Ello nos da a entender que la responsabilidad del grupo recaerá sobre esta y sobre sus administradores.

⁴⁷³ Puntualización que no se encontraba en la primera redacción del texto de la ley ya que Artículo que fue modificado en fase parlamentaria por la enmienda núm. 82 del Grupo Popular y por la núm. 109 del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana; modificaciones justificadas con el fin de eliminar la primera redacción del artículo quedando redactado en el sentido de añadir “*cuando la autoridad competente aprecie utilización abusiva de la persona jurídica o fraude de ley*”. Por consiguiente, *actualmente la responsabilidad a la sociedad dominante no se extiende en todo caso sino solo si por su parte se realiza una actividad fraudulenta o un uso abusivo de la personalidad jurídica*.

sociedad dominante cuando la autoridad competente aprecie utilización abusiva de la persona jurídica o fraude de ley.

B) Pluralidad de operadores responsables

La segunda regla corresponde a la establecida en el art. 11 de la LRM. Cuando exista pluralidad de operadores causantes de un daño medioambiental. En tal supuesto, es difícil determinar quién debe soportar la responsabilidad del daño causado.

En este supuesto el legislador se enfrenta a un problema a la hora de aplicar un régimen de responsabilidad cuando son más de uno los causantes de un daño medioambiental, ya que tendrá que decidir qué régimen es el más adecuado para asignar a cada uno de ellos la parte de responsabilidad que le corresponda.

La DRM, aun siguiendo las recomendaciones del Libro Blanco sobre la responsabilidad medioambiental, no se pronuncia sobre la problemática citada, dejando su solución a los Estados miembros para que estos establezcan las normas que consideren oportunas y eficaces para resolver dicha situación.

En estos casos donde es difícil de precisar quién o quiénes son los responsables de un daño ocasionado al medio ambiente, el legislador español optó por aplicar con carácter general el régimen de responsabilidad mancomunada - art.11 LRM-⁴⁷⁴.

El problema en este tipo de daños surge cuando no es posible determinar la cuota de participación de cada uno de los responsables en el daño producido. En tal supuesto y a tenor de lo preceptuado en el artículo anterior -supra-, no es

⁴⁷⁴ Por el contrario, otros Estados acogieron el régimen de la solidaridad. Por ejemplo, el legislador alemán adoptó el régimen de responsabilidad solidaria –art. 426 BGB- Libro Blanco sobre la responsabilidad medioambiental -COM 9 de febrero-2000.

posible aplicar el régimen que en él se establece, y tampoco sería posible aplicar la responsabilidad solidaria si no está establecida expresamente según lo preceptuado en los arts. 1137 y 1138 del CC.

La jurisprudencia ha tratado de dar solución al problema, permitiendo aplicar la responsabilidad solidaria en aquellos supuestos donde no hay ley expresa impuesta por otro régimen.

En tal caso, se plantean dos problemas: uno, se refiere a quién debe soportar la insolvencia de algunos de los autores del daño por el coste de la reparación, y el otro, a quién le corresponde establecer la cuota de responsabilidad que le corresponde a cada uno de los responsables⁴⁷⁵.

En el primer supuesto, cuando resulta imposible determinar el grado de participación de cada uno de los operadores que ha intervenido en el hecho que ha dado origen al daño medioambiental, en la praxis, suele aplicarse el principio de responsabilidad solidaria; ejemplo de ello, lo tenemos en el accidente ocurrido frente a la entrada del puerto de La Coruña por el petrolero Mar Egeo el 3 de diciembre de 1992, donde vertió al mar 67.000 toneladas de crudo, ocasionando un daño ecológico grave en una extensión de 300 kilómetros de costa. Siendo condenados solidariamente el capitán del petrolero y la Administración mediante sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo 2009⁴⁷⁶.

Bien es verdad que en determinados supuestos tanto la legislación ambiental sectorial como la propia LRM se decantan por la aplicación del régimen de responsabilidad solidario. Como ejemplo del primer caso se pueden citar los

⁴⁷⁵ Vid. CASADO CASADO L.: “Atribución de responsabilidad (art. 9 a 16)” AA.VV en *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*. -Coord. LOZANO CUTANDA, B. Edit. Aranzadi Cizur Menor -Navarra- 2008-, pág. 252.

⁴⁷⁶ RJ 2009/2632.

arts. 36-1 y 45-2 y 3⁴⁷⁷ de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y suelos contaminados.

Siempre que se pueda medir el grado de participación de cada uno de los agentes que haya podido contribuir a generar el daño, deberá ser decidido por quien le competa cuál de los dos principios es aplicable, el de solidaridad o el de mancomunidad.

En el caso de aplicación de la responsabilidad solidaria en el ámbito de la responsabilidad medioambiental, su resultado no sería del todo eficaz, puesto que si alguno de los causantes del daño fuera insolvente, terminarían asumiendo los costes de la totalidad del daño medioambiental aquéllos con más poder económico, lo que resultaría injusto si se diese la circunstancia de que se demostrase que su participación en el hecho dañino fuese en un porcentaje menor que cualquiera de los insolventes responsables. Bien es verdad, que, en todo caso, aquéllos que han participado en sufragar los gastos originados por el daño ambiental, tienen la opción de ejercitar las acciones de regreso pertinentes contra el resto de los culpables insolventes, aunque con dudoso resultado.

De todo ello, se deduce que no debemos decantarnos por un sistema u otro de los citados, pues lo más aconsejable sería aplicar aquél principio que se adaptase más a las circunstancias de cada caso y no saliese perjudicada la víctima del daño medioambiental.

La regla general en la legislación española es la de aplicar la responsabilidad mancomunada siempre que sea posible adjudicar la cuota de

⁴⁷⁷ 2 “Cuando el cumplimiento de lo establecido en esta Ley corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las sanciones pecuniarias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 130.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

3. “La responsabilidad será solidaria, en todo caso, en los siguientes supuestos: a) cuando el productor, el poseedor inicial o el gestor de residuos los entregue a persona física o jurídica distinta de las señaladas en esta Ley. b) Cuando sean varios los responsables y no sea posible determinar el grado de participación de cada uno en la realización de la infracción”.

participación en el hecho de cada sujeto implicado en el mismo, “*a no ser que por ley especial que resulte aplicable se disponga otra cosa*”, expresión contenida en el citado artículo 11 de la LRM. De lo que se deduce que en este artículo entran en juego dos opciones:

Una, que instaura la responsabilidad mancomunada como regla general. A este tipo de responsabilidad, nos referimos ampliamente en el siguiente epígrafe.

Dos, la más difícil de resolver, se refiere a aquellos casos donde no es posible determinar el grado de participación en el daño de los sujetos causantes del mismo, por tal motivo no se puede determinar la responsabilidad y la imputación de los costes de la reparación a ningún sujeto. En tal situación la Prof^a GOMIS CATALÁ, manifiesta:

“Cuando la prueba del nexo causal y la posterior canalización de la responsabilidad determina la existencia de más de un responsable habrá que decidir si se aplica el principio de “responsabilidad mancomunada”, en virtud de la cual el responsable debe de indemnizar sólo por la parte del daño que puede realmente imputarse a su actividad concreta o, por lo contrario, se resolverá la cuestión atendiendo al principio de responsabilidad solidaria” [...] ⁴⁷⁸.

A la vista de lo expuesto, si no es posible aplicar la responsabilidad mancomunada, dado que para ello es necesario demostrar individualmente que esas pluralidades de responsables han tomado parte en el daño medioambiental causado, habrá que ver si una norma legal establece la regla de la solidaridad. Por ejemplo, al haber pluralidad de sujetos causantes del daño, la Ley 22/2011, de 28 de julio de suelos contaminados, en su art.36-1, establece:

“Estarán obligados a realizar las operaciones de descontaminación y recuperación reguladas en el artículo anterior, previo

⁴⁷⁸ Vid. GOMIS CATALÁ, L.: “La Ley de Responsabilidad Medioambiental, en el marco del Derecho de la Unión Europea” AA.VV en *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*. LOZANO CUTANDA, B. -Coord^a. - Edit. Thomson/Civitas. Cizur Menor -Navarra- 2008. Pág. 123.

requerimiento de las Comunidades Autónomas, los causantes de la contaminación, que cuando sean varios responderán de estas obligaciones de forma solidaria y, subsidiariamente, por este orden, los propietarios de los suelos contaminados y los poseedores de los mismos”.

Como se deduce del citado precepto, se establece un régimen de responsabilidad solidario para los supuestos donde existan varios responsables y no sea posible determinar el grado de participación en los hechos que han dado lugar a un grave daño ambiental. Es más, la LRM en este caso, habilita la actuación de la Administración mediante la aplicación de su art. 23-1.

“Por requerirlo la más eficaz protección de los recursos naturales, y de los servicios que éstos prestan, la autoridad competente podrá acordar y ejecutar por sí misma las medidas de prevención, de evitación de nuevos daños o de reparación previstas en esta ley, atendiendo, entre otras, a las siguientes circunstancias”.

Entre las citadas circunstancias está el apartado b). *“Que 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”.* En definitiva, la norma legal establece que será la Administración Pública la que se haga cargo de los costes de evitación y reparación, mientras no se depuren las responsabilidades de los sujetos implicados. Todo ello con la finalidad de proteger el medio ambiente de la manera más rápida y eficaz posible.

C) Extinción de las personas responsables

La tercera regla es la referida a la atribución de responsabilidades de los sujetos obligados a satisfacer las obligaciones pecuniarias en el caso de muerte o extinción de las personas responsables. Concretamente la LRM prevé que, tanto los deberes como las obligaciones, serán transmitidos y exigidos con arreglo a lo dispuesto en el art. 12 de la LRM.

“En los casos de muerte o extinción de las personas responsables según esta ley, sus deberes y, en particular, sus obligaciones pecuniarias subsiguientes, se transmitirán y se exigirán conforme a lo dispuesto para las obligaciones tributarias”

La Ley incorpora algunas previsiones respecto a la identificación de los sujetos obligados a satisfacer las prestaciones económicas en el supuesto de muerte o extinción de las personas responsables, remitiéndose a la LGT, por ello, las obligaciones como los deberes pecuniarios tributarios subsiguientes, se transmitirán y se exigirán de conformidad con lo dispuesto en sus arts. 39 y 40 de la LGT, siempre que la herencia sea aceptada por los herederos, sin perjuicio de lo que establezca la legislación civil con respecto a las personas físicas en cuanto a la adquisición de herencia⁴⁷⁹.

En el art. 39 LGT, referido a los sucesores de las personas físicas, se establecen las obligaciones de estos sobre la masa hereditaria, es decir, serán los herederos los que responderán con sus bienes de las obligaciones tributarias del causante, salvo que éstos adquieran la herencia a beneficio de inventario. Claro está, sin perjuicio de lo que establezca el régimen civil sobre la adquisición de herencias.

Del citado precepto, se deduce que su ámbito subjetivo abarca a todos los herederos, salvo aquellos que se han acogido a la aceptación de la herencia a título de inventario, y responderán de las obligaciones tributarias del causante según establece el art. 1003 CC *“La sucesión sólo comprende los derechos y obligaciones transmisibles que no se extinguen con la muerte”*.

Con respecto al ámbito objetivo comprenderá todas las deudas, tanto las pendientes de liquidar como las ya liquidadas.

⁴⁷⁹ *“A la muerte de los obligados tributarios, las obligaciones tributarias pendientes se transmitirán a los herederos, sin perjuicio de lo que establece la legislación civil en cuanto a la adquisición de la herencia”*.

No se transmitirán pues las sanciones, sólo en el caso de que antes del fallecimiento se hubiera notificado el acuerdo de derivación de responsabilidad.

Para nuestro trabajo tiene más relevancia el art. 40 de la LGT⁴⁸⁰, que está referido al tratamiento de las obligaciones tributarias de los sucesores de personas jurídicas y de entidades sin personalidad, y en los que la Ley limita la responsabilidad patrimonial de sus socios, partícipes o cotitulares. Contempla varios supuestos entre los que citamos:

-En su apartado primero, alusivo a los casos en los que ya se ha hecho la liquidación, se hace una distinción entre aquellos casos en que se encuentra legalmente limitada la responsabilidad patrimonial de los socios, partícipes o

⁴⁸⁰ Artículo 40. Sucesores de personas jurídicas y de entidades sin personalidad.

“1. Las obligaciones tributarias pendientes de las sociedades y entidades con personalidad jurídica disueltas y liquidadas en las que la Ley limita la responsabilidad patrimonial de los socios, partícipes o cotitulares se transmitirán a éstos, que quedarán obligados solidariamente hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que les corresponda y demás percepciones patrimoniales recibidas por los mismos en los dos años anteriores a la fecha de disolución que minoren el patrimonio social que debiera responder de tales obligaciones, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 42.2.a) de esta Ley.

Las obligaciones tributarias pendientes de las sociedades y entidades con personalidad jurídica disueltas y liquidadas en las que la Ley no limita la responsabilidad patrimonial de los socios, partícipes o cotitulares se transmitirán íntegramente a éstos, que quedarán obligados solidariamente a su cumplimiento.

2. El hecho de que la deuda tributaria no estuviera liquidada en el momento de producirse la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o entidad no impedirá la transmisión de las obligaciones tributarias devengadas a los sucesores, pudiéndose entender las actuaciones con cualquiera de ellos.

3. En los supuestos de extinción o disolución sin liquidación de sociedades y entidades con personalidad jurídica, las obligaciones tributarias pendientes de las mismas se transmitirán a las personas o entidades que sucedan o que sean beneficiarias de la correspondiente operación. Esta norma también será aplicable a cualquier supuesto de cesión global del activo y pasivo de una sociedad y entidad con personalidad jurídica.

4. En caso de disolución de fundaciones o entidades a las que se refiere el apartado 4 del artículo 35 de esta ley, las obligaciones tributarias pendientes de las mismas se transmitirán a los destinatarios de los bienes y derechos de las fundaciones o a los partícipes o cotitulares de dichas entidades.

5. Las sanciones que pudieran proceder por las infracciones cometidas por las sociedades y entidades a las que se refiere este artículo serán exigibles a los sucesores de las mismas, en los términos establecidos en los apartados anteriores y, en su caso, hasta el límite del valor determinado conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo”.

cotitulares y los que no tienen limitada la responsabilidad. Si se encuentra limitada, las obligaciones tributarias pendientes de liquidación se transmitirán a los socios que queden obligados solidariamente hasta un límite del valor de la cuota de liquidación que le corresponda. A tales efectos establece en su párrafo segundo, citado a pie de página anterior.

-En el segundo supuesto, en que la limitación de responsabilidad no exista y la deuda tributaria no estuviera liquidada en el momento de producirse la extinción de la persona jurídica, ésta se transmitirá a sus socios o partícipes que quedan obligados en base a los artículos 1137 y 1144 C.C.

-El segundo apartado se expresa en parecidos términos a la sucesión de las personas físicas antes mencionada. En su párrafo segundo prevé el caso en que la deuda tributaria no estuviese liquidada en el instante en que la sociedad perdiese su personalidad jurídica, estableciendo que dicha situación no impide que las obligaciones devengadas pasen a los sucesores.

-En el tercer apartado dice “[...] *las obligaciones tributarias pendientes de las mismas se transmitirán a las personas o entidades que sucedan o que sean beneficiarias de la correspondiente operación [...]*”.

Finalmente nos referiremos al procedimiento a seguir correspondiente a la sucesión, el cual tendrá que atenerse a lo dispuesto en el art. 177 de la LGT con el epígrafe “*Procedimiento de recaudación frente a los sucesores*” que en su apartado 2 último párrafo afirma:

“La Administración tributaria podrá dirigirse contra cualquiera de los socios, partícipes, cotitulares o destinatarios, o contra todos ellos simultánea o sucesivamente, para requerirles el pago de la deuda tributaria y costas pendientes”.

En estos supuestos la Hacienda Pública actúa con los sucesores como si se tratase de una responsabilidad solidaria.

D)Responsabilidad Mancomunada

La responsabilidad mancomunada⁴⁸¹ se establece en aquellos supuestos en los que existen pluralidad de responsables que hayan ocasionado un daño medioambiental y se demuestre que éstos individualmente han intervenido en la consecución del mismo.

Como ya anteriormente hemos advertido, una de las cuestiones problemáticas que surgen en todo daño ambiental cuando hay pluralidad de responsables es determinar la responsabilidad y la asignación del coste de cada uno de ellos en la producción del daño.

La Directiva -DRM- al respecto no aporta ninguna norma en que basarnos para la solución del problema, tan sólo se limita en su art. 9⁴⁸² a dar amplia libertad a los Estados Miembros para que éstos establezcan el régimen más eficaz y justo en relación con la imputación de los costes. Tal como nos advierte GOMIS CATALÁ⁴⁸³ “detrás de esta elección se esconde un problema de fondo: el de determinar quién debe soportar el riesgo de la insolvencia de cualquiera de los autores del daño, y a quién incumbe la función de establecer la cuota de responsabilidad de cada instalación en particular. [...]”.

Ante esta tesitura, el legislador español, como ya se ha indicado antes, optó por la mancomunidad. La LRM en su art. 11 contempla el supuesto de la pluralidad de responsables de un daño ambiental y haciendo referencia a su problemática nos dice:

⁴⁸¹ La mancomunidad está referida en el art. 1139 CC y su regulación se completa con el art. 1150 del mismo cuerpo legal.

⁴⁸² “La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de cualesquiera disposiciones vigentes en las normativas nacionales en relación con la imputación de costes en caso de varios responsables, especialmente, en lo que respecta al reparto de responsabilidad entre el productor y el usuario de un producto”.

⁴⁸³ GOMIS CATALÁ, L.: La Ley de Responsabilidad Medioambiental, en el marco del Derecho de la Unión Europea AA.VV en *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*. -Coord^a LOZANO CUTANDA B,-. Edit. Thomson/Civitas. Cizur Menor -Navarra- 2008, pág. 252.

En los supuestos en los que exista una pluralidad de operadores y se pruebe su participación en la causación del daño o de la amenaza inminente de causarlo, la responsabilidad será mancomunada, a no ser que por ley especial que resulte aplicable se disponga otra cosa.

Estimamos que el análisis del citado artículo presenta algunas dudas, pues matiza que dicho régimen será aplicable, excepto cuando una “*ley especial que resulte aplicable se disponga otra cosa*”.

Sobre el particular consideramos acertada la propuesta -enmienda- interpuesta por el senador José Ramón Urrutia Elorza del grupo político Eusko Alkartasuna (EA), perteneciente al Grupo Parlamentario Mixto -GPMX-⁴⁸⁴ durante la tramitación parlamentaria de la LRM para la modificación de su art. 11.

Enmienda que fue rechazada por una justificación⁴⁸⁵ que consideramos no fue lo suficientemente clara, puesto que para que se pueda aplicar dicha responsabilidad, es necesario conocer con exactitud el grado de participación en el hecho de cada uno de los responsables.

Motivo por el cual creemos que en este supuesto de cocausantes de un mismo daño, hubiera sido preferible aplicar la responsabilidad solidaria, a no ser que se demostrase con certeza el grado de participación de cada uno de ellos.

A la luz del citado -art. 11 de la LRM- en el que se recoge la responsabilidad mancomunada⁴⁸⁶, será aplicable dicho régimen cuando una vez demostrada la relación de causalidad⁴⁸⁷ entre el hecho generador del daño y el daño acontecido.

⁴⁸⁴ Enmienda de modificación núm. 2. Boletín Oficial del Senado núm. 117 de 17 de septiembre de 2007.

⁴⁸⁵ “*La fijación de un régimen de responsabilidad solidaria es más acorde con la normativa medioambiental en vigor que el de responsabilidad mancomunada*”.

⁴⁸⁶ En virtud de dicho principio, el responsable o responsables de un daño medioambiental, deben de indemnizar al responsable en función de la parte que él haya podido originar en la causación del daño.

⁴⁸⁷ Requisito que se deriva del art. 1902 CC “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”.

Ello plantea diversos inconvenientes ya que, si la responsabilidad es mancomunada, será la víctima la que calculará a priori la parte de responsabilidad que debe recaer sobre cada uno de los sujetos agentes del hecho, a no ser que la ley que resulte de su aplicación disponga otra cosa, esta regla sigue los mismos pasos que la contenida en los arts. 1137⁴⁸⁸ y 1238⁴⁸⁹ del CC.

Si se puede demostrar con exactitud el grado de participación en el hecho que originó el daño ambiental, en este caso será el perjudicado quien deberá probar el grado de participación de cada uno de los causantes del daño ambiental.

Este sistema presenta dos grandes dificultades: una, que el perjudicado puede no ser remunerado por los costes de reparación ocasionados, debido a la insolvencia económica de los responsables y otra, citada anteriormente, se refiere a que tiene que ser el propio perjudicado el que debe calcular a priori la parte que corresponde a cada agente de responsabilidad en función de su contribución en el hecho dañino.

No cabe la menor duda de que el sistema de responsabilidad mancomunada, a la hora de su aplicación plantea graves problemas probatorios, principalmente cuando estamos ante un daño ambiental por contaminación, por ejemplo, en casos como por “lluvia ácida”, puesto que el producto tóxico extendido por la atmósfera, al caer al suelo es absorbido por éste con lo que se dificulta notablemente la prueba de la relación de causalidad.

⁴⁸⁸ “La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria”.

⁴⁸⁹ Artículo derogado por la Disposición derogatoria única 2.1 de la Ley1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

En este supuesto, al ser difícil identificar a los culpables y aun en el caso de ser reconocidos, sería prácticamente imposible adjudicarles la parte de responsabilidad que les correspondiese por el daño ocasionado.

Uno de los grandes inconvenientes que tiene dicho régimen, es que recae sobre el perjudicado la obligación legal de calcular y asignar la parte de responsabilidad que le corresponderá a cada uno de los sujetos responsables de los daños que ellos han originado⁴⁹⁰.

Resulta pues evidente que de la comparación de una u otra, la responsabilidad solidaria protege más a la víctima y, sin embargo, la mancomunada favorece al responsable.

En caso de aplicarse una responsabilidad solidaria creemos que el régimen sería más justo, en el sentido de que cada responsable cargaría con su porción de culpa, y soportaría la parte económica que le correspondiese. Debemos puntualizar que todos ellos, disponen de la presunción “iuris tantum”, tendrán que demostrar que no han participado o que su participación está debidamente determinada.

9. OBJETO DE LA ARESPONSABILIDAD

A) Ámbito objetivo de aplicación de la LRM

La Ley de Responsabilidad Medioambiental en su art. 1 establece como principal objetivo: *“prevenir, evitar y reparar los daños medioambientales, de conformidad con el artículo 45 de la Constitución y con los principios de prevención y de que «quien contamina paga»*, y a los efectos de determinar su

⁴⁹⁰ STS de 15 de marzo de 1993 -RJ. 1993 / 2284-.

objeto y alcance, se completa con lo dispuesto en los apartados 1 y 2 de su art. 3 de la LRM.

Del análisis de este último artículo, se desprende que el ámbito de aplicación de la norma se proyecta sobre tres fuentes.

- Una es el ámbito material basado en el propio concepto de daño ambiental⁴⁹¹.

-Otra que gira en torno al responsable del daño, en este caso nos estamos refiriendo al “Operador”.

-Por último, es la referida al ámbito de la actividad que éste desarrolle. Aunque debemos tener presente que no todas las actividades llevadas a cabo por el operador están sujetas al mismo régimen de responsabilidad ambiental.

B) Principio de “quien contamina paga”

Está contenido en el art. 191-2⁴⁹² del Tratado Fundacional de la Unión Europea. En la actualidad, dicho principio, ha llegado a ser básico de la política ambiental, tanto en los países de la OCDE.⁴⁹³ como en los de ámbito comunitario⁴⁹⁴.

⁴⁹¹ Vid. apartado 1 y ss. del art. 2 de la LRM.

⁴⁹² “La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga”.

⁴⁹³ Es una organización fundada en 1961, para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) que agrupa a 35 países miembros y su misión principal es promover políticas que puedan mejorar el bienestar económico y social de las personas en el mundo.

⁴⁹⁴ GOMIS CATALÁ, L.: Tesis Doctoral. *Responsabilidad por daños al Medio Ambiente*. Alicante 1996. pág. 140 y ss.

De acuerdo con el mismo, quien contamina debe asumir en su totalidad el coste que se originen por las medidas que se tomen para devolver a su estado “básico” los bienes naturales que se han dañado.

El principio implica el coste de las medidas de evitación, prevención y reparación, deben de ser soportados por el operador que ha originado el daño medioambiental y en el caso del operador contaminador debe igualmente soportar los gastos que sean necesarios para alcanzar la calidad de un medio ambiente sano y sostenible para el ser humano y su hábitat. Es evidente que dicho principio establece una importante función en la conservación de un medio ambiente adecuado.

Este principio fue consagrado en la Declaración de Río -1992-⁴⁹⁵, y, por primera vez, en el marco de la Comunidad Europea en su primer Programa de acción de Protección sobre el medio ambiente para los años 1973-1977, siendo aprobado el 19 de julio de 1973, y posteriormente adoptado por declaración del Consejo el 22 de noviembre de 1973. Su principal objetivo consiste en corregir el deterioro que aqueja al medio ambiente.

El inicio de la política medioambiental comunitaria se inicia con el Programa de acción de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente 1973-1977⁴⁹⁶, el cual supuso un paso decisivo en dicha política, centrándose en la lucha contra la contaminación y la explotación irracional de los recursos naturales. En él se especificaban los objetivos y principios de la política medioambiental en la Comunidad Europea, fijándose las acciones prioritarias y las medidas básicas correctoras contra la contaminación y la explotación

⁴⁹⁵ Principio núm. 16 “Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales”.

⁴⁹⁶ DOCE C112 de 20-12-1973 p.1.

irracional de los recursos naturales. Como dice el Prof. LÓPEZ RAMÓN ⁴⁹⁷ “fue la idea que permitió asentar como gran objetivo de la política ambiental la utilización racional de los recursos naturales, de forma compatible con el desarrollo económico”.

Principio reconocido ya en el art. 174-2 del Tratado constitutivo de las Comunidades Europeas -TCE-⁴⁹⁸ donde se establecía que la política medioambiental europea tendría como objetivo prioritario alcanzar el mayor nivel de protección que sea posible. En la actualidad dicho principio está contemplado en parecidos términos en el núm. 2 del art. 191 del TFUE de 20/3/2010. Añadiendo a esta línea el sexto programa de acción bajo el lema “*Medio Ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos*”⁴⁹⁹ que cubre un periodo de tiempo comprendido entre el 22 de julio de 2001 al 21 de julio de 2012. Con él se pretende dar una nueva orientación a la política medioambiental de la UE. El Programa se desarrolla conforme a los principios de subsidiaridad, así como el principio de “quien contamina paga”, de cautela y acción preventiva.

La Directiva 2004/35/CE en su considerando núm. 18 cita dicho principio de la forma siguiente: “*De acuerdo con el principio de «quien contamina paga», un operador que cause daños medioambientales o que amenace de forma inminente con causar tales daños debe sufragar, en principio, el coste de las*

⁴⁹⁷ LÓPEZ RAMÓN F. Revista de Administración Pública. Núm. 142. Enero-abril de 1997. Pág. 55.

⁴⁹⁸ “*La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga*”. Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 24 de diciembre de 2002,

⁴⁹⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre el Sexto Programa de Acción de la Comunidad Europea en materia de Medio Ambiente -Medio ambiente 2010-: “*el futuro está en nuestras manos*”. La decisión fue aportada por el Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de julio de 2002, -Decisión. Núm. 1600/2002/CE- por la que se establece el Sexto Programa de Acción Comunitario en Materia de Medio Ambiente -Diario Oficial L 242 de 10.9.2002-. en ella se recogen los objetivos, plazos y prioridades, así como los principales ejes del enfoque estratégico y los cuatro ámbitos de acción.

medidas preventivas o reparadoras necesarias [...]”. Y en su art. 1 establece el marco de la responsabilidad medioambiental de la siguiente manera *“La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco de responsabilidad medioambiental, basado en el principio de «quien contamina paga», para la prevención y la reparación de los daños medioambientales”*.

Mediante la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, como expresamente reconoce la propia norma en el párrafo segundo de su preámbulo I *“Se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico un régimen administrativo de responsabilidad ambiental de carácter objetivo e ilimitado basado en los principios de prevención y de “quien contamina paga”*. marcando el mismo objetivo el art. 1 de la LRM.

Al hacer compatibles el progreso económico con la protección del medio ambiente, es necesario establecer los cauces de participación y coordinación de los distintos sectores implicados.

10. EL DAÑO MEDIOAMBIENTAL

A) Concepto

En lo que respecta al concepto de daño ambiental no existe unanimidad en la doctrina, prueba de ello es el gran número de autores que han tratado de aunar criterios y aportar un concepto unificado sin poder conseguirlo⁵⁰⁰, pues en su mayoría han presentado una discusión terminológica sobre la conveniencia de emplear la expresión “medioambiental” para referirse al daño que afecta al medio

⁵⁰⁰ Vid. JORDANO de FRAGA.: *Protección del Derecho a un Medio Ambiente Adecuado*. Edit. Bosch, Barcelona 1995. En dicho texto nos habla sobre un amplio desarrollo del concepto del daño medioambiental.

natural en su conjunto, el cual puede estar compuesto por un gran número de elementos que se relacionan entre sí, y que llamamos “recursos naturales” definido en el art. 2-12⁵⁰¹ de la Directiva comunitaria 2004/35. Concepto ampliado por el art.2-17 de la LRM⁵⁰²

Anteriormente hemos aludido al daño diciendo que era uno de los presupuestos necesarios que se exigen para que surja la responsabilidad de los administradores sociales y de los empresarios. Por ello se hace necesario proseguir con su estudio y examinar las consecuencias que el daño ambiental puede acarrear, y del cual se puedan derivar diversos hechos lesivos para dicho medio. Sin embargo, creemos que debido a la complejidad que encierra la determinación de lo que se debe considerar como “daño ambiental”, debemos partir de un punto de vista interdisciplinar, es decir, tratando de separar los llamados daños “tradicionales” de los ocasionados a un medio natural de dominio público.

a) Concepto genérico del daño ambiental

El daño medioambiental tiene sus propias características frente al daño civil, motivo por el cual, los conflictos que se generen por deterioro del medio ambiente no podrán ser resueltos eficazmente con la sola aplicación del Código civil por ser éste insuficiente para la citada materia. Debido a ello, se acude a normas más específicas como la DRM y la LRM para dar solución legal de una manera más eficaz a dichos problemas.

⁵⁰¹ “Recurso natural” *Las especies y hábitats naturales protegidos, el agua y el suelo*”.

⁵⁰² “Recurso natural” *Las especies silvestres y los hábitats, el agua, la ribera del mar y de las rías y el suelo*”.

La LRM define el “Daño ambiental” en su art. 2-1⁵⁰³. Nos encontramos frente a un concepto que, como ya hemos dicho, aún no tiene una consolidación jurídica estable y suficiente, puesto que su configuración está íntimamente ligada a la noción que tengamos sobre el medio ambiente⁵⁰⁴; de hecho, ni la Directiva ni la propia Ley han podido concretar con precisión qué se entiende por el mismo.

Sobre su configuración, ya nos hemos expresado indicando, las distintas posiciones doctrinales sobre el concepto de medio ambiente. De ellas, nos centraremos en dos que consideramos son las más significativas:

-Los autores que se inclinan por un concepto restringido del medio ambiente, identificando el mismo con el patrimonio natural, es decir, que sólo debería incluirse la vida animal, vegetal y otros componentes de la naturaleza.

-Otros, por el contrario, se refieren a una concepción amplia de este medio agregando a la concepción restringida elementos culturales, históricos y artísticos.

De dichas consideraciones, cabe resaltar la del Prof. MARTIN MATEO no incorpora a dicho concepto el suelo como componente del mismo, puesto que entiende que su gestión debe reconducirse a la ordenación global del territorio⁵⁰⁵, ni el ruido al integrarlo en el contexto del elemento aire⁵⁰⁶.

Igualmente, la del Prof. JORDANO FRAGA, J., defiende la utilidad racional del suelo como tal recurso natural y en consecuencia relacionado con el

⁵⁰³ “Los daños a las especies silvestres y al hábitat, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de esos hábitat o especies. El carácter significativo de esos efectos se evaluará en relación con el estado básico, teniendo en cuenta los criterios expuestos en el anexo I”.

⁵⁰⁴ Vid. REYES LÓPEZ M, J.: *Derecho Ambiental Español*. Editorial Tirant lo Blanch Valencia 2001, pág. 209.

⁵⁰⁵ MARTIN MATEO. R.: *Manual de Derecho ...*, cit., págs. 70 y ss.

⁵⁰⁶ MARTIN MATEO, R.: *Tratado de Derecho...*, cit., pág. 86.

medio ambiente, reforzándose su argumento con la STC 46/1992 de 2 de abril en su fundamento jurídico tercero⁵⁰⁷.

De los diversos conceptos que se asignan al daño ambiental⁵⁰⁸ o daño al medio ambiente⁵⁰⁹, somos conscientes de la dificultad que entraña el alcanzar un concepto unitario. Resulta prácticamente imposible aportar una definición del mismo que sirviese al menos para encauzar el ámbito de su estudio. Por ello, estimamos que, debido a la complejidad del Derecho ambiental, su estudio y protección debemos abordarlo desde un punto de vista interdisciplinar, dado que el daño puede afectar tanto al ambiente como a los derechos de las personas y sus bienes. Este último caso se integra dentro de los llamados “tradicionales”, en este supuesto, la LRM resuelve suficientemente el problema que estos daños originan, dirimiendo la responsabilidad medioambiental mediante el ejercicio de acciones civiles, concretamente mediante los artículos 1902 y ss., del Código Civil, quedando así fuera del ámbito de aplicación de la LRM.

Dicho ámbito de aplicación no se extiende a todos los recursos naturales, tan sólo protege aquellos que tienen cabida en el concepto de “daño ambiental”. A efectos de esta ley se entiende por “daño ambiental” aquel que reúne los requisitos establecido en su art. 2-1 citando en primer lugar:

-Letra a) los daños a las especies silvestres y a los hábitats

⁵⁰⁷ Defiende la representación de la Comunidad de Madrid su competencia, argumentando que es indudable que el interés general exige que no se permita la urbanización y la edificación de terrenos legalmente declarados suelo rústico, que se impidan aquellos aprovechamientos que palmariamente desborden e ignoren las previsiones de los planes urbanísticos, y en general, que se eviten y se castiguen las infracciones manifiestas y graves de la ordenación urbanística, la cual procura encauzar por márgenes de racionalidad y de solidaridad colectiva la utilización de ese recurso natural y limitado que es el suelo, tal y como ordenan los arts. 47, 45 y 46 de la Constitución. Es preciso dar en este punto toda la razón al Letrado de la Comunidad de Madrid.

⁵⁰⁸ Daño ambiental o daño al medioambiente son expresiones que se usan indistintamente, sin que se adviertan diferencias en su significado.

⁵⁰⁹ Muchos autores reservan este calificativo para referirse al daño que afecta al medio natural que nos rodea o a alguno de sus componentes.

Los define como “*cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o mantener el estado favorable de la conservación de esos hábitat o especies*”.

Se consideran daños significativos a las especies y hábitats según determina el art. 16-1 del RD, 2090/2008, de 22 de diciembre “*serán significativos cuando los cambios experimentados por el receptor produzcan efectos adversos que afecten al mantenimiento de un estado favorable de conservación o a la posibilidad de que éste sea alcanzado*”, los cuales se evaluarán de conformidad con los criterios establecidos para estos casos en el Anexo I de la LRM, teniendo en cuenta el estado básico de su conservación, la rareza de la especie en cuestión, número de individuos de la misma y la extensión de la zona donde se desarrollan. Con los datos de estos parámetros, se puede obtener una aproximación de la importancia del daño.

Además de los efectos adversos significativos, sobre las especies silvestres y sus hábitats, y para que el mantenimiento de su estado se considere “favorable”, deberán cumplir los requisitos establecidos en la letra a)- 1ª del art. 2-6 de la LRM⁵¹⁰.

Respecto a la conservación del hábitat, entendiendo por ésta como el “Área geográfica que es propia de una especie botánica o zoológica, y por extensión, de una raza humana”⁵¹¹. Para el Instrumento de ratificación del Convenio sobre la Diversidad Biológica, celebrado en Rio de Janeiro el 5 de junio de 1992⁵¹², se

⁵¹⁰ “*Que su área de distribución natural y las zonas que abarque esa extensión sean estables o estén en crecimiento.*

- *Que concurren la estructura específica y las funciones necesarias para su mantenimiento a largo plazo y sea probable que éstas vayan a seguir concurriendo en un futuro previsible*”.

- *Que el estado de conservación de sus especies típicas sea favorable, tal como se define en la letra b)*”.

⁵¹¹ Diccionario de derecho y economía. Edit. Trivium . 2ª edición, Madrid abril de 1998.

⁵¹² BOE núm. 17 de 1 de febrero de 1994.

entiende por “hábitat “el lugar o tipo de ambiente en el que existen naturalmente un organismo o una población”.

Con respecto al estado de conservación de una especie, la LRM en su art. 2-6 letra b), entiende que en la conservación de una especie para ser declarado su estado como favorable tendrá que reunir las condiciones siguientes:

1.ª Que los datos de dinámica de población para la especie de que se trate indiquen que se está manteniendo a largo plazo como componente viable de su hábitat.

2.ª Que el área de distribución natural de esa especie no se esté reduciendo ni sea probable que vaya a reducirse en un futuro previsible.

3.ª Que exista un hábitat suficientemente amplio como para mantener a sus poblaciones a largo plazo y sea probable que vaya a seguir existiendo.

Por último, en referencia a las “especies silvestres”, resulta preciso destacar que quedan excluidas de la definición que aporta el art. 2-4 de la LRM las especies exóticas invasoras “*Entendiéndose por tales aquéllas introducidas deliberada o accidentalmente fuera de su área de distribución natural y que resultan una amenaza para los hábitats o las especies silvestres autóctonas*” - párrafo segundo art. 2-4 LRM-.

La ley manifiesta los perjuicios que estas aves ocasionan a las autótonomas y a las especies protegidas por Tratados internaciones de los que España forma parte o por normas comunitarias, estatales o autonómicas, al igual que las especies silvestres que se hallen en nuestro territorio tanto con carácter estacional como permanente, particularmente las que estén incluidas en el Catálogo Nacional de Especies.

Se justifica la exclusión, para evitar los daños que puedan producir a los hábitats naturales de las especies silvestres autóctonas y a las propias aves. Para

ello, la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, en su art. 64 apartado 1, establece lo siguiente:

“Se crea el Catálogo Español de Especies Exóticas Invasoras, cuya estructura y funcionamiento se regulará reglamentariamente y en el que se incluirán, cuando exista información técnica o científica que así lo aconseje, todas aquellas especies y subespecies exóticas invasoras que constituyan una amenaza grave para las especies autóctonas, los hábitats o los ecosistemas, la agronomía o para los recursos económicos asociados al uso del patrimonio natural”.

En este caso la LRM hace notar, a efectos de la presente ley, qué se entiende por “Especies silvestres” incluyendo lo indicado en el apartado 4 de su art. 2⁵¹³. De lo que se deduce, que tanto la prevención como la reparación, no se limita a las especies comprendidas en el art. 1⁵¹⁴ de la Directiva 79/409/CEE, del 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres, sino que abarca las especies de la flora y fauna silvestres presentes en nuestro territorio.

A la par, la Ley sitúa dentro de su ámbito de aplicación los “hábitats”, entendidos éstos como las zonas terrestres o acuáticas diferenciadas por sus características geográficas y que estén citadas en el art. 2 -5 de la LRM⁵¹⁵.

⁵¹³«Especies silvestres»: “Las especies de la flora y de la fauna que estén mencionadas en el artículo 2.3 a) de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales o que estén protegidas por la legislación comunitaria, estatal o autonómica, así como por los Tratados Internacionales en que España sea parte, que se hallen en estado silvestre en el territorio español, tanto con carácter permanente como estacional. En particular, las especies incluidas en el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas o en los catálogos de especies amenazadas establecidos por las comunidades autónomas en sus respectivos ámbitos territoriales”.

⁵¹⁴ “La presente Directiva se refiere a la conservación de todas las especies de aves que viven normalmente en estado salvaje en el territorio europeo de los Estados miembros en los que es aplicable el Tratado. Tendrá como objetivo la protección, la administración y la regulación de dichas especies y de su explotación”.

⁵¹⁵ “Hábitat: “Las zonas terrestres o acuáticas diferenciadas por sus características geográficas, abióticas y bióticas, y que estén mencionadas en el artículo 2.3 b) de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, o que estén protegidas por otras normas comunitarias, por la legislación estatal o autonómica, o por los Tratados Internacionales en que España sea parte”. Vid. el núm. 6 del mismo artículo sobre el “estado de conservación” de un hábitat.

- Letra b) “Daños a las “aguas”.

A efectos de la LRM, esta define este tipo de daños en su art. 2-1-b) exponiendo son: “*los daños a las aguas, entendidos como cualquier daño que produzca efectos adversos significativos*”. Entendiendo por “aguas” tal como establece el núm.7 del mismo artículo 2 de la LRM.

“Todas las aguas continentales, tanto superficiales como subterráneas, costeras y de transición definidas en el texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, así como los restantes elementos que forman parte del dominio público hidráulico”.

Y por daño significativo, debemos acudir al art. 16-2⁵¹⁶, el cual establece cuando el daño a las aguas debe considerarse significativo.

Para conocer los bienes que integran el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta Ley, deberemos tener presente lo dispuestos en el art. 2-1⁵¹⁷ del RDL 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas.

Por el contrario, no tendrán la consideración de daño a las aguas los efectos adversos que se establecen en el art. 4 de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas⁵¹⁸.

⁵¹⁶ “*Los daños ocasionados a las aguas serán significativos si la masa de agua receptora experimenta un efecto desfavorable de su estado ecológico, químico o cuantitativo, en el caso de aguas superficiales o subterráneas, o de su potencial ecológico, en el caso de aguas artificiales y muy modificadas, que traiga consigo, en ambos casos, un cambio en la clasificación de dicho estado en el momento de producirse la afectación, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Planificación Hidrológica aprobado mediante el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, y demás legislación aplicable*”.

⁵¹⁷ “a) *Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación.*

b) Los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas.

c) Los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos.

d) Los acuíferos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos”.

e) Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar.

⁵¹⁸ “*No se considerará que los Estados miembros han infringido la presente Directiva cuando:*

En la LRM, no tendrán la consideración de daños a las aguas según establece el art. 2-1 b)- 1º- párrafo 2º “[...] *los efectos adversos a los que les sea de aplicación el artículo 39 del Reglamento de la Planificación Hidrológica, aprobado por el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio*”.

Igualmente, no se considera que los E.M. han infringido la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2000, citada anteriormente por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la Política de Agua⁵¹⁹.

Esta comprendido dentro del concepto de daño ambiental, cualquier daño que se produzca efectos adversos significativos a las masas de agua, sean éstas superficiales, subterráneas, costeras y de transición definidas en el art. 2-7 de la LRM⁵²⁰ y dentro del concepto del “dominio público hidráulico del Estado” art. 2 del RDL 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas., artículo que enumera los bienes que lo integran.

A efectos de la LRM, su art. 2-1 b) contempla este tipo de daños y entiende por tal, cualquier daño que se cause a las mismas, prosigue el precepto señalando: *“Tanto en el estado ecológico, químico y cuantitativo de las masas de aguas superficiales o subterráneas, como en el potencial ecológico de las masas de agua artificiales y muy modificadas”*. Entendiendo por aguas las que señala el núm. 7 del mismo artículo 2 establece:

- *el hecho de no lograr un buen estado de las aguas subterráneas, un buen estado ecológico o, en su caso, un buen potencial ecológico, o de no evitar el deterioro del estado de una masa de agua superficial o subterránea se deba a nuevas modificaciones de las características físicas de una masa de agua superficial o a alteraciones del nivel de las masas de agua subterránea, o - el hecho de no evitar el deterioro desde el excelente estado al buen estado de una masa de agua subterránea se deba a nuevas actividades humanas de desarrollo sostenible, y se cumplan las condiciones siguientes: [...]”*.

⁵¹⁹ Vid. art. 4-7 de la Directiva 2000/60/CE.

⁵²⁰ “«Aguas»: *Todas las aguas continentales, tanto superficiales como subterráneas, costeras y de transición definidas en el texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, así como los restantes elementos que forman parte del dominio público hidráulico*”.

“En el estado medioambiental de las aguas marinas, tal y como se define en la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de Protección de Medio Marino, en la medida en que diversos aspectos del estado medioambiental del medio marino no estén ya cubiertos por el texto refundido de la Ley de Aguas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio”.

En parecidos términos se expresa el art. 2-1-b) de la LRM estableciendo que a efectos de esta Ley considera los daños a las aguas, entendidos éstos como cualquier daño que produzca efectos adversos significativos a las masas de agua, sean estas superficiales, subterráneas, costeras y de transición definidas en el art. 2-7⁵²¹ de la LRM, y dentro de la concepción del “dominio público hidráulico del estado.

Por el contrario, no tendrán la consideración de daño a las aguas los efectos adversos que se establecen en el art. 4 de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas⁵²².

En la LRM, según establece el art. 2-1 b)- 1º- párrafo 2º *“No tendrán la consideración de daño a las aguas los efectos adversos a los que les sea de aplicación el artículo 39 del Reglamento de la Planificación Hidrológica, aprobado por el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio”.*

Igualmente, no se considera que los E.M. han infringido la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2000, por

⁵²¹ «Aguas»: *“Todas las aguas continentales, tanto superficiales como subterráneas, costeras y de transición definidas en el texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, así como los restantes elementos que forman parte del dominio público hidráulico”.*

⁵²² *“No se considerará que los Estados miembros han infringido la presente Directiva cuando:*
- *el hecho de no lograr un buen estado de las aguas subterráneas, un buen estado ecológico o, en su caso, un buen potencial ecológico, o de no evitar el deterioro del estado de una masa de agua superficial o subterránea se deba a nuevas modificaciones de las características físicas de una masa de agua superficial o a alteraciones del nivel de las masas de agua subterránea, o*
- *el hecho de no evitar el deterioro desde el excelente estado al buen estado de una masa de agua subterránea se deba a nuevas actividades humanas de desarrollo sostenible,*
y se cumplan las condiciones siguientes:[...]”.

la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la Política de Agua⁵²³.

-Letra c). Los daños a la “riberas del mar y de las rías”

Se trata de un recurso natural, que es incorporado “ex novo” Agua⁵²⁴. En la LRM, puesto que la Directiva no dispone de una regulación específica de dichos recursos, a lo que responde lo que anteriormente hemos dicho en referencia al ámbito protección de la LRM sobre el medio ambiente, es decir, que esta es superior a la de la establecida en la Directiva 2004/35/CE.

La Ley confiere a estos dos recursos naturales “riberas del mar y de las rías” un tratamiento diferenciado, una existencia propia y diferente, tratando de mantener el nivel de protección que está previsto en la Ley de Costas.

Se trata de bienes de dominio público regulados en el art. 3-1 de la Ley de 22/1988, de 28 de julio, de Costas, en el cual se define lo que se entiende por “zona marítimo-terrestre”, concepto modificado por la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas art. 1-2 apartado 1 a)⁵²⁵.

Debemos puntualizar que los daños a los que la Ley se refiere son debidos al deterioro físico de las riberas y de las rías provocados por la mano del hombre, -v.gr. el ocasionado en gran parte por las edificaciones en zonas marítimo-terrestres-.

-Los daños al “suelo”.

⁵²³ Vid. art. 4-7 de la Directiva 2000/60/CE.

⁵²⁴ Vid. art. 4-7 de la Directiva 2000/60/CE.

⁵²⁵ “La zona marítimo-terrestre o espacio comprendido entre la línea de bajamar escorada o máxima viva equinoccial, y el límite hasta donde alcancen las olas en los mayores temporales conocidos, de acuerdo con los criterios técnicos que se establezcan reglamentariamente, o cuando lo supere, el de la línea de pleamar máxima viva equinoccial. Esta zona se extiende también por las márgenes de los ríos hasta el sitio donde se haga sensible el efecto de las mareas”.

Por último quedan comprendidos en el ámbito de la LRM los daños al suelo. Es a partir de la “Carta Europea de los Suelos” -Estrasburgo, agosto de 1972- de la Comunidad Europea, donde en su apartado primero se define el suelo como un “medio vivo y dinámico que permite la existencia de la vida animal y vegetal. Es esencial a la vida del hombre en tanto que fuente de alimento y de materias primas. [...]”, en sus números 5 y 6 , manifiesta que debido a la exposición de los diversos agentes que lo erosionan debe ser protegido, para finalizar en su núm. 12 afirmando que “los Estados reconocen los principios anunciados anteriormente y se comprometen a poner en práctica los medios necesarios y a promover una verdadera política de los suelos”.

Posteriormente en la Cumbre de Río, en 1992, es donde se reconoció a nivel internacional la importancia de la protección de los suelos y de sus usos potenciales en el contexto de un desarrollo sostenible, en particular los daños que les ocasionan la contaminación procedente de acciones .

La vulnerabilidad de los suelos en España ha sido constante hasta la Ley 10/1998, de 21 de abril de Residuos, que fue derogada por la actual ley en vigor Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados. que incorpora al Derecho español la Directiva 2008/98/CE sobre los residuos -en adelante LRSC-. La citada Ley tiene por objeto regular de nuevo la producción y gestión de todo tipo de residuos, promoviendo la prevención, la reutilización, el reciclado de los mismos, y el régimen jurídico de los suelos contaminados.

Los daños al suelo están definidos y recogidos en dos normas legales: la DRM en la letra c)⁵²⁶, apartado 1 de su art. 2 y en la letra d)⁵²⁷ del apartado 1 del art.2 de la LRM.

De la comparación de ambas definiciones, se deduce que el legislador español con respecto a la definición contenida en la DRM, ha ampliado y matizado el citado concepto, en el sentido de que adiciona su extensión al medio ambiente, puesto que no solamente ampara los efectos nocivos que puedan afectar a la salud humana, también se refiere a dicho medio.

La Ley resalta que el deterioro del suelo tendrá que suponer un riesgo significativo⁵²⁸, producir efectos adversos manifiestos para el recurso natural afectado, y ser posible su recuperación al estado que tuvo con anterioridad a ser dañado. Es decir, que exista la probabilidad de que pueda recuperar el estado de conservación que tenía con anterioridad a producirse el daño.

Ello introduce un elemento de valoración relevante que se evaluará en relación con el estado de conservación en que se encontraba el bien dañado antes de producirse su deterioro, es decir, a partir de su estado básico.

No sólo el régimen de responsabilidad medioambiental establecido en la LRM se aplicará cuando se hayan generado los daños, sino que entrará en juego

⁵²⁶ “Cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana debidos a la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o el subsuelo”.

⁵²⁷ “Los daños al suelo, es decir, cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana o para el medio ambiente debidos al depósito, vertido o introducción directos o indirectos de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o en el subsuelo”.

⁵²⁸ Para determinar dicho carácter, nos atenderemos a lo dispuesto en el art. 7 del Real Decreto 2090/2008 de 22 de diciembre. “Para la determinación del carácter significativo al que se refiere el artículo 2 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, a fin de apreciar que existe daño medioambiental, el operador realizará las siguientes actuaciones:

- a) Identificación del agente causante del daño, y de los recursos naturales y servicios afectados.
- b) Cuantificación del daño.
- c) Evaluación de la significatividad del daño”.

cuando es evidente que se pueden generar “amenazas inminentes”⁵²⁹ de que los mismos ocurran.

B) Requisitos y características del daño ambiental

Como ya ha quedado apuntado, en cuanto a la responsabilidad civil, la sola existencia de un daño no lo hace reparable. Es necesario que reúna ciertos requisitos para que dé lugar a exigir responsabilidad, es preciso que sea cierto y que cause perjuicio a una persona y a sus bienes, es decir, que sea personal y pueda reclamarse por él.

En lo que se refiere al daño medioambiental, conocido como “daño ecológico puro”⁵³⁰, las dos características citadas anteriormente se diluyen puesto que, en los daños ocasionados a este medio, más que un daño personal se trata de un daño colectivo que afecta al interés común. Por tal motivo, causa numerosas dificultades a la hora de determinar su certeza y relevancia. No obstante, pasamos a comentar sus dos principales características:

a) Certeza

Es una de las condiciones que tiene que tener todo tipo de daño, incluido el ocasionado al medio ambiente, para que éste sea resarcido. Afirmar que el daño es cierto es asegurar que no hay ninguna duda de que existe y por tanto es fácil de demostrar.

⁵²⁹ La Ley las define en su art. 2-13 como: “*Una probabilidad suficiente de que se produzcan daños medioambientales en un futuro próximo*”. Como se puede observar, estamos ante un concepto jurídico que no tiene unos límites definidos, lo que nos deja un margen abierto de discrecionalidad jurídica, puesto que, a la hora de decidir, no sabremos si estamos ante una grave amenaza de un daño ambiental o no, y que nos lleva a decidir en qué momento estamos ante la incidencia de un grave deterioro ambiental.

⁵³⁰ Expresión utilizada para referirse al deterioro del medio ambiente como tal, nace en Alemania sobre el año 1990. Con él se pretendía designar a los daños al medio ambiente no individualizables, causados a los animales.

La certeza es relativamente sencilla de explicar cuando el perjuicio recae sobre las personas y sus bienes. No así cuando se trata del medio ambiente, puesto que para que sea considerado como “daño medioambiental”, tiene que ser cierto, haber generado un grave daño, que sea colectivo y que el mismo afecte al interés general. Un buen ejemplo de ello lo constituye el derrame de agua ácida ocurrido el 25 de abril de 1998 a la balsa residual de la mina de piritita de la empresa sueca-canadiense Boliden-Apirita SL, ubicada en el pueblo de Aznalcollar -Sevilla- que liberó seis millones de metros cúbicos de agua ácida sobre las riberas de los ríos Agrio y Guadiamar, afectando a una superficie aproximada de 4.600 hectáreas, situadas en las proximidades de dichos ríos.

El suelo afectado fue incapaz de mantener ningún tipo de vida vegetal y privado de todo género de vida. Ello demuestra que la contaminación ambiental no tiene fronteras ni límites en el espacio, los daños que genera pueden ser progresivos, de futuro y muy posiblemente acumulativos. Además, consideramos que, si la citada empresa hubiese realizado un adecuado análisis de sus riesgos, habría evitado que se produjera el accidente, puesto que el defecto de estructura en la balsa habría sido detectado. De ahí, la importancia del efectuar el análisis de riesgos de todas las instalaciones industriales que supongan un alto riesgo para el medio ambiente como son las tipificadas en el Anexo III de la LRM.

b) Relevancia

El daño ambiental relevante⁵³¹ es aquél que entra en la categoría de lo significativo, no nos estamos refiriendo a cualquier tipo de daño ambiental, sino únicamente a aquél cuya magnitud e importancia es tal que afecta necesariamente

⁵³¹ Tiene su origen en el vocablo latino “*relevans*”, Diccionario de la RALE. -adjetivo- y lo define de sobresaliente, destacado, importante y significativo.

al objeto de tutela jurídica, sea la vida, la salud y el medio ambiente en su concepción más amplia.

El daño tendrá que ser suficientemente “significativo” para que le sea de aplicación la LRM, tal como se afirma en el párrafo nueve del Preámbulo del Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. “[...]. *La determinación de la significatividad del daño es una operación crucial, puesto que sobre ella descansa la aplicabilidad del sistema de responsabilidad medioambiental, se ha procurado recurrir a criterios que garanticen la objetividad en esa labor de apreciación*”.

PEDRAZA LAYNEZ nos dice al respecto: “La significación o no del daño debe entenderse a partir del “estado básico” en el que se encuentre, como establece la LRM en su art. 2-1 a) [...]”⁵³².

Para que el daño ambiental sea objeto de reparación, no es suficiente que el daño sea cierto, también tiene que ser relevante y con efectos adversos significativos sobre los propios recursos naturales para que pueda ser reparado. Así lo recoge tanto la Directiva 2004/35 CE en su artículo 2-1 a)⁵³³ como La Ley 26/2007, de 23 de octubre -LRM-, al definir el “daño ambiental” en el apartado a) de su artículo 2-1⁵³⁴, utilizando la misma expresión “*que produzca efectos adversos significativos*”.

⁵³² PEDRAZA LAYNEZ, J.: *La Responsabilidad por Daños Medioambientales*. Edit. Aranzadi, SA. Cizur Menor -Navarra- 2016, pág. 72.

⁵³³ “*Los daños a las especies y hábitats naturales protegidos, es decir, cualquier daño que produzca efectos en dichos hábitats o especies. El carácter significativo de esos efectos se evaluará en relación con el estado básico adverso, teniendo en cuenta los criterios expuestos en el Anexo I*”.

⁵³⁴ Ley de Responsabilidad Medioambiental 26/2007, de 23 de octubre -BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2007- art. 2-1 a) “*Los daños a las especies silvestres y a los hábitats, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de esos hábitat o especies. El carácter significativo de esos efectos se evaluará en relación con el estado básico, teniendo en cuenta los criterios expuestos en el anexo I*”.

Describiendo a continuación en distintos apartados los daños ocasionados a las especies y a los hábitats, a las aguas, a las riberas del mar y de las rías y por último los daños al suelo.

Lo importante radica en determinar cuándo un daño al medioambiente puede considerarse como “*significativo*”⁵³⁵. Tanto la DRM como la LRM no definen el término “significativo”, ello ha dado lugar a la dificultad de aplicar la normativa de responsabilidad medioambiental – DRM y LRM- en los EM.

En lo que concierne a nuestra legislación, para determinar la significación de un daño al medio ambiente, debemos atenernos a los que dispone los arts. 16, 17 y 18 del RD. Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre – referidos la significación del daño-.

Dentro de ese ámbito -significativo-, el Reglamento amplía y desarrolla los conceptos señalados en los apartados 1 y 2 del art. 2 LRM. Así en el Capítulo II “Reparación de los daños medioambientales” del Reglamento en su art. 16, al referirse a lo que se entiende por daño medioambiental, nos remite al contenido en su número uno, al aludir a los daños ocasionados a las especies y hábitats, al igual que en sus siguientes apartados 2, 3 y 4 a los distintos daños que se puedan originar, tanto a las aguas, al suelo y a las riberas del mar y de las rías, dejando un amplio margen de interpretación a lo que podría considerarse como daño “significativo”⁵³⁶.

De lo que se deduce, el daño ocasionado al medioambiente tendrá que ser “significativo” para que pueda ser considerado como tal, por lo que el problema principal surge en el momento de determinar en qué grado de “significativo” se puede calificar daño, es decir, que adquiera carácter de anormalidad y así poder someterse al instituto de la responsabilidad medioambiental.

⁵³⁵ GUERRERO ZAPLANA. J.: Considera “significativo” todo daño que pueda ser considerado como mensurable atendiendo a los criterios indicados en el Art. 2-1 de la LRM. *La Responsabilidad...*, cit., págs. 55 y ss.

⁵³⁶ Una vez más tendremos que acudir al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española para intentar desvelar el sentido de esta palabra “significativo”. El Diccionario de la R.A.E, contempla “*que tiene importancia por representar o significar algún valor*”, en este caso el término contribuye a justificar la misma definición del daño medioambiental.

Debemos señalar que muchas legislaciones tanto europeas continentales como anglosajonas, suelen contemplar que ciertos daños ocasionados al medio ambiente por su escasa entidad deben ser tolerados y no generan por tanto responsabilidad ambiental. Ejemplo de ello lo tenemos en la Ley alemana de responsabilidad civil por daños al medio ambiente de 10 de diciembre de 1990, en su art. 1- 5⁵³⁷, que establece que no existe la obligación de reparar los daños materiales si el objeto resultó dañado de manera insignificante.

El legislador comunitario para evitar confusiones ha tomado como base lo siguiente: en caso de daños al suelo, utiliza el adjetivo “significativo” cuando produce efectos dañinos sobre la salud humana⁵³⁸. Si se trata de las aguas, cuando produce efectos adversos sobre la calidad de las mismas⁵³⁹ y cuando se refiere a las especies o hábitats si afecta al estado de conservación de las mismas. Además, se tendrán en cuenta los criterios que se establecen en el Anexo I de la citada DRM.

11. DIFERENTES TIPOS DE DAÑOS AMBIENTALES

En el epígrafe “Daños Incluidos y excluidos de la LRM” citábamos una tipología de daños al medio ambiente, quedando algunos sin mencionar. Entre

⁵³⁷ *Wenn die Installation in Übereinstimmung mit den Bestimmungen betrieben wird Absatz 6, Absatz 2, Absatz 2) der Pflicht, Schaden Dinge zu kompensieren, wird ausgeschlossen, soweit diese unwesentlich beschädigt sind oder ein erträgliches Maß in Übereinstimmung mit der Bedingungen“.*

⁵³⁸Directiva 2004/35/CE, art. 2-1 “c) los daños al suelo, es decir, cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana debidos a la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o el subsuelo”.

⁵³⁹Directiva 2004/35/ CE “Art. 2-1 b) los daños a las aguas, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en el estado ecológico, químico o cuantitativo, o en el potencial ecológico definidos en la Directiva 2000/60/CE, de las aguas en cuestión, con excepción de los efectos adversos a los que se aplica el apartado 7 del artículo 4 de dicha Directiva”. -Queda modificado por el Proyecto de ley 121/000077 que modifica la LRM llevado al Congreso de Diputados el 31-1-2014-

éstos, estimamos que debíamos destacar otros que por sus características merecen especial atención, nos referimos a los llamados “daños fronterizos” y los “daños históricos”.

A) Daños fronterizos

En el mundo globalizado e industrializado en el que vivimos, es frecuente apreciar cómo se generan daños graves e irreversibles al medio ambiente, los cuales traspasan fronteras de un Estado a otro ocasionándoles importantes daños en su ámbito geográfico. A este tipo de daños, se le conoce como “*daños transfronterizos*”.

Ello ha motivado que la comunidad internacional se preocupe por el problema y trate de aplicar las medidas más adecuadas y eficaces para su prevención y su reparación. Para tal fin se han desarrollado algunos dispositivos como el de cooperación entre los Estados afectados.

Dicha cooperación se basa principalmente en el intercambio de información entre los Estados, los cuales deberán comunicar las noticias que afecten al medioambiente de manera rápida, eficaz y exhaustiva a los Estados que resulten afectados, con la intención de que se tomen con rapidez las medidas más adecuadas y oportunas que puedan evitar que el daño se extienda por su territorio.

Es por ello por lo que opinamos que todos los Estados, sean estos grandes o pequeños, deben cooperar en pie de igualdad en las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio ambiente. Por tal motivo es indispensable que exista dicha cooperación, y esta sea mediante acuerdos multilaterales o bilaterales o por otros medios que proporcionen requerimiento legal, para que con eficacia controlen, eviten o eliminen los efectos perjudiciales que las actividades industriales denominadas “peligrosas” que se realicen en el

ámbito territorial de un Estado puedan ocasionar graves daños medioambientales en el territorio de otro.

Así se recogió en los diversos Convenios internacionales desde que se empezó a tomar conciencia de los problemas medioambientales en la década de los años setenta del siglo XX. En la declaración de Estocolmo sobre el medio ambiente⁵⁴⁰ se recoge la necesidad de esa cooperación internacional en su principio núm. 24⁵⁴¹.

Posteriormente la Declaración de Río de 1992 sobre el Medio Ambiente y Desarrollo recoge los mismos principios tanto si hay peligro de producción de dichos daños⁵⁴² o que se hayan producido. En este sentido, en su principio 19⁵⁴³ se recoge la necesidad de establecer una buena comunicación entre los Estados que se puedan ver afectados por daños medioambientales que se han generado en un Estado y hayan traspasado las fronteras de otro, intercambiando la información pertinente entre ellos y con la exigencia de que la información suministrada sea

⁵⁴⁰ La Declaración fue pronunciada por Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano llevada a cabo en Estocolmo, Suecia del 5 al 16 de junio de 1972. convocada por la Organización de Naciones Unidas celebrada en Estocolmo, Suecia entre el 5 y el 16 de junio de 1972. Fue la primera gran conferencia de la ONU sobre cuestiones ambientales internacionales, y marcó un punto de inflexión en el desarrollo de la política internacional del medio ambiente. -copiado íntegro.

⁵⁴¹ *“Todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio ambiente. Es indispensable cooperar, mediante acuerdos multilaterales apropiados, para controlar, evitar, reducir y eliminar eficazmente los efectos perjudiciales que las actividades que se realicen en cualquier esfera puedan tener para el medio ambiente, teniendo en cuenta debidamente la soberanía y los intereses de todos los Estados”.*

⁵⁴² En su principio núm. 18 se recoge la citada obligación:

“Los Estados deberán notificar inmediatamente a otros Estados de los desastres naturales u otras situaciones de emergencia que puedan producir efectos nocivos súbitos en el medio ambiente de estos estados, la comunidad internacional deberá hacer todo lo posible por ayudar a los estados que resulten afectados”.

⁵⁴³ *“Los Estados deberán proporcionar la información pertinente, y notificar previamente y en forma oportuna, a los Estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos, y deberán celebrar consultas con esos Estados en una fecha temprana y de buena fe”.*

veraz y oportuna con el fin de evitar dichos daños y, en su caso, repararlos rápida y eficazmente.

De la misma manera, la DRM en su art. 5-2 establece el deber de cooperar entre los Estados miembros de la UE, mediante el intercambio de información suficiente para velar que se adopten las medidas preventivas y en su caso reparadoras siempre que se produzca un grave daño medioambiental en un Estado miembro. La DRM busca la máxima protección del medio ambiente y, como prueba de ello, no constituirá obstáculo para que los E.M de la Comunidad Europea mantenga o adopten disposiciones más rigurosas para la prevención y reparación de daños medioambientales (art. 16- DRM).

Siguiendo las directrices de la DRM, la LRM da respuesta a este tipo de daños a través del apartado 1º de su art. 8⁵⁴⁴, en él se hace referencia a la cooperación de España con otros Estados miembros de la UE, dándose dos situaciones en las que las autoridades están obligada a proceder a informar ampliamente a otro Estado de la UE.

Es decir, a cooperar entre los Estados miembros de la UE, cuando exista un inminente peligro de producirse un daño medioambiental que se haya originado en una Comunidad Autónoma y que pudiese afectar a uno o varios Estados de la UE. En tal supuesto, la autoridad competente que tenga conocimiento del hecho lo pondrá a disposición del Ministerio que tenga las competencias del medio ambiente⁵⁴⁵, para que, a su vez, a través del Ministerio de Asuntos Exteriores, le

⁵⁴⁴ “Cuando un daño medioambiental o una amenaza inminente de que se produzca un daño medioambiental afecte o pueda afectar a otro Estado miembro de la Unión Europea, la autoridad competente que tenga conocimiento de ello lo comunicará de forma inmediata al Ministerio de Medio Ambiente”.

⁵⁴⁵ En el momento presente el Ministerio de transición ecológica Real Decreto 864/2018, de 13 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio para la Transición Ecológica. La LRM en su Disposición adicional quinta “Remisión de información al Ministerio de Medio Ambiente” dispone en su apartado 1º “Las Administraciones públicas facilitarán al Ministerio de Medio Ambiente los datos e información recogidos en el anexo VI para el adecuado cumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa comunitaria aplicable”.

proporcione toda la información que sea menester al Estado afectado, con el fin de que se adopten las medidas precisas y eficaces⁵⁴⁶, para su evitación o reparación. Otras obligaciones que debe adoptar el Estado son establecer mecanismos de prevención y reparación del daño⁵⁴⁷; considerar las recomendaciones del Estado afectado⁵⁴⁸ y constituir las medidas necesarias para que se pueda recuperar el coste que se haya empleado en la reparación, frente a los operadores responsables del daño⁵⁴⁹.

El segundo supuesto se da cuando una autoridad española competente por razón de materia identifique la existencia de una amenaza inminente de un daño medioambiental ocasionado por una actividad económica desarrollada en otro Estado de la UE⁵⁵⁰. En tal situación se deberá informar a la Comisión y a su vez al Estado donde se haya ocasionado el daño ambiental por la misma vía que se ha citado para el caso anterior. Es decir, activar los mecanismos de información y cooperación.

Debemos precisar que la citada obligación -Art. 8 de la LRM- ante una situación que pudiera generar un grave daño medioambiental, no rige respecto a

Con carácter general la Administración General del Estado -de acuerdo con el art. 2 -22 de la LRM, se considera “Autoridad competente, aquella encargada de desempeñar los cometidos previstos en la presente Ley, entre ellas se cita a la Administración General del Estado, cuyas competencias son ejercidas por el Ministerio de Medio Ambiente, el cual promoverá la suscripción de los instrumentos de colaboración con las CCAA., a fin de coordinar sus actuaciones para ejecutar la presente Ley”-

⁵⁴⁶ Art. 8-2 a) de la LRM “Facilitará a las autoridades competentes de los Estados miembros afectados cuanta información resulte relevante para que éstos puedan adoptar las medidas que estimen oportunas en relación con el evento causante del daño o de la amenaza de que el daño se produzca”.

⁵⁴⁷ Art. 8-2 b) “Establecerá los mecanismos de colaboración con las autoridades competentes de otros Estados miembros para facilitar la adopción de todas las medidas encaminadas a la prevención, a la evitación y a la reparación de daños medioambientales”.

⁵⁴⁸ Art.8-2 c) “Tomará en consideración las recomendaciones que le formulen las autoridades competentes de los otros Estados miembros afectados y las comunicará a la autoridad competente afectada”.

⁵⁴⁹ Art.8-2 d) “d) Tomará las medidas necesarias para que los operadores responsables del daño medioambiental o amenaza inminente de daño asuman los costes que hayan ocasionado a las autoridades competentes de los estados miembros afectados con sujeción a los criterios de reciprocidad que se establezcan en tratados internacionales o en la normativa de dichos estados”.

⁵⁵⁰ De acuerdo con lo preceptuado en el art. 15-3 de la Directiva 2002/35 CE, se puede intentar recuperar los costes que haya supuesto la adopción de medidas preventivas o reparadoras del daño ambiental.

todos los daños, sólo hace mención a aquéllos que puedan sobrepasar cierto umbral, es decir, que superen una amenaza grave causada por las actividades económicas o profesionales citadas en el anexo III de la LRM⁵⁵¹, siempre que suponga un riesgo adverso significativo para la salud humana.

En estos supuestos el Estado español tiene la obligación de cooperar intercambiando información amplia y precisa o adoptando las medidas preventivas o preparatorias entre los Estados de la UE que se vean afectados por un daño medioambiental o la amenaza del mismo. Esta cooperación no sólo es realizada a nivel interestatal, también lo es a través de convenios internacionales. Al respecto cabe citar el Convenio-Marco Europeo sobre cooperación transfronteriza de las Comunidades o autoridades territoriales -Madrid, 21 de mayo de 1980-. Entre sus principales objetivos está el de lograr una unión más estrecha entre sus miembros, y promover su mutua cooperación para la protección del medio ambiente.

Además de ello, debemos tener en cuenta si los Estados afectados están vinculados por algún Tratado internacional sobre la materia específica que pueda contener obligaciones más rigurosas para gestionar el daño ambiental entre ambos. En este sentido, cabe citar el Tratado firmado entre España y Portugal el 3 de octubre de 2002 con el título “Tratado entre el reino de España y la República Portuguesa sobre cooperación transfronteriza entre entidades e instancias territoriales”, cuyo objetivo está establecido en su art.1-1⁵⁵²; y el Convenio entre el Reino de España y la República Francesa en materia de protección y de seguridad civil, firmado en Perpiñán el 11 de octubre de 2001. En el párrafo

⁵⁵¹ CAMPINS ERITJA, M.: Capítulo VI “Daños Transfronterizos”. AA.VV en *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental –Ley 26/2007, de 23 de octubre.* -Coord^a. Lozano Cutanda, B-. Edit. Thomson-Civitas. Cizur Menor -Navarra- 2008, pág. 221.

⁵⁵² Art. 1-1 “El presente Tratado tiene por objeto promover y regular jurídicamente la cooperación transfronteriza entre instancias territoriales portuguesas y entidades territoriales españolas en el ámbito de sus competencias respectivas, la cual se llevará a cabo respetando el Derecho interno de las Partes, del Derecho comunitario europeo y los compromisos internacionales por éstas asumidos”.

segundo de su art.1, establece “*Cada una de las Partes se compromete a prestar a la otra Parte toda la asistencia posible en caso de catástrofe natural o de accidente grave, previa petición y en las condiciones definidas por el presente Convenio*”.

Existen otro tipo de daños que no genera el deber de cooperación con otros Estados y por tanto el deber de informar. Tal es el caso de los que se originen, de acuerdo al art. 4-7 de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, referidos a los daños a las aguas superficiales o subterráneas a la que no es posible establecer un nexo causal. Al respecto cabe traer a colación la opinión de CAMPINS ERITJA⁵⁵³ “Tratándose sin embargo de un deber general de cooperar en la prevención de los daños medioambientales transfronterizos entre autoridades públicas estatales[...]”, no parece razonable que se exima de los deberes de informar o de colaborar en relación a la prevención de determinados daños transfronterizos, daños a las aguas superficiales o subterráneas que se originen de acuerdo con el art. 4.7 de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas⁵⁵⁴.

También quedarán excluidos del deber de cooperación e información los daños que sean originados por una actividad cubierta por los convenios internacionales enumerados en el Anexo IV a los cuales hace referencia el art. 3.5

⁵⁵³ CAMPINS ERITJA, M.: Comentarios a la Ley de responsabilidad..., cit., pág. 221.

⁵⁵⁴ “No se considerará que los Estados miembros han infringido la presente Directiva cuando: - el hecho de no lograr un buen estado de las aguas subterráneas, un buen estado ecológico o, en su caso, un buen potencial ecológico, o de no evitar el deterioro del estado de una masa de agua superficial o subterránea se deba a nuevas modificaciones de las características físicas de una masa de agua superficial o a alteraciones del nivel de las masas de agua subterránea, o el hecho de no evitar el deterioro desde el excelente estado al buen estado de una masa de agua subterránea se deba a nuevas actividades humanas de desarrollo sostenible, y se cumplan las condiciones siguientes: [...]”.

a) LRM; ni al Anexo V, relativo a los riesgos nucleares a los se refiere el art. 3.5 b) de la LRM. Nos encontramos ante daños excluidos y en dichos casos no se exige el deber de cooperar y de informar.

No obstante, y de todo lo expuesto, especialmente del art. 8 de la LRM, creemos que, respecto a estos deberes de cooperación e información para los Estados, la norma más bien realiza una declaración de intenciones, pues adolece de falta de concreción y de un verdadero procedimiento de actuación para regular las exigencias que podrían derivarse a consecuencia del incumplimiento de los mencionados deberes y del daño medioambiental ocasionado.

B) Daños históricos

Cuando nos hemos referido a los daños medioambientales resaltábamos de éstos su complejidad en términos de responsabilidad. Pues bien, los llamados “*daños históricos*” resultan ser más complejos que los anteriores en lo que se refiere a su tratamiento y análisis. El Libro Verde de la Comisión advierte de la gravedad que suponen estos daños para el medio ambiente por diversos motivos, principalmente en lo que se refiere a la aplicación de las normas de responsabilidad civil para su recuperación.

Siempre que aludimos a este tipo de daños, estamos describiendo que se trata de daños que ya existen, pero no se manifiestan hasta haber transcurridos largos periodos de tiempo después de haber tenido lugar la actividad causante de los mismos, a éstos también se les denominan “daños originados en el pasado”.

Dentro de estos, debemos hacer una digresión a la problemática que supone la gestión de los residuos que generan los procesos industriales. Hoy día, y debido a los avances de la técnica, sería posible reducir considerablemente el impacto ambiental negativo de cualquier hecho contaminante. Pero, en muchas ocasiones,

el coste sería tan elevado que paralizaría determinadas actividades industriales. Por tal motivo se busca tratarlos y almacenarlos de forma que no resulten costosos económicamente ni peligrosos para el ser humano ni para su hábitat. Esto se consigue con la aplicación de diversos procedimientos, dependiendo siempre de cuál sea el tipo de residuo a tratar.

Esta problemática tan presente en el mundo industrializado que vivimos, ha hecho que la Unión Europea se sensibilice ante esa dificultad, y trate de establecer un adecuado sistema de responsabilidad ambiental, con el fin de que dichos daños sean reparados por el agente causante de los mismos o por el propio Estado. Ello ha sido una preocupación constante de los Estados miembros de la UE. De hecho, se refleja en todo lo concerniente al desarrollo de su política medioambiental.

Debemos asumir que gran parte de las situaciones de suelos contaminados proceden de las actividades de la industria pesada y de la química. Ellas son sin lugar a duda las culpables de los problemas de contaminación del suelo -v.gr., las plantas industriales que queman sus desechos liberando a la atmósfera metales pesados, las minas que dejan un enorme impacto en el suelo contaminándolo para muchos años, los vertidos y los depósitos de sustancias corrosivas dejados en las zonas terrestres por largos periodos de tiempo-. El efecto acumulativo hace que se origine el deterioro progresivo de grandes superficies de terreno.

El LV de la Comisión hace referencia a la gravedad de este tipo de daños originados en el pasado⁵⁵⁵, advirtiendo de la imposibilidad de aplicar algún mecanismo clásico de la responsabilidad civil, en primer lugar, por lo difícil que resultaría el recuperar la totalidad de los costes que pueda originar la restauración del suelo contaminado y, en segundo, proponiendo para su solución sistemas alternativos en la línea de fondos de indemnización conjunta.

⁵⁵⁵ Vid. Libro Verde. 2.1.6.

Efectivamente, creemos que la aplicación del sistema de responsabilidad civil para dar solución a los problemas que plantea el daño al medio ambiente, en general, y daños históricos, no es el más adecuado ni el más eficaz para la protección de este medio, ya que no ha sido concebido para ese fin tal como se ha indicado en páginas precedentes. Más bien, el régimen de la responsabilidad civil fue diseñado para proteger las personas, sus bienes y derechos.

En igual sentido, se manifiesta el LB exponiendo que el futuro régimen comunitario debería aplicarse a los daños que se conozcan después de su entrada en vigor -apdo. 4-1-⁵⁵⁶.

La Directiva 91/156/CE del Consejo de 18 de marzo de 1981 de Residuos, se transpuso a nuestro Ordenamiento a través de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos -en adelante LR-⁵⁵⁷. Debemos significar que esta es la primera ley en la que el Estado español se pronuncia sobre la gestión de los suelos contaminados⁵⁵⁸.

Estimamos que la citada ley es un instrumento jurídico eficaz contra la contaminación del suelo. En ella se afronta la manera de aplicación de las mejores técnicas de que se disponga con el fin de recuperar el suelo contaminado, siempre teniéndose en cuenta las características propias de cada caso para así poder

⁵⁵⁶ Vid., Libro Blanco, op. cit. apartado 4-1 “*Por razones de seguridad jurídica y de confianza legítima, el régimen comunitario debe aplicarse exclusivamente a los daños futuros. El régimen debe aplicarse a los daños que se conozcan después de su entrada en vigor, a menos que el acto u omisión que los haya provocado se hubiese producido antes de su entrada en vigor. Corresponderá a los Estados miembros afrontar los problemas ocasionados por la contaminación del pasado [...]*”.

⁵⁵⁷ Ley 10/1998, de 21 de abril de Residuos que derogó la Ley 42/1975 de 19 de noviembre sobre desechos y residuos sólidos y la Ley 29/1986 de 14 de mayo de Residuos Tóxicos y Peligrosos.

⁵⁵⁸ Con motivo de la transposición de la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008 a nuestro ordenamiento jurídico interno a través de Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, se deroga la anteriormente Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos.

determinar las medidas más idóneas y eficaces que se deben adoptar para recuperar el suelo contaminado o parte de él.

Dicha ley fue desarrollada por el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero. Con él se pretende hacer efectiva la aplicación del régimen establecido en la misma, viéndose posteriormente complementada por la LRM, que, aparte de proteger los suelos contaminados, ha aportado más instrumentos legales para preservar el medio ambiente de los daños que pudieran perjudicarlo.

Posteriormente se aprobaría la Ley 22/2011, de 28 de julio de Residuos y Suelos contaminados. Se trata de una normativa cuyo objetivo principal consiste en regular de nuevo la producción de todo tipo de residuos, promoviendo tanto la prevención como la reutilización de los mismos.

Retomando el discurso relativo al daño considerado histórico, este plantea dos importantes problemas:

-El referido a la retroactividad de la ley en relación con unos hechos producidos en el pasado y cuyos resultados, en su día, era imprevisible que produjesen daños medioambientales, de acuerdo con el estado de la técnica de aquel momento.

-La identificación del operador culpable del deterioro ambiental, bien porque no se ha localizado ningún responsable, bien porque la parte culpable ha dejado de existir -v.gr. una sociedad mercantil- o bien porque el verdadero culpable es insolvente.

Todas estas circunstancias son las que obligan a cuestionar el mecanismo de la responsabilidad civil tal como hemos apuntado anteriormente.

Respecto a la primera de las cuestiones, de acuerdo con la Disposición transitoria única⁵⁵⁹ apartados 1 y 2 de la LRM, las normas previstas en la Ley son irretroactivas. En concreto, no se aplicarán a los daños causados por una emisión, un suceso o un incidente producido antes de su entrada en vigor -30 de abril de 2007-, ni tampoco a los daños causados por una emisión, un suceso o un incidente que se haya producido después de la entrada en vigor de la ley, siempre que se hayan derivado de una actividad específica realizada y concluida antes de aquella fecha.

De lo que se deduce que la Directiva 2004/35/CE, al igual que la LRM han dejado fuera de su ámbito de protección los daños tradicionalmente cubiertos por las reglas jurídico-privadas de responsabilidad, esto es, los daños ocasionados a las personas y a sus bienes y derechos. También han dejado fuera de su ámbito, aunque por razones distintas, los daños ocasionados por la contaminación difusa, salvo en este último supuesto, que se pueda establecer precisamente el nexo causal.

En concreto, la LRM señala en su Disposición transitoria única:

“1. Esta ley no se aplicará a los siguientes daños:

a) Los causados por una emisión, un suceso o un incidente producido antes del 30 de abril de 2007.

b) Los causados por una emisión, un suceso o un incidente que se haya producido después del 30 de abril de 2007, cuando éstos se deriven de una actividad específica realizada y concluida antes de dicha fecha”.

⁵⁵⁹1. *“Esta ley no se aplicará a los siguientes daños: a) Los causados por una emisión, un suceso o un incidente producido antes del 30 de abril de 2007. b) Los causados por una emisión, un suceso o un incidente que se haya producido después del 30 de abril de 2007, cuando éstos se deriven de una actividad específica realizada y concluida antes de dicha fecha”.*

2. *“La irretroactividad de esta ley en los términos descritos en el apartado anterior no impedirá que se adopte cualquiera de las siguientes medidas: a) Que se exija responsabilidad conforme a otras normas que resulten de aplicación. b) Que se impongan medidas de prevención o de evitación de nuevos daños conforme a lo dispuesto en la misma. c) Que se obligue a la reparación respecto a la parte de los daños no excluidos en el apartado 1”.*

Por otro lado, conviene destacar que ese carácter irretroactivo es precisamente uno de los aspectos que diferencia el sistema de responsabilidad ambiental comunitario europeo del norteamericano, establecido en la CERCLA - *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*- de 1980, donde se ha creado responsabilidad por la contaminación causada por actividades previas a la promulgación de dicha ley. Ciertamente, el sistema norteamericano impone la responsabilidad de las partes para que acometan las operaciones de descontaminación por aquellas actividades industriales que han efectuado antes de la entrada en vigor de la Ley.

Si se aplicasen dichas normas con carácter retroactivo, el sistema de responsabilidad medioambiental perdería su finalidad preventiva. Ya se abogaba por una aplicación armonizada del principio de no retroactividad, así como por la necesidad de una definición del propio concepto de contaminación del pasado. Esta limitación ha estado siempre presente durante el desarrollo de la Directiva 35/2004/CE, prueba de ello fue la referencia al mismo que hacemos tanto en el LV como en el LB⁵⁶⁰. La propia Directiva dispone que no se aplicará a los daños citados en su art. 17, párrafo 1^o⁵⁶¹ y 2^o⁵⁶².

La LRM establece que todo lo que sea la gestión y medidas a aplicar a los suelos contaminados y al tratamiento de residuos se remite a la LR, puesto que en ella se establece de forma genérica que se deben aplicar las mejores técnicas y las más adecuadas para cada caso concreto. Es decir, que se deberá estudiar de forma

⁵⁶⁰ El Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental ya abogaba por una aplicación armonizada del principio de no retroactividad, así como por la necesidad de una definición del propio concepto de contaminación del pasado.

⁵⁶¹ “Los daños causados por una emisión, suceso o incidente que se hayan producido antes de la fecha indicada en el apartado 1 del artículo 19”.

⁵⁶² Vid. Directiva 2004/35/CE Art. 17 “*Los daños causados por una emisión, suceso o incidente que se hayan producido antes de la fecha indicada en el apartado 1 del artículo 19; Los daños causados por una emisión, suceso o incidente que se hayan producido después de la fecha indicada en el apartado 1 del artículo 19, cuando éstos se deriven de una actividad específica realizada y concluida antes de dicha fecha*”.

individual cada superficie contaminada y así disponer de los suficientes elementos de juicio para poder determinar las medidas más idóneas que se pueden adoptar para llevar a cabo la recuperación del suelo contaminado, usándose las técnicas disponibles, según establece el apartado 3º del art. 7 del R.D. 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 contaminados⁵⁶³. El apartado 5 del mismo precepto⁵⁶⁴, prevé que el suelo contaminado pierda esta condición cuando se lleven a cabo en él las actuaciones pertinentes de descontaminación y se garantice que ha dejado de ser un peligro para la salud humana o para el ecosistema.

Es decir, se acude a las medidas de seguridad establecidas en LR y a las de recuperación preceptuadas en la LRM que son muy semejantes. Las medidas reparadoras se llevarán a cabo cuando el daño medioambiental se haya producido, y se acudirá a la legislación autonómica sobre el medio ambiente para determinar cuáles son las medidas concretas a adoptar y el nivel de descontaminación que se debe conseguir; con dos fines principales, uno, que se garantice que ha dejado de suponer un riesgo para la salud humana y su hábitat y otro, evitar la expansión del daño y que éste no dé origen a otros nuevos.

En resumen, a diferencia de lo que ocurre con otros recursos naturales protegidos por la LRM, en el caso de los suelos contaminados, no se exige la total

⁵⁶³ 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 3. “*La recuperación de un suelo contaminado se llevará a cabo aplicando las mejores técnicas disponibles en función de las características de cada caso. Las actuaciones de recuperación deben garantizar que materializan soluciones permanentes, priorizando, en la medida de lo posible, las técnicas de tratamiento in situ que eviten la generación, traslado y eliminación de residuos*”.

⁵⁶⁴Vid. RD 9/2005. 5.” *Los suelos contaminados perderán esta condición cuando se realicen en ellos actuaciones de descontaminación que, en función de los diferentes usos, garanticen que aquellos han dejado de suponer un riesgo inadmisibile para el objeto de protección designado, salud humana o ecosistemas. En todo caso, un suelo dejará de tener la condición de contaminado para un determinado uso una vez exista y sea firme la resolución administrativa que así lo declare, previa comprobación de la efectividad de las actuaciones de recuperación practicadas*”.

recuperación y descontaminación del suelo. Por el contrario, se tiene en cuenta el uso que se le va a dar y el riesgo que en su nuevo estado comportaría para el ser humano y su hábitat.

Estimamos que la solución habrá que buscarla mediante otras vías que establezcan mecanismos adecuados para financiar la rehabilitación de los terrenos contaminados. Una posible solución sería la creación de un fondo “ad hoc”, para aquellos casos donde resulta imposible atribuir responsabilidad alguna por carecer de sujeto a quien imputarle la culpabilidad de los hechos para que asumiera los gastos de saneamiento en base al principio de “quien contamina paga”.

También podría darse otro uso a este tipo de fondos, como acometer los gastos de aquellos lugares donde la restauración resulta costosa y poco razonable para darle una utilidad pública. En todo caso los fondos tendrían naturaleza subsidiaria, ello implica que entrarían en ejecución en aquellos casos donde fuera imposible determinar la autoría del agente responsable del siniestro. Bien es verdad, que dicha herramienta se convertiría en un mecanismo poco preventivo del daño medioambiental, pero la función para la que fueron creados sería efectiva y se libraría al Estado de la carga económica que supone el volver el terreno dañado a un estado útil para su posterior uso.

Nosotros intuimos que simplemente se trata de subsanar unas situaciones de desamparo jurídico anteriores a la puesta en vigor de la LRM por carecer de un sistema objetivo de responsabilidad, ocasionando el enriquecimiento del operador responsable.

El segundo de los problemas que hemos indicado que plantean los daños históricos es la determinación del culpable de los mismos. Además, cuando se trata de la reparación de suelos contaminados en la mayoría de las ocasiones este problema se agudiza por no conocer la fuente que originó el daño, lo que conlleva la imposibilidad de identificación del culpable para imputárselo y, también,

porque el estado de la técnica no previó que se podría ocasionar un grave daño al medio ambiente.

Como se ha indicado, la identificación del operador culpable de un daño al medio ambiente -principalmente el de contaminación- constituye uno de los mayores problemas que plantea este tipo de responsabilidades. Dicha dificultad aumenta considerablemente cuando se trata de “daños históricos”, puesto que en la mayoría de las ocasiones resulta casi imposible probar la relación de causalidad entre una o diversas actividades industriales y el resultado dañoso de las mismas para el medio ambiente.

Sobre los métodos más adecuados a seguir para la identificación del operador culpable con el fin de imputarle la responsabilidad, nos remitimos a lo anteriormente dicho en el epígrafe correspondiente al “nexo causal” de este mismo capítulo.

El operador no está obligado a sufragar el coste de las medidas que se han tomado para devolver a su estado anterior al medio ambiente cuando se demuestre que no ha incurrido en dolo ni culpa y pruebe que el daño ha sido ocasionado por la actividad o utilización de un producto, que, en el momento de su uso, no era potencialmente peligroso para el medio ambiente con arreglo al estado de los conocimientos científicos existentes en aquel momento.

En materia de suelo contaminado, son pocas las soluciones que nuestro Derecho aporta al respecto, es la propia LR la que establece la obligación por parte del titular del terreno contaminado de proceder a la limpieza y descontaminación del suelo con cargo a sí mismo y, en este mismo sentido, la citada Ley establece un seguro obligatorio de responsabilidad civil. En su art. 27-2⁵⁶⁵ determina que

⁵⁶⁵ Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos “ 2. La declaración de un suelo como contaminado obligará a realizar las actuaciones necesarias para proceder a su limpieza y recuperación, en la forma y plazos en que determinen las respectivas Comunidades Autónomas. Estarán obligados a realizar las operaciones de limpieza y recuperación reguladas en el párrafo anterior, previo requerimiento de las Comunidades Autónomas,

las autoridades competentes requerirán a los causantes de la contaminación la limpieza y recuperación del suelo contaminado, y en virtud de ello, la póliza de seguro se tendrá que configurar mediante un seguro combinado que tenga en cuenta la contaminación con el fin de que cubra el coste de dichas operaciones.

No obstante, en algunos casos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵⁶⁶ se ha pronunciado mediante la aplicación del artículo 1902 del CC, considerando que, una vez adquirido el terreno, la responsabilidad de proceder a la descontaminación de este corre a cargo del comprador por el hecho de ser el actual propietario y no haber impedido la contaminación del suelo por el anterior propietario o no exigir que antes de su adquisición fuese totalmente descontaminado. Claro está, que siempre le queda el recurso de ejercitar las acciones correspondientes contra el vendedor por vicios ocultos, con arreglo a lo que establece el art. 1752 del CC. El comprador puede evadir la responsabilidad que se le imputa. En tal sentido, el ordenamiento jurídico que menos problemas plantea es el norteamericano al amparo de la C.E.R.C.L.A⁵⁶⁷.

12. Evaluación y valoración del daño medioambiental

A) Evaluación.

La evaluación del impacto ambiental⁵⁶⁸ responde al principio de prevención. Es un proceso técnico administrativo, diseñado para identificar

los causantes de la contaminación, que cuando sean varios responderán de estas obligaciones de forma solidaria y, subsidiariamente, por este orden, los poseedores de los suelos contaminados y los propietarios no poseedores, todo ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo”.

⁵⁶⁶ Vid. STS de 29 de octubre 2008 -RJ 2008/5801-.

⁵⁶⁷ Vid. GOMIS CATALÁ. L.: Responsabilidad por ... cit., pág. 176.

⁵⁶⁸ A modo de resumen y de forma abreviada nos referiremos al proceso de institucionalización de la evolución del impacto ambiental en la Unión Europea, que parte de la Directiva 85/337/CEE, de 27 de junio de 1985. Con posterioridad la Directiva 97/11/CEE, de 3 de marzo de 1997, modifica la anterior

posibles riesgos medioambientales, utilizado para para calcular y describir los impactos ambientales que puedan ocasionar los planes, proyectos y programas que se ejecuten, mediante el cual se pueden estimar las consecuencias negativas al medio ambiente, evitando así los efectos de un deterioro grave para este medio.

El marco jurídico por el cual se regula este proceso en España es la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental⁵⁶⁹, por la cual se aprueba el

agregando diversas disposiciones para mejorar las normas relativas al procedimiento de evaluación medioambiental. Más tarde se aprobaron las Directivas: 2001/42/CE, de 27 de junio, referida a la evaluación de los efectos de planes y programas en el medio ambiente que puedan afectar al mismo y la Directiva 2011/92/UE de 13 de diciembre, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos sobre el medio ambiente. Ambas han sido introducidas a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, evaluación ambiental.

Con posterioridad a la Directiva 2011/92/UE, se publicaría la Directiva 2014/52 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, que modifica la Directiva 2011/92/UE. Debido a diferentes circunstancias tales como: armonizar los principios de la evaluación de impacto ambiental de los proyectos, garantizar un alto nivel de protección del medio ambiente, mejorar la calidad de la evaluación de impacto ambiental, simplificar los procedimientos y encauzar el proceso decisorio. Para mejorar la calidad de la evaluación de impacto ambiental, se hace necesario modificar la Directiva 2011/92/UE.

Con referencia a España, La Directiva 85/337/CEE de 27 de junio, se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico mediante el RDL1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental, que establece la obligación de realizar la evaluación del impacto ambiental. Posteriormente fue desarrollado por el RD 1131/1988, de 30 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución del citado Real Decreto Legislativo, de evaluación del Impacto Ambiental. Para dar cumplimiento a esta Directiva se aprueba la Ley 6/2001, de 8 de mayo, que a su vez modifica el RDL 1302/1986, de 28 de junio.

⁵⁶⁹ Ley que transpone a nuestro ordenamiento jurídico las siguientes Directivas del Parlamento y del Consejo Europeo: Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio, sobre la evaluación de las repercusiones sobre determinados planes y programas en el medio ambiente y la Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre, de evaluación de las repercusiones sobre determinados proyectos públicos y privados referidos al medio ambiente. Esta última ha sido modificada por la Directiva 2014/52/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014. De acuerdo con la ley citada los procedimientos de evaluación se dividen en dos tipos: proyecto de evaluación ambiental estratégica de planes y programas, y evaluación de impacto ambiental de proyectos.

El objetivo principal que persiguió la Ley fue unificar en un solo texto el régimen jurídico de la normativa de la evaluación ambiental de planes, programas y proyectos que se encontraban regulados en la Ley 9/2006, de 28 de abril sobre planes y programas y el RDL 1/2008, de 11 de enero sobre proyectos, todos ellos de evaluación ambiental. Igualmente persigue agilizar en lo posible los trámites que conllevan tanto los planes y programas como los proyectos de impacto ambiental: conseguir una regulación más eficaz del proceso de evaluación y garantizar la protección medioambiental.

Debemos advertir que el BO de las Cortes Generales – Senado, en su núm. 293 de 2 de noviembre de 2018, informa que con fecha 2 de noviembre de 2018, ha tenido entrada en esta Cámara el texto aprobado por la Comisión de Transición Ecológica del Congreso de los Diputados, con competencia legislativa plena, en relación con el Proyecto de Ley, que se convertiría posteriormente en la Ley 9/2018, de 5 de diciembre, por la que se modifica la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, la Ley 21/2015, de 20 de julio, por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes

Reglamento para la ejecución del RDL 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación del impacto ambiental, que aglutina en un único texto dos normas referidas a la evaluación ambiental: Ley 9/2006 de 28 de abril sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente y el RDL 1/2008, de 11 de enero por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Impacto Ambiental de proyectos, estableciendo un conjunto de disposiciones que facilitan la aplicación de ambas normas.

La importancia de la evaluación del impacto ambiental se justifica en el párrafo primero del Preámbulo I de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, anunciando que “La evaluación ambiental resulta indispensable para la protección del medio ambiente. Facilita la incorporación de los criterios de sostenibilidad en la toma de decisiones estratégicas, a través de la evaluación de los planes y programas. Y a través de la evaluación de proyectos, garantiza una adecuada prevención de los impactos ambientales concretos que se puedan generar, al tiempo que establece mecanismos eficaces de corrección o compensación”.

También advierte en el párrafo último del mismo Preámbulo que “La presente ley se asienta en la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección art. 149.1. 23.^a de la Constitución-”.

La Ley en su art. 1-1⁵⁷⁰ establece el objeto y la finalidad que persigue. A través de la evaluación de proyectos, se garantiza una adecuada prevención de los

y la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero -BOE de 6 de diciembre de 2018-.

La presente ley se dicta de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia, regulados en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

⁵⁷⁰ “Esta ley establece las bases que deben regir la evaluación ambiental de los planes, programas y proyectos que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente, garantizando en todo el territorio del Estado un elevado nivel de protección ambiental, con el fin de promover un desarrollo sostenible, mediante [...]”.

impactos ambientales concretos que se puedan generar por los planes y proyectos sometidos a evaluación ambiental, al tiempo que determina los mecanismos eficaces de corrección o compensación de irregularidades perjudiciales para el medio ambiente.

La citada Ley en su Título II, determina el “Procedimiento de la evaluación ambiental estratégica ordinaria para la formulación de la declaración ambiental estratégica”, para planes y programas y en su capítulo II el procedimiento de la “evaluación de impacto ambiental” para proyectos. A su vez, para cada tipo de evaluación establece dos tipos de procedimientos, el ordinario y el simplificado.

Con el fin de distinguir dichos procedimientos, en sus anexos I y II, recoge las distintas tipologías de proyectos y los trámites que los mismos deben seguir para cada uno de ellos. Así tenemos que el anexo I, reúne los “proyectos” sometidos a la evaluación ambiental “ordinaria” que están regulados en el Título II, Capítulo II, sección 1ª, donde se establecen una serie de trámites contenidos en su art.33-1, entre ellos:

- a) Elaboración del estudio de impacto ambiental por el promotor.*
- b) Sometimiento del proyecto y del estudio de impacto ambiental a información pública y consultas a las Administraciones Públicas afectadas y personas interesadas, por el órgano sustantivo.*
- c) Análisis técnico del expediente por el órgano ambiental.*
- d) Formulación de la declaración de impacto ambiental por el órgano ambiental.*
- e) Integración del contenido de la declaración de impacto ambiental en la autorización del proyecto por el órgano sustantivo.*

En el anexo II cita los proyectos sometidos a la evaluación ambiental “simplificada” regulada en el Título II, Capítulo II, sección 2ª. El promotor con arreglo a lo establecido en el art.45, presentará ante el órgano sustantivo, junto con la documentación exigida por la legislación sectorial, una solicitud de inicio

de la evaluación de impacto ambiental simplificada, acompañada del documento ambiental con el siguiente contenido:

“a) La motivación de la aplicación del procedimiento de evaluación de impacto ambiental simplificada.

b) La definición, características y ubicación del proyecto, en particular:

1.º una descripción de las características físicas del proyecto en sus tres fases: construcción, funcionamiento y cese;

2.º una descripción de la ubicación del proyecto, en particular por lo que respecta al carácter sensible medioambientalmente de las áreas geográficas que puedan verse afectadas.

c) Una exposición de las principales alternativas estudiadas, incluida la alternativa cero, y una justificación de las principales razones de la solución adoptada, teniendo en cuenta los efectos ambientales. [...]”

Con ello la Ley lo que pretende, es garantizar una protección adecuada del medio ambiente de los impactos ambientales que puedan ocasionar graves daños al medio ambiente.

Por todo lo dicho, resulta pues, imprescindible llevar a efecto la evaluación del impacto ambiental como herramienta eficaz para todos los proyectos, programas y planes con el fin de preservar los recursos naturales y defensa del medio ambiente, puesto que a través de la evaluación se garantiza una eficaz prevención de riesgos al medio ambiente.

La jurisdicción en esta materia se ha posicionado firmemente sobre la importancia de la evaluación ambiental reflejándose en las sentencias citadas a continuación:

-Sentencia 22/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera⁵⁷¹. La citada sentencia es resolutoria del recurso de apelación núm. 116/2016 interpuesto frente a la sentencia de 27 de enero de 2016 del juzgado de lo contencioso administrativo núm. 1 de Huesca, dictada al procedimiento ordinario núm. 295/2014. Referida al proyecto de apertura de accesos desde La Cabezonada a la zona de pastos La Estiva -provincia de Huesca-.

Mediante Resolución del INAGA⁵⁷² de 2 de diciembre de 2013, toma la decisión de no someter el proyecto a evaluación de impacto ambiental. Después de sucesivos trámites y recursos, la Sala Primera del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 24 de enero de 2018, revoca la sentencia apelada⁵⁷³ y declara la obligación de la Administración demandada a someter el proyecto objeto de recurso a evaluación de impacto ambiental.

-Sentencia de la Audiencia Nacional. Sala 1ª del Contencioso Administrativo de 7/7/2017⁵⁷⁴, cuyos demandantes son: Sociedad Española de Ornitología, Asociación para la Defensa de la Naturaleza y Asociación Amigos de la Tierra, contra la resolución de 14 de febrero de 2012 de la Dirección General del Agua de aprobación del expediente de información pública y del anteproyecto- 02/09- del embalse de Biscarrués en el Río Gállego, del término municipal de Biscarrués – Huesca-, por la que se formula declaración de impacto ambiental del proyecto de recrecimiento del embalse de Biscarrués, cuyo objetivo

⁵⁷¹ Referida al recurso de apelación núm. 116/2016 interpuesto frente a la sentencia de 27 de enero de 2016 del juzgado de lo contencioso administrativo núm.1 de Huesca, dictada al procedimiento ordinario núm.295/2014.

⁵⁷² Instituto Aragonés de Gestión Ambiental.

⁵⁷³ Sentencia dictada por el Juzgado núm. 1 de Huesca en el procedimiento ordinario 295/2014.

⁵⁷⁴ SAN 2408/2017 de 7 julio de 2017.

principal consistía en aumentar la disponibilidad de agua de regadío para la Comunidad de Regantes del Alto Aragón.

Después de una larga batalla judicial, la Audiencia Nacional asume parte de los recursos que se interpusieron por parte de los Ayuntamientos afectados y de las Asociaciones Ecologistas en contra del recrecimiento del embalse, alegando que se había vulnerado la Directiva Europea de Aguas – Directiva 2000/60/CE de 23 de octubre-

Debido al Fallo de la Audiencia Nacional sobre el particular, los responsables del Ministerio de medioambiente, con el fin de subsanar las deficiencias citadas en la sentencia de la Audiencia Nacional, decidieron someter el proyecto a una nueva evaluación de impacto ambiental.

Se trata de un procedimiento técnico administrativo⁵⁷⁵ en el que se incluyen un conjunto de informes técnicos, que permiten estimar las consecuencias negativas de una actividad económica o un determinado proyecto, y contribuir al sostenimiento más efectivo de los recursos naturales. Aparte de lo expuesto, se considera una fuente de información valiosísima para la protección y conservación del medio ambiente, por ello es necesaria la exigencia de dicho procedimiento.

Debido a su importancia, la Subdirección General de Evaluación Ambiental Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, ha desarrollado la aplicación “SABIA”⁵⁷⁶, que tiene por objeto mejorar la gestión de las evaluaciones ambientales, así como ofrecer al personal interesado un completo estudio del impacto ambiental de una nueva actividad.

⁵⁷⁵ Puede ser iniciado en la CC.AA. donde reside a actividad o el proyecto a evaluar, - v.gr. en la Comunidad Autónoma Rioja lo inicia la Dirección general Ambiental <https://www.larioja.org>.

⁵⁷⁶ página web del Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, - <https://www.miteco.gob.es> -

B) Valoración

De los muchos problemas que se plantean a la hora de valorar un daño medioambiental, uno de los principales es asignarle de facto un coste de mercado. Ello obliga a delimitar cuales son los bienes ambientales afectados, qué beneficios proporcionan y cuál es el significado de su conservación.

La valoración del daño va precedida de la evaluación que suele confundirse con el propio daño, ambos términos aparecen como sinónimos referidos a la estimación o cálculo del valor de un daño.

En primer lugar, se debe evaluar el alcance del daño. Para ello, debemos considerar la diversidad de variables que entraña el mismo, tales como: su magnitud, duración posible del daño, recursos medioambientales que han sido dañados y la importancia de las especies afectadas.

En segundo lugar, debe completarse con la estimación financiera del mismo.

Ambas fases integran la reparación del daño en su conjunto.

Existen diferentes métodos de tasación para valorar el daño medioambiental, los cuales han sido desarrollados a lo largo del tiempo.

El legislador español, consciente de dicha dificultad para efectuar la evaluación como para la valoración de un daño al medio ambiente, establece un marco metodológico en el art. 7 del Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre⁵⁷⁷-en adelante RLRM-, consistente en tres actuaciones para la determinación del daño medioambiental que son:

a) Identificación del agente causante del daño, y de los recursos naturales y servicios afectados.

⁵⁷⁷ Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre, BOE núm.308 de 23 de diciembre de 2008, págs. 51646 y ss.

b) *Cuantificación del daño.*

c) *Evaluación de la significatividad del daño.*

Respecto a la identificación, es la primera de las medidas que debe tomar el operador, y, posteriormente seguir las actuaciones establecidas en el art. 21 del RLRM. En cuanto a la cuantificación del daño, se regirá por lo que establece el art. 11 del Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.

La significatividad del daño se estará a lo que determinan el art. 16 - por referencia al recurso natural dañado- y el art. 17 -por referencia al tipo de agente-, ambos del mismo Real Decreto –2090/2008, de 22 de diciembre-.

Como es sabido, la LRM en su art. 9-1 obliga a los operadores que hayan ocasionado un grave daño al medio ambiente a devolver a su estado original los recursos dañados⁵⁷⁸. Ello nos da a entender que el valor medioambiental no consiste en una mera indemnización económica, sino que se requiere garantizar la funcionalidad de los ecosistemas afectados. Es decir, devolver a su “estado original” o “estado básico”⁵⁷⁹ los recursos naturales dañados.

El daño ambiental al no tener una valoración económica, tanto la DRM como la LRM, no emplean la expresión “indemnización”, sólo emplean la palabra “reparación”. Por ello, en este epígrafe, nos limitaremos tan sólo a dar una visión general sobre su valoración, puesto que la determinación concreta de cuánto es el daño deberá determinarse en cada caso concreto.

⁵⁷⁸ Vid. art. 9-1 LRM.

⁵⁷⁹ Art-2-19 LRM. “Estado básico»: Aquél en que, de no haberse producido el daño medioambiental, se habrían hallado los recursos naturales y los servicios de recursos naturales en el momento en que sufrieron el daño, considerado a partir de la mejor información disponible”.

La Ley, al no establecer unos criterios claros en los que se puede apoyar para determinar el valor de un bien medioambiental dañado, sólo se limita a los aspectos estructurales de las especies que son directamente afectadas, pero no al conjunto del ecosistema. Es por lo que esperamos que sean los futuros desarrollos legislativos y aplicaciones jurisprudenciales los que aporten soluciones a dicho problema, aunque estimamos que las posibilidades que ofrecen los preceptos de la LRM -arts. 20- a)⁵⁸⁰ y 24-3⁵⁸¹- pueden ser decisivos en esos desarrollos.

Antes de proceder a la valoración de un daño ambiental, se debe disponer de una amplia información sobre el estado de conservación en que se encontraba el recurso dañado antes de ocurrir el hecho, sobre la intensidad, la extensión territorial del daño y las medidas de reparación más idóneas para su reparación, entre otros aspectos.

Este problema se agudiza cuando nos encontramos con daños que producen efectos más allá de las fronteras de un Estado. Cuando ya anteriormente hemos dicho al referirnos a este tipo de daños, la LRM en su art. 8-2-a)⁵⁸², establece la obligación de cooperar entre los Estados miembros de la UE en materia de daños ambientales. Entre sus objetivos principales, está el de facilitar a los Estados afectados la información precisa y necesaria para que se adopten las medidas oportunas, tanto para prevenir como para reparar los daños.

⁵⁸⁰ “Adoptará todas aquellas medidas provisionales necesarias para, de forma inmediata, reparar, restaurar o reemplazar los recursos naturales y servicios de recursos naturales dañados, de acuerdo con los criterios previstos en el anexo II, sin perjuicio de los criterios adicionales que con el mismo objetivo establezcan las comunidades autónomas. Asimismo, informará a la autoridad competente de las medidas adoptadas”.

⁵⁸¹ “Los operadores deberán comunicar a la autoridad competente la constitución de la garantía financiera a la que vengán obligados de acuerdo con el apartado primero de este artículo. La fijación de la cuantía de esta garantía partirá del análisis de riesgos medioambientales de la actividad, o de las tablas de baremos, que se realizarán de acuerdo a la metodología que reglamentariamente se establezca por el Gobierno. La autoridad competente establecerá los correspondientes sistemas de control que le permitan comprobar el cumplimiento de estas obligaciones”.

⁵⁸² “Facilitará a las autoridades competentes de los Estados miembros afectados cuanta información resulte relevante para que éstos puedan adoptar las medidas que estimen oportunas en relación con el evento causante del daño o de la amenaza de que el daño se produzca”.

La evaluación de los daños se hará conforme al estado de conservación que tuviesen en el momento de producirse el daño, y otra serie de factores mediante los cuales se puedan determinar los cambios adversos y significativos ocasionados tanto a las especies como a la conservación del hábitat. Dichos cambios deberán determinarse en función del número de individuos, rareza de la especie y capacidad de proliferación de ésta.

Sobre el carácter significativo del daño, la LRM ya prevé en su Anexo I los criterios a los que se refiere el art. 2-1 a)⁵⁸³, que deben seguirse para determinar si los daños medioambientales son significativos o no.

En su art. 20 la LRM establece las medidas a adoptar en caso de reparación de un daño al medio ambiente. Dichas medidas están condicionadas por la inmediatez en que deben llevarse a cabo la reparación o reemplazar los recursos naturales de acuerdo con los criterios establecidos en su Anexo II. En éste se establece un marco común que habrá que seguirse para garantizar la reparación de los daños ambientales, teniendo en cuenta los criterios adicionales que las CC. AA, con el mismo objetivo, puedan establecer como normas adicionales de protección del medio ambiente -v.gr. Art. 27-30⁵⁸⁴ del Estatuto de Autonomía de Galicia; art. 11-7⁵⁸⁵ de Baleares, art. 11-1 a)⁵⁸⁶ del País Vasco y art. 71-22⁵⁸⁷ de Aragón-.

⁵⁸³ “Los daños a las especies silvestres y al hábitat, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de esos hábitat o especies. El carácter significativo de esos efectos se evaluará en relación con el estado básico, teniendo en cuenta los criterios expuestos en el anexo I”.

⁵⁸⁴ “Normas adicionales sobre protección del medio ambiente y del paisaje en los términos del artículo ciento cuarenta y nueve, uno, veintitrés”.

⁵⁸⁵ “Protección del medio ambiente. Normas adicionales de protección. Espacios naturales protegidos. Ecología”.

⁵⁸⁶ “Medio ambiente y ecología”.

⁵⁸⁷ “Normas adicionales de la legislación básica sobre protección del medio ambiente y del paisaje, que incluye la planificación de la prevención y eliminación de las distintas fuentes de contaminación, así como el desarrollo de políticas que contribuyan a mitigar el cambio climático”.

En el supuesto de las medidas provisionales sobre la reparación de un bien natural, se adoptarán éstas sin esperar a que la Administración pública emita una resolución administrativa al respecto. Ello no es óbice para que, de acuerdo con el art. 21-b)⁵⁸⁸ de la Ley, la Administración le exija al operador la adopción de ciertas medidas de carácter urgente. Dichas medidas estarán en consonancia con lo dispuesto en el Anexo II de la Ley, en el que se hace referencia a las medidas provisionales que deben tomarse para la reparación de un daño medioambiental de acuerdo con el método que se establece en el mismo, y adoptando las medidas más adecuadas para cada caso concreto.

Así tenemos cómo en los siguientes apartados que citamos a continuación, se va estableciendo el marco común que habrá de seguirse para garantizar la reparación del daño medioambiental, que no es otra cosa que devolver el recurso natural dañado a su estado original. Aunque en la mayoría de los siniestros medioambientales, resulta difícil devolver el bien natural dañado a su estado anterior, quizá por ello, el legislador consciente del problema instaura en el Anexo II de la LRM, describe en su apartado 1 letra a)⁵⁸⁹, letra b)⁵⁹⁰ y letra c)⁵⁹¹ lo que se entiende a efectos de esta ley, tres clases de reparaciones:

-En su apartado 1-1-1 establece el objetivo de la reparación primaria, que consiste en restituir o aproximar los recursos naturales o los servicios de

⁵⁸⁸ “Adoptar, exigir al operador que adopte o dar instrucciones al operador respecto de todas las medidas de carácter urgente posibles para, de forma inmediata, controlar, contener, eliminar o hacer frente de otra manera a los contaminantes de que se trate y a cualesquiera otros factores perjudiciales para limitar o impedir mayores daños medioambientales y efectos adversos para la salud humana o mayores daños en los servicios”.

⁵⁸⁹ “Reparación primaria»: Toda medida correctora que restituya o aproxime al máximo los recursos naturales o servicios de recursos naturales dañados a su estado básico”.

⁵⁹⁰ “Reparación complementaria»: Toda medida correctora adoptada en relación con los recursos naturales o los servicios de recursos naturales para compensar el hecho de que la reparación primaria no haya dado lugar a la plena restitución de los recursos naturales o servicios de recursos naturales dañados”.

⁵⁹¹ “Reparación compensatoria»: 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. No consiste en una compensación financiera al público”.

recursos naturales dañados a su estado básico. Operación que, aparte de ser muy dificultosa en su consecución, presenta un elevado coste económico.

-Apartado 1-1- 2. Está referido a la reparación complementaria, la cual no se opone a la anterior y admite que cuando no sea posible devolver el bien dañado a su estado anterior, es factible la compensación económica. Mediante ella, al menos se puede realizar alguna mejora en el bien afectado, y de esta manera, cubrir las pérdidas provisionales que el bien dañado pudiera generar.

-El siguiente apartado 1-1-3 se refiere a la reparación compensatoria, que consiste en que las pérdidas ocasionadas porque el recurso dañado no pueda cumplir con sus funciones o prestar otros servicios a otros recursos, mientras dure la reparación del bien natural, sean compensadas por parte del operador causante del hecho.

Estimamos que el legislador con estas medidas pretende evitar que surjan más efectos negativos por el daño, y solventar lo más rápido posible la situación creada. Con todo ello, consideramos que deberían ser más precisas las normas a aplicar, como fijar el lugar más próximo para la reparación del daño al lugar de los hechos, y, en otro sentido, que la reparación que se haga al recurso dañado o este sea sustituido por otro, no causen efectos negativos a otros recursos de su entorno.

En el apartado 1-2-2, instaure la indemnización de las medidas reparatorias complementarias y compensatorias, considerando, en primer lugar, la utilización de criterios de equivalencia. Siguiendo los criterios de equivalencias establecidos en el Anexo II titulado “*reparación del daño medioambiental*”, éstos se aplicarán de acuerdo a las reglas establecidas en el apartado II titulado “*Selección del*

criterio de equivalencia” del Anexo II del RD 2090/2008, de 22 de diciembre⁵⁹² en la forma siguiente: recurso-recurso, y servicio-servicio por considerarlos preferentes frente a los tipos de valor-valor y valor-coste.

El sistema recurso-recurso tiene sentido cuando el recurso natural que se recupera es de la misma calidad que el dañado, puesto que se asume que la reparación del bien natural dañado proporcionará recursos del mismo tipo y calidad.

El segundo -servicio-servicio- se emplea tanto para determinar y cuantificar los servicios que prestan los recursos dañados como los que una vez reparados puedan prestar.

La equivalencia recurso-recurso, podrá realizarse en caso de que no sea necesario computar la variación en el tiempo de la calidad o del nivel de provisión de servicios de los recursos naturales afectados, y los que podrán obtenerse a través de la reparación⁵⁹³.

En el apartado 1.2.3 del Anexo II de la LRM, prevé que se admitan otros métodos de valoración siempre que no sean posible los anteriores -1-2-2-⁵⁹⁴. Por

⁵⁹² “Se aplicará un criterio de equivalencia de tipo recurso-recurso o servicio-servicio cuando sea posible proporcionar a través de la reparación el mismo tipo y la misma calidad, o una calidad ajustable, de recursos o servicios que los que se han perdido a consecuencia del daño medioambiental”.

⁵⁹³ Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. En su Anexo II describe de forma pormenorizada los supuestos en los que deberá aplicarse cada criterio de equivalencia -recurso-recurso, servicio-servicio, valor-valor, valor-coste-, siendo los criterios recurso-recurso y servicio-servicio los que tienen carácter prioritario, al garantizar un mayor grado de sustitución entre los recursos y servicios dañados, y aquéllos que pueden obtenerse a través de la reparación.

En la sección II del citado Anexo “Selección de criterio de equivalencia”, en su apartado 2.1 establece “Se aplicará un criterio de equivalencia recurso-recurso cuando exista un grado de sustitución pleno entre el tipo y la calidad de los recursos naturales dañados y los que podrán obtenerse a través de la reparación complementaria o compensatoria”.

En el apartado 2.2 “Se utilizará un criterio de equivalencia servicio-servicio en caso de que se dé alguna de las siguientes circunstancias [...]”.

⁵⁹⁴ Ejemplo claro de la peritación de un daño sin método de valoración adecuado, sería el que contempla la sentencia 12/12/2005 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Toledo Roj: SJP18/2005-ECLI:JP:2005:18 Id. Cendoj:45168510012005100001, por un delito contra el medio ambiente previsto y penado en el art.

ello, con el fin de establecer cuáles son las medidas compensatorias más eficaces para el medio ambiente, las autoridades competentes deben estudiar la opción que estimen más eficaz para la recuperación del medio natural y poder devolver dicho recurso a su estado básico.

Debemos tener presente que el fin principal que se persigue con la reparación, es devolver al medioambiente el bien dañado en el estado en que se encontraba antes de producirse el daño y compensar en todo caso, a la sociedad por las pérdidas ocasionadas. La responsabilidad sólo será efectiva cuando se puede valorar el daño⁵⁹⁵.

C) La valoración económica medioambiental

Es necesario contar con herramientas que permitan estimar el valor del daño causado para que este pueda repararse. Para tal fin, se utiliza la valoración económica de los costes medioambientales. Mediante la misma se pretende asignar valores económicos a dichos bienes dañados. Al mismo tiempo proporciona información útil a los centros de decisión para determinar el tipo de actuación de las autoridades públicas. Al respecto CASTELLANO JIMÉNEZ dice: “la razón por la que se justifica que se plantee la recuperación de los daños medioambientales causados por los operadores a los recursos naturales, es que éstos proporcionan a la sociedad servicios públicos con valor económico que se ven afectados”⁵⁹⁶.

325 del Código Penal -CP.- por un vertido de fuel procedente de la Central Térmica al río Tajo. En ella se aprecia un ejemplo de petición no fundada en un método claro de valoración.

⁵⁹⁵ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. art. 32-2 “*En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas*”.

⁵⁹⁶ CASTELLANO JIMÉNEZ, E.: “Valoración de los daños a los recursos naturales”, AA.VV en *Comentario a la Ley de Responsabilidad Medioambiental -Ley 2672007, de 23 de octubre.-* Coordinado por Lozano Cutanda. B-. Edit. Thomson/Civitas Cizur Menor -Navarra- 2008, pág. 369.

a) Métodos concretos de valoración en función de la economía ambiental

Es frecuente acudir a la economía ambiental en aquellos supuestos donde los siniestros medioambientales son de una gran envergadura. Prueba de ello, es la aplicación de sus métodos en diversas ocasiones, tales como: en el caso del Exxon Valdez en EE. UU, y en España sobre los costes ambientales como consecuencia del hundimiento del Prestige. Se trata de asignar un valor económico al bien dañado. En este campo se suelen emplear dos tipos de modos de valoración:

-Método indirecto consistente en establecer una relación entre los bienes privados y los medioambientales.

Dentro de este grupo están: Método de precios hedónicos⁵⁹⁷, método de coste de viaje⁵⁹⁸ y método de los costes derivados o inducidos⁵⁹⁹.

-Método directo -valoración contingente-, mediante el cual se puede llegar a calcular un valor aproximado de un recurso natural que no tiene mercado.

Se trata de simular un mercado hipotético mediante encuestas, las cuales están especialmente diseñadas para obtener valoraciones económicas de dicho bien, y que serían relevantes si existiese un verdadero mercado para ellas. La

⁵⁹⁷ El método de los precios hedónicos considera que el valor de un bien ambiental se ve reflejado en el valor de un bien privado. Para ello valora todos los atributos de un bien que explican su precio, y atribuye a cada característica del bien su precio implícito. Se usa principalmente para valorar los cambios en el valor de terrenos o viviendas afectados por determinadas circunstancias ambientales. Definición publicada en <https://www.magrama.gob.es> “Análisis y perspectiva” – Serie Medioambiente núm. 4-diciembre 2010.

Se trata de un método que establece el valor de un bien, el cual está directamente relacionado con sus características y el servicio que dicho bien presta.

⁵⁹⁸ Propone que el coste de un bien es el coste de oportunidad que se paga para poder acceder a él y consiste en analizar la relación que existe entre los bienes y servicios privados y ambientales.

⁵⁹⁹ Establece una relación de causalidad entre un daño y sus consecuencias y posteriormente asocia un valor dinerario al daño efectuado.

oferta estaría representada por la persona que entrevista y la demanda por la entrevistada.

La Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental y Medio Natural ha desarrollado una aplicación informática, cuyo objetivo es el de ofrecer a todos los operadores, una herramienta informática que les facilite la tarea a la hora de determinar el valor económico de los potenciales daños que pueda ocasionar por su actividad.

La herramienta de valoración está diseñada conforme a la metodología establecida en la LRM. La citada herramienta llamada MORA -Modelo de Oferta de Responsabilidad Ambiental-, fue elaborada en el seno de la Comisión Técnica de Prevención y Reparación de Daños Medioambientales -CTPRDM-. Entre sus objetivos está diseñar un modelo económico que aporte las herramientas necesarias para sistematizar la valoración de daños al medio ambiente, conforme a la normativa de responsabilidad medioambiental. Es decir, MORA aborda la tarea de calcular el valor de reposición de los recursos naturales cubiertos por la LRM.

La ausencia de un único método de valoración sugiere que debemos apuntar a otra consideración conjunta de las diferentes metodologías que cubra todo el espectro medioambiental. La LRM deja indefinidos todos los criterios con los procedimientos a seguir para determinar el valor de un bien natural dañado.

Un ejemplo claro de la no utilización de criterios de valoración solventes de los daños ocasionados al medio ambiente a su fauna y flora, nos lo proporciona la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Jaén. Sentencia 13/12/2012, mediante la cual se condena a un matrimonio a 20 meses de cárcel y 115.000 de multa por la muerte de un lince ibérico después de que ingiriera cebos envenenados en una finca de su propiedad en el término municipal de Andújar - Jaén-. Se recurre en apelación y la Audiencia reduce la multa por considerarla

desproporcionada, y más cuando se usaron unos criterios de valoración poco apropiados por ser un tanto simplistas, ya que no se aplicaron las cantidades que establece el Decreto 4/1986 sobre las especies protegidas -valor del lince en 6.010,12 euros-, importe en el que se basa la Audiencia para rebajar a esa cantidad la anterior fijada por el Juzgado de lo Penal núm. 1.

13. NEXO CAUSAL

A) Relación de causalidad

Por regla general, en cualquier ámbito de la responsabilidad, la prueba del nexo causal de un daño siempre resulta dificultosa, y en el ámbito de la responsabilidad medioambiental ocurre lo mismo. Con ella tratamos de determinar cuál es la relación existente entre el hecho determinante de un daño y el daño propiamente dicho, ello nos permitirá considerar los hechos que lo han originado de forma más precisa como concluyentes del mismo.

Según el Prof. RUDA GONZÁLEZ⁶⁰⁰, uno de los aspectos que en esta materia pueden dificultar la responsabilidad por daños medioambientales, es la no existencia de un nexo causal entre el daño y el agente que lo ha causado.

Determinar dicha conexión, probablemente sea el nudo gordiano de la responsabilidad por daños en general, con mayor dificultad en la responsabilidad medioambiental. Establecer las causas por las que se ha producido el daño a un medio natural y, como consecuencia, fijar el grado de participación del operador u operadores que en el mismo supuestamente hayan intervenido, resulta igualmente extremadamente complicado.

⁶⁰⁰ RUDA GONZÁLEZ, A.: *Daño ecológico puro...*, cit., pág. 315.

Para ello, la doctrina configuró diversas teorías en torno al nexo causal, entre ellas se utilizó la llamada “teoría de la equivalencia de las condiciones”, conocida también como la teoría de la “*conditio sine qua non*”, desarrollada especialmente para el Derecho penal por Von Buri en 1895. De acuerdo con la misma, “la causa es la condición *sine qua non* del daño, es decir aquel de los elementos o las condiciones, que, si hubieran faltado el resultado dañoso no se hubiera producido”⁶⁰¹. El tiempo demostró que dicha teoría no es lo suficientemente eficaz para resolver algunos supuestos de responsabilidad y , especialmente, en materia como la que nos ocupa en las que son posibles daños de contaminación difusa o históricos.

Con carácter general, en España los tribunales de justicia, para salvar dichas dificultades y después de aplicar otras teorías, optaron por utilizar la regla de la “causalidad adecuada”, también conocida por “la causa eficiente”. Teoría que descansa fundamentalmente en las posibilidades de asegurar que el daño originado fue como consecuencia de la mala praxis del operador en el manejo de su actividad, bien por dolo o negligencia.

Según GOMIS CATALÁ⁶⁰², en ocasiones el Tribunal Supremo se ha mostrado claramente a favor de la teoría de la “*causalidad adecuada*”, citando como ejemplo su sentencia de 27 de octubre de 1990, siendo ponente de esta el Excmo. Sr. D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade. Sentencia referida a los daños y perjuicios causados a piscifactoría por vertidos tóxicos de una fábrica a un río⁶⁰³ diciendo:

“A esta relación fatídica es preciso aplicar la doctrina jurisprudencial definitoria del principio de la causación adecuada, que exige, para apreciar la

⁶⁰¹ DÍEZ-PICADO, L: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial V. La Responsabilidad Civil Extracontractual* . Edit. Aranzadi. Cizur Menor -Navarra-, pág. 360.

⁶⁰² GOMIS CATALÁ, L: *Responsabilidad por daños...* cit., pág. 63.

⁶⁰³ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre, de 1990. -RJ 1990/ 8053-.

culpa del agente, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad; debiéndose de entender por consecuencia natural, aquella que propicia, entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, conforme a conocimientos normalmente aceptados”.

Bien es verdad, que dicho nexo de causalidad adquiere una configuración diferente según nos situemos en el campo de la responsabilidad objetiva o subjetiva. En este último se circunscribe al Derecho privado y en concreto a los artículos 1908 CC⁶⁰⁴ para los daños causados por inmisión y otros citados a pie de página y 1902⁶⁰⁵ del CC., por responsabilidad extracontractual.

Para que se cumpla el requisito de causalidad, es necesario acreditar que la conducta del sujeto causante del daño contribuyó a que se produjera el resultado dañino. En caso de que no exista dicho nexo causal, ya no es necesario proseguir, dado que al operador no se le puede imputar ninguna responsabilidad.

En los supuestos de responsabilidad objetiva el tratamiento es distinto de la subjetiva, puesto que en aquella no se tiene en cuenta el modo de actuación del operador. Es decir, que da igual que haya actuado de forma negligente o dolosa, lo principal, para que surja la responsabilidad de éste, es la necesidad de acreditar el daño o su amenaza, así como la relación de causalidad entre la acción del operador culpable del daño y el daño. La relación de causalidad adquiere entonces mayor relevancia.

⁶⁰⁴ Respondan por los daños los propietarios de los daños causados:

“1.º Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia, y la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado.

2.º Por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades.

3.º Por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor.

4.º Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, contruidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen”.

⁶⁰⁵ *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.*

En este sentido, la LRM en su art.3-1⁶⁰⁶, prevé una presunción legal “iuris tantum” aplicable a determinados supuestos de responsabilidad medioambiental, es decir, cuando el daño al medio ambiente se presume que ha sido originado por actividades económicas o profesionales enumeradas en su Anexo III y atendiendo a su naturaleza y al modo en que se produjo sea la propia para causarlo.

De lo que deducimos que la presunción de causalidad existe sólo cuando la actividad realizada por el operador sea la idónea para provocar dicho daño. Únicamente se prevé cuando las actividades que originaron el daño medioambiental están comprendidas en el Anexo III de la Ley y sujetas a la responsabilidad objetiva. Dicha presunción puede ser destruida presentando el operador pruebas que acrediten que la actividad no es la culpable del hecho dañino para el medio ambiente, pudiendo eludir la responsabilidad exigida por la Ley. Sin embargo, ello no le excusa de ejecutar las medidas de prevención y evitación del daño como examinaremos en su momento.

De todo ello, se desprende, que la prueba del nexo causal es sin duda el elemento clave para que se active el régimen de responsabilidad medioambiental, ya que, si no se puede demostrar la conexión entre la conducta o la actividad industrial y el daño originado, no se puede hablar de responsabilidad.

En los supuestos de contaminación difusa, la Ley en su art. 3-3, matiza que dichos daños estarán amparados por la LRM “*cuando sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de los operadores concretos*”. De la interpretación literal del precepto, se infiere que los daños causados por contaminación difusa estarán amparados por la LRM, siempre que quede demostrada fehacientemente la existencia de un nexo de causalidad entre el daño

⁶⁰⁶ “Se presumirá, salvo prueba en contrario, que una actividad económica o profesional de las enumeradas en el anexo III ha causado el daño o la amenaza inminente de que dicho daño se produzca cuando, atendiendo a su naturaleza intrínseca o a la forma en que se ha desarrollado, sea apropiada para causarlo”.

de carácter difuso y las actividades del presunto operador culpable del mismo. En parecidos términos se expresa el apartado 5⁶⁰⁷ del art. 4 de la Directiva 2004/35/CE, dado que en la praxis resulta difícil demostrar la causa concreta que originó el daño y los operadores involucrados en el mismo. De tal forma que determinar en el caso concreto el nexo causal es la única manera por la que podrá imputarse la responsabilidad por tales daños difusos⁶⁰⁸. Es difícil fijar el nexo de causalidad y, por tanto, determinar que han sido causados por uno determinado o varios operadores, de ahí que, en algunas ocasiones, se acuda a otro tipo de soluciones como la “regla de la responsabilidad por cuota de mercado” consistente en aplicar el grado de responsabilidad que pueda tener individualmente cada operador en base a la proporción de su respectiva cuota de mercado. Es decir, si son varias las actividades económicas o profesionales las que están implicadas en el daño, y cada una de ellas ocupa diferente porcentaje de mercado – V.gr. 70%, 30% y 10%-, responderán en función al porcentaje de dicha cuota. Estimamos que este sistema no es lo más adecuado y justo para adjudicar una responsabilidad medioambiental. Considero que cuando no se tiene la certeza de quién es el verdadero culpable, lo más aconsejable sería la aplicación de la responsabilidad solidaria, y que dilucidaran entre ellos a quién le corresponde dicha responsabilidad y en qué porcentaje. Bien es verdad que puede producirse una situación de injusticia para el operador que no ha contribuido a originar el daño, pero a éste le asiste la demostración de que no ha contribuido su actividad a originar dicho daño.

⁶⁰⁷ Vid., art. 4-5 de la Directiva 2004/35/CE “*La presente directiva sólo se aplicará a los daños medioambientales, o a la amenaza eminentemente de tales daños causados por contaminación de carácter difuso [...]*”.

⁶⁰⁸ Considero que el daño ambiental es difuso, no solo por la dificultad que en ocasiones entraña identificar a los agentes causantes del mismo, sino también para identificar al operador responsable de la instalación que ha originado el daño.

B) Prueba del nexo causal

Como ya hemos dicho anteriormente, entre los requisitos exigidos por la ley para que entre en juego la responsabilidad medioambiental, figuraba en primer lugar la identificación del responsable y, consiguientemente, la prueba del nexo causal entre la conducta del causante y el daño originado.

Cuando se trata de daños medioambientales, sin dicha identificación tendríamos serias dificultades para probar el nexo causal, ya que sin esta prueba el sistema de responsabilidad fracasaría. Por tal motivo no se puede prescindir de la misma, pues ello nos llevaría a exigir al causante la responsabilidad de forma en todo caso.

La Directiva no aporta ningún método de presunción legal sobre la responsabilidad medioambiental, ni define de qué manera ha de determinarse dicho nexo causal. Se basa simplemente en la capacidad manifiesta de la actividad del operador para originar el daño. Sin embargo, constituye un elemento clave para activar dicho régimen. De hecho, según lo dispone en su art. 4-5

“La presente Directiva sólo 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 operadores concretos”.

Esta sólo se aplicará a la contaminación difusa como ya anteriormente se ha dicho.

Lo mismo le sucede a la LRM que aporta una regulación del nexo causal muy limitada, sólo se refiere a los casos de contaminación difusa -art. 3-3 LRM⁶⁰⁹- diciendo que habrá responsabilidad medioambiental cuando se pueda establecer

⁶⁰⁹ *“Esta Ley sólo 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 operadores concretos”.*

un nexo causal entre el daño y los operadores que los han originado. Entendemos por lo establecido en dicho precepto, que también es exigible en los demás casos que no sea contaminación difusa.

Opinamos que dicha exigencia no resulta eficaz para dar solución a la problemática de la responsabilidad medioambiental por contaminación difusa, puesto que en la mayoría de los casos es difícil de establecer dicha conexión, y máxime cuando concurren factores como: la distancia entre el factor contaminante y la parte afectada; cuando existe diversidad de fuentes contaminantes; el tiempo transcurrido desde su origen hasta su manifestación, Todo ello, dificulta considerablemente la prueba del nexo causal. De lo que se deduce que la determinación de este es necesaria para imponer las medidas de reparación precisas al operador contaminante.

Bien es verdad, que las normas nacionales de cada Estado miembro pueden establecer una presunción de la existencia de nexo causal fundado en la proximidad de la instalación supuestamente contaminante y los componentes utilizados por el operador. Cuando existan indicios suficientes de que esos factores han influido de manera decisiva en la contaminación se puede constituir la base de su presunción.

Debido a las características del daño medioambiental y a la complejidad de sus efectos, en muchas ocasiones resulta difícil establecer esta relación de causalidad entre el causante del daño y el daño en sí, puesto que, en este tipo de daños, no suele ser una sola causa la que origine el deterioro. Por el contrario, generalmente suelen intervenir pluralidad de causas y operadores y más en los daños difusos cuyas fuentes de generación son plurales y dispersas. Por ello, no es posible adjudicar la responsabilidad a la actividad que se sospeche que pueda resultar dañina para el medio ambiente, es necesario probar que la conexión entre la actividad y el daño causado existe.

Para superar dichas dificultades, se ha tratado por parte de los diversos sistemas jurídicos internacionales de arbitrar distintos mecanismos tendentes a facilitar la prueba.

Si no se logra demostrar dicha relación entre la actividad presuntamente causante del daño y el propio daño, no es posible adjudicar la responsabilidad a ningún operador -v.gr., es corriente que esta situación se de en los llamados daños históricos-.

Consideramos que sería positivo para resolver este tipo de problemas y que la LRM aportara reglas precisas concernientes al nexo causal, con ello evitaríamos recurrir a otras teorías como la de “equivalencia de condiciones” que demostró ser insuficiente y poco eficaz para dar solución al problema.

C) Ruptura del nexo causal

En páginas anteriores ya hemos manifestado la importancia del nexo causal en la responsabilidad medioambiental por ser el elemento clave para determinar la responsabilidad del operador, puesto que si no se puede demostrar la conexión entre su conducta negligente y el daño ocasionado por su actividad no es posible adjudicarle la responsabilidad de este.

La Ley de responsabilidad medioambiental recoge una serie de supuestos en los cuales, a pesar de la existencia de un daño medioambiental, no obligan al operador a sufragar los costes imputables por las medidas de prevención, evitación y reparación del daño. Tal es el caso de las dos situaciones contempladas en el art. 14-1 letras a) y b) de la LRM.

Debemos precisar que los requisitos exigidos al operador por la Administración para la concesión del permiso de inicio de actividad, son medidas conceptuadas por la Ley como “adecuadas” y no infalibles, es decir, que pueden

ser vulneradas si se dan ciertas circunstancias como ya las citadas en el apartado 1 del art.14 de la LRM, bien debido a la actuación de un tercero o bien por el cumplimiento por parte del operador de una orden de instrucción obligatoria dictada por la autoridad competente.

En ambos supuestos se provoca lo que la doctrina denomina la “ruptura del nexo causal”, eximiendo de responsabilidad medioambiental al operador titular de la actividad, y por tanto de asumir los costes de prevención, evitación y reparación y siempre que demuestren que dichos daños se produjeron por las causas establecidas en el art. 14-1 letras a) y b) de la LRM⁶¹⁰.

En el primer supuesto, contemplado en la letra a) apartado 1 del art 14 de la LRM por la “actuación de un tercero”, la Ley establece que el operador no estará obligado a sufragar los costes imputables a las medidas de prevención, evitación y reparación de daños, cuando las causas de los mismos sean ocasionadas por la actuación de un tercero ajeno al ámbito de la actividad y al control del operador. La intervención de este tercero tendrá que ser espontánea a pesar de existir las medidas de seguridad adecuadas. En tal caso, el operador titular de la actividad tendrá que demostrar que el daño ha sido originado por la intervención del citado tercero, v.gr., un individuo ajeno a la actividad y al control del operador que ejecuta por voluntad propia la apertura de un desagüe de una balsa propiedad del operador con residuos tóxicos, ocasionando un grave daño al medio ambiente. Tal situación ocasiona la ruptura del nexo causal, es decir, se rompe el vínculo entre la realización de la actividad y el daño causado, motivo por el cual no hay responsabilidad para el operador, y por tanto no está obligado a sufragar los costes que sean imputados a las medidas de prevención, evitación y

⁶¹⁰ “a) La actuación de un tercero ajeno al ámbito de la organización de la actividad de que se trate e independiente de ella, a pesar de existir medidas de seguridad adecuadas.

b) El cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria dictada por una autoridad pública competente, incluyendo las órdenes dadas en ejecución de un contrato a que se refiere la legislación de contratos de las Administraciones Públicas”.

reparación de los daños ocasionados siendo atribuidos al tercero causante de los mismo.

En tal caso, la carga de la prueba recae sobre el operador, quien tiene que probar que los daños medioambientales se produjeron como consecuencia de la actuación de un tercero. Se trata, pues, de un caso claro de quebrantamiento del nexo causal entre el operador y el daño originado debido a la intervención de un tercero, motivo por el cual no se le debe exigir a aquél la responsabilidad del daño. A pesar de ello, no se le exime al operador de adoptar las medidas previstas en el art. 14-3 de la LRM.

“Cuando concurran las circunstancias previstas en los apartados 1 y 2, el operador estará obligado, en todo caso, a adoptar y a ejecutar las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños medioambientales. Los costes en los que hubiera incurrido se recuperarán en los términos previstos en el artículo 15”.

En este supuesto, el operador, para recuperar los costes ocasionados en un daño medioambiental por la actuación de un tercero tendrá que ejercitar las acciones de repetición contra éste de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 del art. 16 LRM, mediante la legislación civil aplicable. Como ya anteriormente hemos dicho, se trata de un claro ejemplo de rotura del nexo causal por un tercero, ya que es la actuación de éste la que origina el daño medioambiental. sin embargo, tiene consecuencias para el operador. La Prof^a. CASADO CASADO⁶¹¹. “La intervención de un tercero constituye un supuesto clásico de exoneración de responsabilidad, habida cuenta que rompe el nexo causal y por eso no hay responsabilidad”. Sin embargo, al operador, aún no existiendo responsabilidad por su parte, éste tiene la obligación de adoptar las medidas de prevención, evitación y reparación tal como establece el art. 9-1 de la LRM, los costes que se hayan originado podrán ser recuperarlos por el operador tal como anteriormente hemos dicho.

⁶¹¹ CASADO CASADO, L...: Comentarios a la Ley de Responsabilidad ..., cit. pág. 263.

En el segundo supuesto, -letra b) del apartado 1 del art. 14 de la LRM “cuando el operador cumple con exactitud los requisitos de una instrucción obligatoria exigida por la autoridad competente”⁶¹²-, se produce igualmente la ruptura del nexo causal. En este caso, será responsable el organismo de la Administración Pública que ha cursado la orden con arreglo al art. 32 y ss, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público -en adelante LRJSP-, salvo en los casos en los que la orden o la instrucción obligatoria se hayan dictado para hacer frente a una emisión o a un incidente previamente generado por la propia actividad del operador.

En el supuesto de que fuese la propia Administración la que despachara dicha orden para hacer frente a algún incidente generado por la actividad del operador, será éste quien deba proceder a su reclamación para la recuperación del coste ocasionado, demandando a la Administración a cuyo servicio esté la autoridad pública que ha emitido las instrucciones que ocasionaron el deterioro ambiental, incoando el correspondiente expediente administrativo de Responsabilidad patrimonial, con arreglo al procedimiento instituido a tal efecto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁶¹³.

En resumen, en ambos casos los operadores deberán asumir inicialmente los costes originados por adoptar tales medidas, claro está, sin perjuicio de que posteriormente éstos, podrán recuperarlos siempre que demuestren que dichos

⁶¹² Dicho apartado sigue las indicaciones del Dictamen del Consejo de Estado celebrado el 22 de febrero de 2007, cuyo núm. de expediente es el 1627/2006, referido al anteproyecto de Ley de Responsabilidad -Disposición derogada-. aconseja que el citado apartado quedase redactado del modo siguiente Medioambiental, en el que se hace referencia al art. 14-1 b). En base a lo dispuesto en el art. 97-2 del RDL 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de las Administraciones Públicas: "*El cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria dictada por una autoridad pública, incluyendo las órdenes dadas en ejecución de un contrato a que se refiere la legislación de contratos de las Administraciones Públicas*". Fuente Agencia Estatal BOE, documento CE-D-2006-2627. <https://www.boe.es>.

⁶¹³ Vid. art. 66 y ss.

daños se produjeron por las causas establecidas en las letras del apartado primero del artículo anteriormente citado.

En los supuestos citados en las letras a) y b) del apartado 2 del art.14 de la LRM, el operador no tendrá la obligación de sufragar los costes de las medidas por él adoptadas para la reparación de los daños medioambientales, cuando demuestre que no ha incurrido en culpa ni dolo, y concurren algunas de las circunstancias citadas en las letras siguientes:

-En la letra 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 III. [...]”*. Estimamos que dicho precepto es lo suficientemente claro, puesto que las circunstancias descritas en dicho apartado, son en efecto las precisas para que consideremos acertada la norma al excluir de responsabilidad al operador, ya que éste se ha ajustado estrictamente a las condiciones de desarrollo de la actividad que le ha impuesto la Administración en el momento en que el daño medioambiental se produjo, -v.gr.: piénsese en un vertido de aguas residuales que cuenta con la autorización administrativa pertinente-, otorgada de conformidad con la normativa aplicable a las actividades incluidas en el anexo III de la prevención y reparación para evitar el daño⁶¹⁴.

- Respecto a la letra b) *“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 medio ambiente con arreglo al estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en aquel momento”*. El contenido de este apartado alude solamente al estado de los conocimientos

⁶¹⁴ Vid. art. 14-3 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.

científicos y técnicos existentes en ese momento y no a la conducta culposa o negligente del operador. Por tal motivo estimamos acertada la decisión del legislador de no sancionar en este caso al operador por algo que en el momento de originarse el daño no tenía conocimiento del perjuicio que podía ocasionar al medio ambiente. Por ello dicho operador no estará obligado a sufragar el coste imputable a las medidas reparadoras, ahora bien, sí tendrá que demostrar que por su parte no ha existido culpa, dolo o negligencia y que el daño que se ha causado al medio ambiente fue debido a la utilización de un producto que en ese momento no estaba considerado por parte de la ciencia como perjudicial para dicho medio. La probabilidad de que sea admitida esta posible eximente está contemplada en el art. 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

“Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Nos encontramos con los denominados “riesgos de desarrollo”, que han sido tratados especialmente en materia de responsabilidad por productos defectuosos. El Prof. DÍEZ-PICAZO nos dice al respecto. “Todo proceso de fabricación presupone un determinado nivel de conocimientos científicos y técnicos. Este nivel de conocimientos impone que el carácter defectuoso del producto pueda ser reconocido por su fabricante, pero es cierto también que cualquier limitación de responsabilidad por esta causa puede reducir o excluir la indemnización del daño”⁶¹⁵.

⁶¹⁵ Vid. DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...*, cit. pág.482.

El 15-2 de la LRM dispone “*En los supuestos previstos en el artículo 14.2, el operador tendrá derecho a recuperar los costes imputables a las medidas de reparación de daños medioambientales en los términos establecidos en la normativa autonómica, salvo lo dispuesto en el artículo 34*”.

El operador en estos casos podrá recuperar los costes ocasionados por la reparación del bien natural afectado acudiendo al Fondo estatal de recuperación de daños medioambientales -art. 34 LRM-.

Como se observa en apartado 2 del art. 15 de la LRM, únicamente hace mención a la reparación excluyendo cualquier reclamación económica por las medidas adoptadas -prevención y evitación- por el operador. Estimamos que éstos costes serán igualmente soportados por el Fondo estatal, en base a lo preceptuado en el último párrafo del art. 34 LRM⁶¹⁶

En nuestra opinión, entendemos que lo que pretende la Ley con tales medidas es que el daño causado se repare garantizándose con ello la protección del medio ambiente, ya que los derechos del operador quedan cubiertos con el ejercicio de las acciones de regreso de la LRM o de cualquier otra norma legal, contra el causante del siniestro. Si bien es verdad que, el ejercicio de estas, no será efectivo cuando se desconozca la identidad del tercero o éste resulte insolvente.

14. ÁMBITO TEMPORAL DE LA LRM

Una de las singularidades que presenta la LRM a la hora de su aplicación son sus efectos retroactivos originados por la aplicación de su ámbito temporal, y más cuando se trata de daños históricos o daños crónicos, que como afirma la

⁶¹⁶ “*En tales supuestos, el ámbito de cobertura de dicho Fondo podrá ampliarse a otros daños medioambientales, en los términos que prevean los referidos instrumentos de colaboración*”.

Prof^a ZUBIRI DE SALINAS “sus efectos perduran a lo largo del tiempo”⁶¹⁷. Se trata de un tipo de daños cuyos efectos se manifiestan después de transcurrido un amplio periodo de tiempo entre el momento en que se produce y la manifestación de sus efectos. Ello ocasiona un problema a la hora de imputar la responsabilidad al verdadero causante o causantes del mismo, lo que conlleva para el Estado un perjuicio económico y medioambiental, puesto que en la mayoría de las ocasiones asume su reparación, y en consecuencia su coste repercute en el contribuyente, por ser éste quien en definitiva sufragará el mismo a través de los impuestos.

Debemos tener presente que la problemática que nos ocupa procede del ámbito temporal de la aplicación de la LRM, ya que ésta establece efectos y periodos temporales en su aplicación. Según lo dispuesto en el art. 19-1 de la DRM⁶¹⁸, instaura un plazo de incorporación de esta al Derecho interno de los EM, situándolo como máximo el 30 de abril de 2007.

España se retrasó en incorporarla a nuestro Derecho positivo, dado que la LRM fue publicada el 24 de octubre de 2007⁶¹⁹, con entrada en vigor el 25/10/2007, de lo que se deduce que hay un margen temporal de seis meses -30 de abril de 2007 a 24 de octubre de 2007- de no aplicación de la Ley. El legislador español para evitar la exigencia de responsabilidad por parte de la Comunidad Europea por la falta de transposición de la Directiva a la fecha prevista en la misma estableció el mecanismo legal respecto a la retroactividad de la Ley en el apartado 2 de la Disposición transitoria única de la LRM, que contempla una serie de excepciones y amplía sus efectos de retroactividad al 30 de abril de 2007. Bien es verdad, que en su Disposición final sexta lo matiza y establece que la LRM entrará en vigor al día siguiente de su publicación, con la salvedad de que sus

⁶¹⁷ ZUBIRI DE SALINAS, M: *Seguro de responsabilidad civil...*, cit. Pág. 183.

⁶¹⁸ “Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 30 de abril de 2007. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión”.

⁶¹⁹ En el BOE núm. 255 de 24/10/2007.

efectos se retrotraen al 30 de abril del mismo año de su publicación, salvo lo dispuesto en los capítulos IV y V de la LRM. El primero referido a las garantías financieras, que no serían obligatorias antes del 30 de abril de 2010, tal como especifica la disposición final cuarta⁶²⁰, y el capítulo V relativo a las infracciones y sanciones.

El legislador español estableció la caducidad de la responsabilidad y delimitó el ámbito temporal de la LRM, en su art. 4 que se expresa de la siguiente manera:

“Esta ley 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.

El plazo se computará desde el día en el que haya terminado por completo o se haya producido por última vez la emisión, el suceso o el incidente causante del daño”.

El citado precepto alude al tiempo límite en el que pueden ejercitarse las acciones oportunas, situándolo en el momento en que tuvo lugar el suceso y el día en que haya terminado el mismo. En realidad, lo que sí está estableciendo es el límite temporal de las acciones que puedan emprenderse contra el responsable del daño medioambiental y situando el “*dies a quo*” en “*el día en el que haya terminado por completo o se haya producido por última vez la emisión, el suceso o el incidente causante del daño*”.

En resumen, que la responsabilidad medioambiental regulada en la LRM, abarca desde el 30 de abril de 2007, aun cuando la Ley entrara en vigor el 25 de octubre del mismo año. Es importante señalar que el plazo establecido en la Ley para los daños históricos da opción a computarse de dos maneras distintas: “*desde*

⁶²⁰ “Las órdenes ministeriales a las que se refiere el apartado anterior se aprobarán a partir del 30 de abril de 2010 y en su elaboración se tomará en consideración el informe de la Comisión Europea al que se refiere el artículo 14.2 de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, así como la capacidad de los mercados financieros para disponer de una oferta de garantías completa y generalizada a precios razonables”.

el día en que haya terminado por completo o se haya producido por última vez la emisión” causante del daño. El legislador eligió para el inicio del cómputo del tiempo de caducidad las dos fórmulas citadas, pudiendo aplicarse uno u otra en función de los intereses del sujeto responsable.

Estimamos que para no incurrir en contradicciones con la aplicación de los plazos y favorecer la aplicación de la LRM, debería figurar sólo la expresión *“desde el día en que haya terminado por completo”*, puesto que no hay necesidad de utilizar las dos fórmulas, ya que una vez terminado por completo ya no puede acarrear más consecuencias negativas para el medio ambiente.

A pesar de la regla general de la caducidad, la Disposición transitoria única contempla una serie de excepciones para algunos daños medioambientales anteriores a la entrada en vigor a los cuales no se le aplicará la LRM, citando los siguientes:

“a) Los causados por una emisión, un suceso o un incidente producido antes del 30 de abril de 2007.

b) Los causados por una emisión, un suceso o un incidente que se haya producido después del 30 de abril de 2007, cuando éstos se deriven de una actividad específica realizada y concluida antes de dicha fecha”.

El apartado 2 de la misma Disposición transitoria única, permite exigir los requisitos de reparación de daños ocasionados al medio ambiente, siempre que se hallen excluidos del apartado anterior, y que se den los requisitos que se exigen en el apartado dos que a continuación transcribimos:

Apartado 2 “La irretroactividad de esta ley en los términos descritos en el apartado anterior no impedirá que se adopte cualquiera de las siguientes medidas:

a) Que se exija responsabilidad conforme a otras normas que resulten de aplicación.

b) Que se impongan medidas de prevención o de evitación de nuevos daños conforme a lo dispuesto en la misma.

c) Que se obligue a la reparación respecto a la parte de los daños no excluidos en el apartado 1”.

Estas restricciones provienen del art. 17 de la Directiva⁶²¹. En dicho artículo señala que quedan excluidos de la aplicación de esta Directiva los daños medioambientales que se hayan producido antes de la fecha indicada en el art. 19-1, es decir, el 30 de abril de 2007.

Como se observa, el plazo expresamente establecido en el art. 4 de la LRM es mucho más amplio al que se impone en otras leyes reguladoras de la responsabilidad.⁶²² Estimamos que lo que ha pretendido el legislador español con esta medida de optar por la retroactividad de la Ley, es añadir una medida más protectora para el medio ambiente, en concreto para los daños denominados “históricos”, y darle así mayor efectividad a la Ley.

No debemos olvidar que el régimen establecido en la LRM se aplicará sin perjuicio de que existan otros regímenes más exigentes (art. 6-3. LRM)⁶²³.

En la misma línea se expresa el apartado 2 de la Disposición transitoria única al establecer “*La irretroactividad de esta Ley en los términos descritos en el apartado anterior no impedirá que se adopte cualquiera de las siguientes medidas*”⁶²⁴. Apartado que debe ser relacionado con el art. 3 de la LRM, que se refiere al ámbito de aplicación.

En definitiva, quien fija el día a partir del cual se establecen los efectos de la LRM es su Disposición transitoria única, cuyas razones provienen del Derecho comunitario y, como ya ha quedado dicho, en referencia a los daños histórico o

⁶²¹ Párrafo primero” *los daños causados por una emisión, suceso o incidente que se hayan producido antes de la fecha indicada en el apartado 1 del artículo 19*”.

⁶²² Entre otras citamos: el art. 1964-2 del CC⁶²². Debemos advertir que el citado artículo fue modificado por la Ley 42/2015 de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en el sentido de que las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los 5 años sustituyendo a la anterior previsión que era de 15.

⁶²³ “*Si por aplicación de otras leyes se hubiera conseguido la prevención, la evitación y la reparación de daños medioambientales a costa del responsable, no será necesario tramitar las actuaciones previstas en esta ley*”.

⁶²⁴ “*a) Que se exija responsabilidad conforme a otras normas que resulten de aplicación. b) Que se impongan medidas de prevención o de evitación de nuevos daños conforme a lo dispuesto en la misma. c) Que se obligue a la reparación respecto a la parte de los daños no excluidos en el apartado 1*”.

crónicos que por sus características es difícil determinar quién es el verdadero causante del daño.

15. ÁMBITO GEOGRÁFICO DE LA APLICACIÓN

En referencia a la responsabilidad medioambiental de empresas nacionales en el exterior, debemos distinguir dos situaciones diferentes según el país donde se produce el daño, Una, que las mismas estén ubicadas en Estados que no formen parte de la UE, y otra que lo estén en Estados que pertenezcan a la Unión.

A) Disposición Adicional Decimotercera de la LRM

Se refiere a la responsabilidad medioambiental de los operadores españoles que realicen actividades económicas y profesionales tipificadas en la LRM fuera de las fronteras de la UE, y que las mismas sean susceptibles de originar graves daños al medio ambiente.

De acuerdo con su apartado 1º de la mencionada Disposición adicional decimotercera de la LRM⁶²⁵, se obliga a los operadores a prevenir, evitar y reparar los daños ambientales que originen en aplicación de las normas internacionales, acuerdos y convenios suscritos por España en esta materia, con el propósito de hacer frente a las complejas condiciones de riesgos suscitadas por el deterioro ambiental y, así tratar de evitar que los graves desastres y otros que puedan surgir

⁶²⁵ “ Los operadores que realicen actividades económicas o profesionales reguladas en esta Ley en Estados que no formen parte de la Unión Europea estarán obligados a prevenir, evitar y reparar los daños medioambientales en aplicación de lo establecido en los acuerdos, principios, objetivos y normas internacionales que, en esta materia, España suscriba, pudiendo resultar de aplicación, en virtud de los mismos, cuantas medidas de prevención, evitación y reparación de daños que se regulan en esta Ley, con el alcance y finalidad en ella prevista”.

se repitan. Entre los Convenios internacionales más importantes en esta materia citaremos:

-El Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, de 1981. Su objetivo era lograr un tratado general para hacer frente al agotamiento de dicha capa. Fueron veinte naciones las que lo firmaron en Viena en 1985, las cuales convinieron en adoptar *"medidas apropiadas para proteger la salud humana y el medio ambiente contra los efectos adversos resultantes o que puedan resultar de las actividades humanas que modifiquen o puedan modificar la capa de ozono;"* sin especificar cuáles eran dichas medidas.

-Convenio de Basilea sobre control de movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, llevado a cabo en Basilea el 22 de marzo de 1989.

-Convenio de Ginebra de 10 de octubre de 1989 sobre responsabilidad civil por daños causados con ocasión del transporte interior de mercancías peligrosas por carretera, -Documento CEE / ONU TRANS / 79-, en él se establece un sistema de seguro obligatorio.

-Convenio de Barcelona para la protección del medio ambiente marítimo y de la región costera del Mediterráneo de 10 de junio de 1995, cuyo fin principal es reducir la contaminación del mar Mediterráneo y mejorar su entorno para contribuir a un desarrollo sostenible. Fue ratificado por España el 17 de febrero de 1999 y entró en vigor el 9 de julio 2004.

Con respecto a su apartado 2^o⁶²⁶ de la Disposición adicional decimotercera de la LRM, referido a los operadores que incumplan las obligaciones establecidas

⁶²⁶ *"Los operadores que incumplan las obligaciones previstas en el apartado anterior y que sean beneficiarios de instrumentos públicos de apoyo a la inversión española en el exterior estarán obligados a la devolución de todas las ayudas públicas de apoyo a la inversión en el exterior recibidas para el desarrollo de la actividad origen del daño medioambiental y no podrán recibir ayudas similares durante*

en el apartado 1º, en el supuesto de que éstos se hayan beneficiado de instrumentos públicos de apoyo a la inversión española en el exterior para el desarrollo de la actividad que ha provocado el daño medio ambiental, se determina que serán obligados a la devolución de los mismos y no podrán recibir ayudas similares durante un periodo de dos años.

La misma Disposición determina en su apartado 3º *“Lo dispuesto en los apartados anteriores no eximirá del cumplimiento de cualquier otra obligación legal existente en el Estado en el que se realice la actividad causa del daño medioambiental”*.

B) Aplicación de la norma en países pertenecientes a la UE

El Reglamento -CE- núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales -Roma II-, ha supuesto la unificación de las normas en conflicto en el conjunto de las obligaciones extracontractuales en la totalidad de los Estados miembros de la UE, a excepción de Dinamarca que seguirá aplicando sus normas cuando ante los tribunales del citado Estado se planteen litigios sobre dicha materia.

Con la entrada en vigor del Reglamento, se ha conseguido un considerable avance para determinar cuál es la ley aplicable en los conflictos de obligaciones extracontractuales internacionales en la casi totalidad del espacio comunitario, en los casos donde exista conflicto de competencia de leyes en esta materia y esté comprendida dentro del ámbito material del Reglamento. El mismo tiene carácter universal -art. 3 del Reglamento *“La ley designada por el presente Reglamento se aplicará, aunque no sea la de un Estado miembro.”*-. Por ello no afectará a la

un período de dos años, además de la sanción de que puedan ser objeto en virtud de la aplicación de los acuerdos suscritos por España a los que se hace referencia en el apartado anterior”.

aplicación de los convenios internacionales que regulen materia de obligaciones y donde sea parte un Estado de la UE.

Debemos advertir que, de acuerdo con lo establecido en su art. 1-1⁶²⁷ el ámbito de aplicación se limita a situaciones que sean susceptibles de crear un conflicto de leyes. Es decir, que se utiliza sólo en los supuestos que se vean implicados varios sistemas jurídicos.

En lo que respecta a España, antes de la entrada en vigor del Reglamento europeo -Roma II-,⁶²⁸ en los conflictos internacionales de obligaciones extracontractuales de responsabilidad civil por daños al medio ambiente, los Tribunales españoles acudían al art. 10-9⁶²⁹ de nuestro Código Civil que regula la ley aplicable para los conflictos en que no existía una regla legal específica. En la actualidad, sólo será aplicable en los casos no incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento citado, de lo que se deduce que el Código civil se aplica de forma residual.

Con respecto al daño medioambiental y a las obligaciones extracontractuales el Reglamento contiene una regla específica referida al medioambiente su art. 7 que establece lo siguiente:

“La ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de un daño medioambiental o de un daño sufrido por personas o bienes como consecuencia de dicho daño, será la ley determinada en virtud del artículo 4, apartado 1, a menos que la persona que reclama el resarcimiento de los

⁶²⁷ “El presente Reglamento se aplicará a las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil, en las situaciones que comportan un conflicto de leyes. No se aplicará, en particular, a las materias fiscales, aduaneras y administrativas ni a los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad”.

⁶²⁸ De conformidad con lo previsto en su art. 32 entra en vigor el 11-1-2009, fecha que debemos tener presente para considerar si el supuesto de que se trate está o no incluido en el ámbito de aplicación del Tratado -art. 31 Roma II. “El presente Reglamento se aplicará a los hechos generadores de daño que se produzcan después de su entrada en vigor”-. Será el día que se haya producido el daño y no el de la manifestación de sus efectos.

⁶²⁹ Nos dice: “Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven. La gestión de negocios se regulará por la ley del lugar donde el gestor realice la principal actividad. En el enriquecimiento sin causa se aplicará la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial en favor del enriquecido”.

daños elija basar sus pretensiones en la ley del país en el cual se produjo el hecho generador del daño”.

Estimamos que la medida que aporta el precepto beneficia al perjudicado. Aunque en principio establece que se aplicará la ley del Estado donde se producen los efectos del daño, sin embargo, en virtud del art. 4-3⁶³⁰ del Reglamento -CE- n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, al damnificado se le brinda la posibilidad de ser él que elija la ley del Estado que crea más beneficiosa para sus intereses.

Debemos significar que la norma aludida está así mismo mencionada en el Considerando núm. 25 del Reglamento Roma II⁶³¹.

La previsión de la norma es que se aplique el criterio general contenido en el art. 4 del Reglamento, precepto consta de tres apartados:

-El primero fija la aplicación de la ley donde se ha producido el daño⁶³² y dispone:

“Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión”.

⁶³⁰ “Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión”.

⁶³¹ “En cuanto a los daños medioambientales, el artículo 174 del Tratado, que contempla un elevado nivel de protección, basado en los principios de cautela y acción preventiva, en el principio de corrección en la fuente misma y en el principio de “quien contamina paga”, justifica plenamente el recurso al principio de favorecer a la víctima. La cuestión de cuándo la persona que reclama el resarcimiento de los daños podrá elegir el Derecho aplicable debe determinarse de conformidad con la legislación del Estado miembro en que se somete el asunto al órgano jurisdiccional”.

⁶³² El art. 2 del Reglamento distingue entre el hecho generador del daño y el lugar donde se produce el mismo. Es decir, donde se notan sus efectos, vid. el art. 2-1 “A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por «daños» todas las consecuencias resultantes de un hecho dañoso, el enriquecimiento injusto, la gestión de negocios o la culpa in contrahendo”.

-En cuanto al segundo apartado introduce una norma con tratamiento diferenciado para el supuesto en que las partes tengan su residencia habitual⁶³³ en el mismo país.

“No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley de dicho país”.

Referente al tercer apartado, éste trata de dar preferencia a las reglas de otro país, basada en criterios de vínculos más estrechos⁶³⁴. Se aplicará cuando se trate de una relación preexistente entre las partes -v. gr. Un contrato que esté vinculado al daño que se ocasionó como podría ser un contrato de seguro-, en cuyo caso ha de ser aplicado el ordenamiento de dicho Estado, de forma excepcional. De tal forma que abre la posibilidad de aplicar una ley distinta de las establecidas en sus apartados 1 y 2, siempre que se tenga un vínculo “manifiestamente” estrecho.

“Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión”.

Del análisis de estos preceptos, se desprenden dos puntos importantes para tener en cuenta:

Primero, referido a la ley aplicable en los supuestos de un daño medioambiental y que como consecuencia del mismo hayan sido gravemente

⁶³³ A efectos del Reglamento se considera residencia oficial según su art. 23-1 “A efectos del presente Reglamento, la residencia habitual de una sociedad, asociación o persona jurídica será el lugar de su administración central”. Es cierto que puede darse una situación complicada cuando existan más sujetos y no todos tengan la residencia habitual común en el mismo Estado, de forma que serán aplicables distintos ordenamientos jurídicos con posibles resultados materiales diferentes.

⁶³⁴ El criterio de los vínculos más estrechos ha de ser aplicado de forma excepcional si se tiene en cuenta la redacción del precepto en el que se incluye el adverbio manifiestamente más estrecho.

perjudicados bienes y personas. En tal caso, la ley a aplicar será la del país donde se hayan manifestado sus efectos lesivos y no donde se ha originado.

En segundo lugar, brinda al sujeto perjudicado⁶³⁵ la posibilidad de poder acogerse a la normativa legal del país donde se ha generado el daño. Por tanto, se le da la opción de elegir la ley aplicable para los daños medio ambientales que sea más rigurosa para el operador culpable y, en consecuencia, más favorable para los intereses del primero.

Encontramos acertadas las medidas de cooperación impuestas por la LRM entre los Estados pertenecientes o no a la Unión, que realicen sus actividades económicas o profesionales dentro y fuera de la UE para alcanzar un nivel de protección ambiental elevado, la conservación y mejora de la calidad del mismo y la protección de la salud de las personas. Para ello, sería necesario que, en el marco de sus competencias, tanto la UE como sus Estados miembros cooperaran con terceros países y las organizaciones internacionales competentes en materia medioambiental. Ya en la Declaración de Río, en su principio 19, se apuntaba la necesidad de establecer una buena comunicación entre los Estados que resulten afectados por tener considerables efectos medioambientales adversos.

16. EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD

A) Obligaciones para la defensa y reparación del medio ambiente por parte de los poderes públicos

Las obligaciones para la defensa y reparación del medioambiente por parte de los poderes públicos están recogidas en la mayoría de las constituciones de los

⁶³⁵ Vid. art. 7 del Reglamento CE núm. 864/2007, citado anteriormente.

Estados desarrollados⁶³⁶. En España la intervención de los poderes públicos en los recursos naturales para conservarlos, restaurarlos y defenderlos, son facultades que la Constitución establece en su art. 45-2, para que todos podamos disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona. Ello implica la potestad de los poderes públicos de intervenir en defensa y restauración de los recursos naturales, y conseguir así los objetivos de calidad de vida y de un ambiente adecuado.

Los efectos que un daño ambiental origina son diversos. Una vez producidos los mismos, el operador causante está obligado a ejecutar las medidas de prevención, evitación y reparación de este daño. El art. 9-1 LRM determina la obligatoriedad de adoptar y ejecutar dichas obligaciones. Los arts. 9-2 y 17-4 del mismo cuerpo legal recogen otra obligación por parte del operador, consistente en poner, de inmediato, en conocimiento de la autoridad competente la existencia del daño ambiental o amenaza de que se produzca. Con las citadas medidas lo que pretende la LRM es evitar nuevos daños e impedir la expansión de los ya existentes.

Otro de los efectos que origina la responsabilidad por un daño al medio ambiente consiste en que el culpable del mismo sufrague los costes de cualquiera de las medidas que conllevan la prevención, evitación y reparación del daño ambiental.

Cuando la autoridad competente tenga conocimiento de la posible amenaza de un grave daño al medio ambiente, tiene la potestad, si así lo estima conveniente y mediante resolución motivada, de exigirle al operador cualquiera de las siguientes decisiones establecidas en el art. 18 de la LRM:

⁶³⁶ Constitución italiana de 1947, entró en vigor el 1 de enero de 1948. Constitución portuguesa de 1976 -europeas-. Constitución federal estadounidense de 17 de septiembre de 1787. Constitución federal brasileña de 1988.

“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 los artículos 23 y 47”.

Medidas todas ellas encaminadas a evitar que se produzca un daño medioambiental o su expansión, pudiendo generar nuevos daños.

B) Delimitación de la responsabilidad. Procedimiento de exigencia de responsabilidad medioambiental

La DRM en su art. 11 determina que sean los Estados miembros de la Unión Europea los que designen la autoridad competente para desempeñar los cometidos previstos en esta Directiva, respetando así el principio de autonomía institucional de cada Estado.

El legislador español, cumpliendo el requisito que le impone la DRM, adopta la decisión de establecer un procedimiento exclusivamente administrativo para regular esta materia, quedando así reflejado en el Preámbulo VI de la LRM.

“Las solicitudes que formulen estos interesados deberán adecuarse a lo dispuesto en esta ley y darán lugar a la apertura del procedimiento administrativo de exigencia de responsabilidad medioambiental. Dicho procedimiento habrá de ser debidamente regulado por cada Administración pública y deberá respetar en todo caso las garantías fijadas por la directiva comunitaria”.

Debemos advertir que el procedimiento de exigencia de responsabilidad, una vez que el daño se ha producido, difiere en algunos aspectos del procedimiento seguido por amenazas de daños. El primero consiste en la reparación del daño evitando que el motivo por el cual se originó vuelva a repetirse. El segundo supuesto se fundamenta en tomar las medidas adecuadas de prevención y evitación con el fin de impedir nuevos daños o que el ya existente se expanda.

C) Medidas preventivas y de evitación

Se trata de medidas cautelares que la LRM impone a todo operador al iniciar una actividad económica o profesional. Son las de prevención y de evitación en los daños medioambientales, siendo de especial importancia para la protección del medio ambiente, y caracterizándose por su inmediatez. La LRM las define en su art. 2-14⁶³⁷ y 2-15⁶³⁸. La DRM define las preventivas en su art. 2-10.

Las obligaciones que el operador debe ejecutar, ante la amenaza de un daño al medio ambiente o cuando éste ya se ha producido, están señaladas en el art. 17 de la LRM, sean originados o no por actividades enumeradas en el anexo III de la LRM, e incluso, cuando en la actuación del operador no haya existido dolo, culpa o negligencia. Para que las mismas se ejecuten de forma correcta, la Administración tiene el deber de velar por su cumplimiento, potestad recogida en

⁶³⁷ «Medida preventiva» o «medida de prevención»: Aquélla adoptada como respuesta a un suceso, a un acto o a una omisión que haya supuesto una amenaza inminente de daño medioambiental, con objeto de impedir su producción o reducir al máximo dicho daño.

⁶³⁸ «Medida de evitación de nuevos daños»: aquélla que, ya producido un daño medioambiental, tenga por finalidad limitar o impedir mayores daños medioambientales, controlando, conteniendo o eliminando los factores que han originado el daño, o haciendo frente a ellos de cualquier otra manera”.

el art. 18 de la LRM y derivada del art. 5-3 b)⁶³⁹ de la DRM, y podrá en cualquier momento exigir al operador que adopte las medidas preventivas necesarias.

Finalmente debemos precisar que la Ley 11/2014, de 3 de julio, por la que se modifica la LRM, introdujo un nuevo art. 17 bis sobre el fomento de medidas de prevención y evitación de daños medioambientales, determinando que sean las autoridades competentes las que adopten medidas para impulsar de forma voluntaria la realización de los análisis de riesgos medioambientales. Con ello se pretende ampliar la protección del medio ambiente, así como reforzar los aspectos preventivos de la LRM.

Como ya apuntábamos anteriormente en el epígrafe “evolución y valoración del riesgo ambiental”, la elaboración del análisis de riesgo por parte del operador le supone a éste, un coste económico considerable, por el contrario, le ofrece ventajas como, permite gestionar mejor los riesgos que su actividad para con dicho medio, redundando en la posibilidad de reducir su responsabilidad y al mismo tiempo, resulta de interés para la empresa aseguradora, puesto que le permite conocer con mayor exactitud el alcance del riesgo que pretende asegurar.

Se trata de una importante medida con el propósito de lograr una adecuada gestión de los mismos y evitar que se ocasionen daños graves al medio ambiente.

a) Las medidas adoptadas por el operador

La LRM obliga al operador cuando se produzca un daño o haya amenaza inmediata de producirse, sea ocasionado por actividades comprendidas o no en el anexo III de la Ley, a la adopción -sin demora y sin requerimiento o acto

⁶³⁹ “Exigir al operador que adopte las medidas preventivas necesarias”.

administrativo- de las medidas de prevención y de evitación apropiadas para impedir que éste u otros daños se produzcan.

Las medidas preventivas son de obligado cumplimiento por todos los operadores estén o no incluidos en el Anexo III, sin necesidad de que intervenga la Administración. Tienen la finalidad de evitar que se produzca un daño al medio ambiente y que se pongan todas las medidas adecuadas por parte del operador para que así no suceda, cumpliendo de este modo el principio de prevención recogido en el art. 1 de la LRM.

El incumplimiento de dichas medidas será calificado como infracción muy grave -art. 37-2 a)- y sancionado con arreglo al art. 38-1 a) ambos de la LRM.

El art.17-4 de la LRM prevé la obligación por parte del operador de notificar de inmediato el siniestro a la autoridad competente, la situación real del daño y su evolución. Lo que pretende el legislador es proporcionar rapidez en la actuación para evitar daños al medio ambiente.

Las medidas de evitación son igualmente obligatorias para el operador de cualquier actividad económica o profesional. Estas se adoptan después de producirse el daño, están definidas en el art. 2-15 de la LRM⁶⁴⁰, y están enfocadas a evitar que ese daño producido se expanda u origine nuevos daños, y a menguar los efectos del ya causado. Se caracterizan por su inmediatez para la evitación de esos posibles daños.

En el anexo II punto 1-3 de la LRM se establecen una serie de criterios para la elección de las medidas más adecuadas para garantizar la reparación de un daño al medio ambiente. A pesar de que son medidas diseñadas para la reparación de daños medioambientales, consideramos que son igualmente válidas y aplicables

⁶⁴⁰ “Medida de evitación de nuevos daños”: *“Aquella que, ya producido un daño medioambiental, tenga por finalidad limitar o impedir mayores daños medioambientales, controlando, conteniendo o eliminando los factores que han originado el daño, o haciendo frente a ellos de cualquier otra manera”*.

a las medidas de prevención y evitación, ya que en dichos criterios podemos encontrar algunos que nos permiten valorar cuáles son las medidas a adoptar para prevenir o evitar nuevos daños.

b) Medidas de prevención y evitación adoptadas por la Administración

La Administración en estos supuestos dispone de una serie de facultades en materia de evitación y prevención de daños medioambientales, las cuales están previstas en el art. 18 de la LRM.

Las medidas urgentes de prevención y de evitación son medidas de carácter facultativo⁶⁴¹ que la autoridad competente podrá ejercer cuando estime que el operador incumple con las obligaciones que la Ley le impone⁶⁴². El art. 23 de la LRM desarrolla dicha facultad de la Administración, estableciendo que la autoridad competente podrá adoptar las previstas en las letras a) a e) del apartado 1 del citado artículo que se transcriben a continuación:

a) Que no se haya podido identificar al operador responsable y no quepa esperar a ello sin peligro de que se produzcan daños medioambientales.

b) Que 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.

c) Que se requieran estudios, conocimientos o medios técnicos que así lo aconsejen.

d) Que sean necesarias actuaciones en bienes de las Administraciones públicas o en los de propiedad privada de terceros que hagan difícil o inconveniente su realización por el operador responsable.

⁶⁴¹ Este tipo de medidas está recogido en el apartado 3 del art. 5 de la DRM.

⁶⁴² Sobre el particular debemos tener presente lo dispuesto en el art. 45-2 de la CE. “Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.

e) *Que la gravedad y la trascendencia del daño así lo exijan.*

Una vez desaparecida la circunstancia de urgencia, la autoridad competente podrá, previo procedimiento de responsabilidad, fijar los costes ocasionados por las medidas ejecutadas y recuperarlos.

Además, como ya hemos citado, la Administración podrá proceder a la ejecución forzosa en el supuesto de que el operador no haya cumplido con las medidas que la administración le haya impuesto mediante resolución administrativa -art. 47-1 de la LRM.

En caso de incumplimiento por parte del operador u operadores de las medidas de prevención y evitación que la autoridad competente les hubiera impuesto, ésta deberá dictar una resolución motivada requiriendo su cumplimiento. De no cumplirse, la autoridad competente, en base al art. 47-1⁶⁴³ de la LRM, podrá habilitar la vía de ejecución forzosa previo apercibimiento a los interesados. La autoridad competente en estos casos podrá, en base al apartado 3 del art 47 de la LRM, imponer multas coercitivas hasta un máximo de cinco, cada una de ellas por un importe máximo del 10% del coste estimado del conjunto de las medidas en ejecución.

D) Las medidas reparadoras

Son las medidas que deben ser adoptadas por el operador una vez producido el daño, sea éste ocasionado o no por actividades profesionales o económicas incluidas en el anexo III de la LRM, sin esperar a que la Administración se las exija mediante requerimiento administrativo. Su finalidad principal es la

⁶⁴³ “En caso de incumplimiento, las resoluciones administrativas que impongan el deber de realizar las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños medioambientales serán objeto de ejecución forzosa, previo apercibimiento. Dicha ejecución podrá ser instada por los interesados”.

reparación del bien dañado o en su caso, si es posible, devolver el medio natural dañado a su estado original y a la obtención de los servicios que venía prestando. Para ello se tendrá que determinar con exactitud cuál fue la causa que lo originó, su ubicación y las medidas necesarias para su reparación o recuperación.

Estas medidas están definidas en el art 2-16 LRM⁶⁴⁴. En su art. 19 establece las obligaciones del operador en materia de reparación, tanto para las actividades económicas o profesionales comprendidas en el anexo III de la Ley, como para las que no lo están.

En su art. 20 se concretan jurídicamente una serie de trámites para la aplicación de las medidas de reparación del daño al medio ambiente. La inmediatez con la que tiene que actuar el operador es fundamental para la reparación o recuperación del bien natural dañado, por lo que no es necesario de un acto administrativo previo de requerimiento por parte de la autoridad competente para obligar a aquél a que lleve a cabo la reparación con la urgencia necesaria para que no se produzcan nuevos daños.

Ello no es óbice para que ésta –la Administración- le obligue a través de un procedimiento de responsabilidad medioambiental que se incoe al respecto, con las medidas reparadoras que se adopten con arreglo a lo que dispone el Capítulo II sección 2ª del R D 2090 /2008, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.

El Anexo II de la Ley establece dos tipos de reparaciones según el carácter del recurso dañado:

⁶⁴⁴ “«Medida reparadora» o «medida de reparación»: 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”.

- Referido a los daños a las aguas, rías, riberas del mar, a las especies silvestres y a sus hábitats. En estos supuestos no cabe la indemnización sino la restitución del bien dañado y devolución a su estado básico.

- Alusivo a los daños ocasionados al suelo. Distinguiéndose dos supuestos a la vez: la reparación del daño ya producido, y la evitación de nuevos daños⁶⁴⁵.

a) Medidas a adoptar por el operador

Una vez que el daño haya sido causado, la LRM le impone al operador una serie de actuaciones establecidas en los arts. 17-2, 19 y 20 de la LRM. Se trata de medidas para reparar el daño y evitar que el mismo se expanda u origine nuevos daños medioambientales.

En el art. 9 de la LRM se recogen una serie de obligaciones por parte del operador que está obligado a ejecutar, entre otras las medidas de prevención, las de evitación y reparación, así como la obligación de informar de inmediato a la Administración cuando se ha producido un daño ambiental o la amenaza de que puede originarse. Con ello se pretende que la Administración esté informada, para que pueda actuar directamente o por mediación del operador proporcionándole las indicaciones necesarias para combatir el daño con la mayor urgencia y eficacia, y adoptar las medidas de reparación que procedan. Estas últimas no se le exigirán al operador no comprendido en el Anexo III de la Ley⁶⁴⁶ cuando demuestre que no ha incurrido en dolo, culpa o negligencia. Por el contrario, sí está obligado a sufragar el total del coste económico originado por la

⁶⁴⁵ Que se analizarán de forma conjunta.

⁶⁴⁶ En su enunciado establece que es necesario “un marco común que habrá de seguirse a fin de elegir las medidas más adecuadas para garantizar la reparación del daño ambiental”.

aplicación de tales medidas cuando resulte culpable de los daños medioambientales originados por su actividad económica o profesional.

El apartado 2 del art. 17 de la LRM describe las obligaciones que el operador debe adoptar cuando el daño medioambiental ya se ha producido.

En tal supuesto, tiene el deber de aplicar las medidas apropiadas de evitación con el objeto de que el daño ya producido no se expanda ni se originen nuevos daños. Para ello no es necesario que reciba notificación previa por parte de la Administración, puesto que el propósito de la Ley es imprimir carácter de inmediatez a las obligaciones que en este sentido le impone al operador con la intención de combatir con eficacia en la protección del medio ambiente, y la posibilidad de hacer efectiva la aplicación del principio de “quien contamina paga”.

Con respecto a las obligaciones establecidas en el art. 19, se instauran dos tipos de deberes de reparación: los daños ocasionados por actividades comprendidas en el anexo III de la Ley y los de las actividades no enumeradas en el citado anexo. En relación con los primeros, los deberes que tendrá que efectuar el operador cuando su actividad está enumerada en el antedicho anexo, determinan la obligación, como ya anteriormente se ha dicho para la prevención, de poner el hecho lo más rápidamente posible en conocimiento de la autoridad competente. Al mismo tiempo procederá a su reparación conforme a la normativa establecida en la LRM, aun no existiendo en su conducta dolo culpa o negligencia -art.19-1 LRM-.

Respecto a las medidas fijadas cuando se trate de daños por actividades no comprendidas en el Anexo III, la Ley obliga también al operador a notificar el hecho a la Administración y a proceder a su reparación siempre que el daño se hubiera originado por su actuación dolosa, culposa o negligente.

Por último, el párrafo segundo del número 2 del art. 19 matiza que los operadores no comprendidos en el anexo III que causasen un daño al medio ambiente, adoptarán las medidas de evitación, y en el supuesto de que mediase culpa, dolo o negligencia en su actuación, solo están obligados a adoptar las medidas reparadoras. Igualmente quedaran obligados a adoptar las medidas de reparación cuando hubieran incumplido las medidas de prevención y evitación. Siendo dicha medida compatible con la correspondiente sanción administrativa que le corresponda por incumplimiento.

El art. 20 contempla una serie de medidas obligatorias para el operador cuando el daño medioambiental ya se ha producido. previniendo una serie de trámites para dar cumplimiento a dicha obligación. Así el art. 20-1, a) de la LRM dispone:

“Adoptará todas aquellas medidas provisionales necesarias para, de forma inmediata, reparar, restaurar o reemplazar los recursos naturales y servicios de recursos naturales dañados, de acuerdo con los criterios previstos en el anexo II, sin perjuicio de los criterios adicionales que con el mismo objetivo establezcan las comunidades autónomas. Asimismo, informará a la autoridad competente de las medidas adoptadas”.

Son las que el operador debe adoptar sin demora y sin necesidad de advertencia, requerimiento o acto administrativo previo. A efectos de las medidas que se contemplan en este precepto, la autoridad competente deberá tener muy en cuenta la naturaleza, la gravedad y el alcance del daño, así como si el mismo tiene posibilidad de recuperación, es decir, devolver el recurso a su estado original.

El operador en primer lugar tendrá que adoptar urgentemente las medidas provisionales necesarias para la reparación del daño, de acuerdo con las medidas adecuadas establecidas en el anexo II de la Ley para la recuperación del bien natural dañado, claro está, sin perjuicio de lo que establezcan para este supuesto

las CC.AA. De esa manera se garantiza el cumplimiento y los objetivos principales de la LRM.

En lo referente a su apartado 3, cuando se hayan producido varios daños medioambientales, y resulte que las medidas reparadoras que se adopten al mismo tiempo no tengan la eficacia esperada, la autoridad competente podrá fijar un orden de prioridades teniendo en cuenta la naturaleza de la gravedad de los daños y la recuperación del recurso natural.

b) Medidas a adoptar por la Administración

En el supuesto de que la Administración tenga conocimiento de un daño medioambiental ya ocurrido, y para una mayor eficacia de la protección de los recursos naturales y de los servicios que éstos prestan, la autoridad competente, podrá acordar y ejecutar las medidas urgentes y necesarias -prevención, evitación y reparación- sin esperar a que medie actuación alguna por parte del operador, atendiendo a las circunstancias citadas en el art. 23 de la LRM, que regula la actuación directa de la Administración cuando un daño ya se ha producido, o bien cuando se ha detectado una amenaza inminente de producirse el daño. En su apartado primero recoge dichas circunstancias, bien es verdad que no tienen carácter específico, lo que nos da a entender que la autoridad competente puede actuar directamente cuando sea aconsejable su intervención, prevaleciendo siempre la protección del medio ambiente conforme a los criterios de eficacia y reparación del daño ambiental.

En un supuesto de extrema gravedad para el medio ambiente ocasionado por un daño medioambiental, la autoridad competente podrá actuar directamente sin tramitar el correspondiente procedimiento que obligue al operador culpable a tomar las medidas de reparación necesarias para reparar dicho deterioro

ambiental- art. 23-2 de la LRM-. Con esta medida, se trata de reparar con prontitud y eficacia los daños que se hayan ocasionado a dicho medio. En este caso la Ley hace prevalecer el principio de protección del medio ambiente, que en definitiva es su principal objetivo.

Con el propósito de hacer efectivo el cumplimiento de los objetivos previstos en la LRM, su art. 21 recoge las potestades administrativas en materia de reparación de daños al medio ambiente, que se otorgan a la Administración para poder exigir al operador que adopte unas medidas determinadas en las siguientes letras del citado artículo:

a) *Exigir al operador que facilite información adicional relativa a los daños producidos.* Tanto el art. 18 a) como el 21 a) de la LRM, ambos habilitan a la Administración para recabar del operador todo tipo de información sobre el daño medioambiental que se vaya a producir como el ya producido.

b) *Adoptar, exigir al operador que adopte o dar instrucciones al operador respecto de todas las medidas de carácter urgente posibles para, de forma inmediata, controlar, contener, eliminar o hacer frente de otra manera a los contaminantes de que se trate y a cualesquiera otros factores perjudiciales para limitar o impedir mayores daños medioambientales y efectos adversos para la salud humana o mayores daños en los servicios.*

c) *Exigir al operador que adopte las medidas reparadoras necesarias de acuerdo con lo previsto en el anexo II.*

d) *Dar al operador instrucciones de obligado cumplimiento sobre las medidas reparadoras que deba adoptar o, en su caso, dejar sin efecto.*

e) *Ejecutar a costa del sujeto responsable las medidas reparadoras cuando concurren las circunstancias previstas en los artículos 23 y 47.*

Por consiguiente, la Administración puede actuar de dos maneras y en dos fases en función de que existan indicios de que el daño se va a producir o de que ya se haya producido:

-En la primera, los artículos citados habilitan a la Administración para exigir al operador causante del daño que le proporcione la información clara y

precisa de la situación y los motivos por los cuales se produjo, para poder poner los medios de reparación y de recuperación necesarios del bien natural dañado.

-La segunda está referida a la adopción de medidas reparadoras, exigiéndole al operador que ejecute las encaminadas a reparar el daño y evitar que nuevos daños se produzcan.

La tercera potestad de la Administración en esta materia está recogida en los arts. 18.d) y 21.c). Consiste en la obligación forzosa de ejecución por parte del operador, siempre que concurren las circunstancias descritas en los arts. 23 y 47 de la LRM.

Otra de las potestades de la autoridad competente reside en que las mismas pueden ser ejecutadas en cualquier momento y mediante resolución motivada - art. 18-1 de la LRM-, con el límite establecido en su art. 4-1 LRM⁶⁴⁷.

Todas las medidas citadas serán adoptadas sin perjuicio de la aplicación del régimen sancionador que corresponda previsto en el art. 22 de la LRM.

E) Procedimiento para exigir la responsabilidad medioambiental

1. La iniciación del procedimiento por daños ambientales ya producidos

La exigencia de responsabilidades una vez ya producido el daño puede iniciarse de dos formas distintas según se establece en el art. 41-1 de la LRM: de oficio o a través de solicitud por parte del operador o por persona interesada.

⁶⁴⁷ “Esta ley 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”

a) De oficio -art.41-1-a)-. Este supuesto se podrá iniciar siguiendo los criterios que establece el precepto:

“De oficio por acuerdo motivado del órgano competente, bien por propia iniciativa, bien como consecuencia de orden superior, bien a petición razonada de otros órganos o bien por medio de denuncia que dé traslado de unos hechos que, a juicio del órgano competente, sean suficientes para acordar el inicio”.

En la iniciación de oficio el órgano competente para la incoación del procedimiento será la “Autoridad competente” de la Comunidad Autónoma⁶⁴⁸ donde el daño se ha causado, como consecuencia de recibir un mandato de instancia superior que ordene el inicio del procedimiento de responsabilidad – art. 21 de la LPC-. También se puede iniciar el procedimiento por denuncia contra un operador en concreto o varios responsables de un daño al medio ambiente o persona interesada -art. 41. LRM-.

Conviene poner de manifiesto que, si bien las competencias en algunas materias de la LRM son en exclusiva del Estado - v.gr. legislación de aguas y de costas por ser éstas de titularidad estatal-, otras por el contrario son de las CC.AA, tales como las que determina el art. 7-1 LRM, consistentes en el desarrollo y la ejecución de esta ley, las cuales corresponden a las CC.AA y a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla-art.2-22LRM-en cuyo territorio se haya localizado el daño.

⁶⁴⁸ En cada Comunidad Autónoma será el órgano determinado con competencias para ello. Así en la Comunidad Autónoma de Aragón, el Instituto Aragonés de Gestión Ambiental (INAGA); en la Comunidad Autónoma de Galicia, la Consejería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras. Secretaría de Calidad y Evaluación Ambiental y en la Comunidad Autónoma de la Rioja. Conserjería de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente, por citar algunos ejemplos que me resultan más cercanos. Fuente <https://www.mapama.gob.es/es/calidad-y-evaluacion>. -Ministerio de Agricultura Pesca y Alimentación-.

b) A solicitud por parte del operador o de cualquier otra persona interesada

El art.41, 1-b) LRM establece una doble legitimación para instar el procedimiento: el operador o cualquier otra persona interesada.

En primer lugar, puede iniciar el procedimiento el operador. Cuando la iniciativa es por parte de un solo operador, la solicitud deberá contener unos requisitos mínimos que permitan a la Administración identificar al interesado, la descripción, el motivo de los hechos en los cuales funda su petición y las razones que lo amparan.

En algunos supuestos puede entenderse que las figuras de operador e interesado pueden coincidir, tal como se deduce de los términos en que está redactado el art. 41-1 b) de la LRM, puesto que se puede iniciar el procedimiento bien mediante solicitud del propio operador o mediante cualquier otra persona interesada, claro está, distinta del operador, siempre que reúna las condiciones establecidas en el art. 4 de la LPACAP. El Prof. BERMEJO VERA conceptúa a este tipo de personas “como aquellas personas físicas o jurídicas a quienes afecta el desarrollo del procedimiento y sus incidencias”⁶⁴⁹. En tal supuesto, “el interesado, es decir, el que tenga interés suficiente en la toma de decisiones de carácter medioambiental relativas al daño” -art. 12 b) DRM-, podrá presentar ante la autoridad competente las observaciones sobre el daño o la amenaza inminente de un daño ambiental. Por ello, entendemos que debemos ponerlo en relación con lo que dispone el art. 20-1 b)⁶⁵⁰ de la LRM sobre las medidas de reparación. Al respecto MARTIN FERNÁNDEZ dice: “La adopción de las medidas de reparación viene condicionada, en primer lugar, por la inmediatez con que debe

⁶⁴⁹ BERMEJO VERA, J.: *Derecho Administrativo Básico Parte General volumen I*. Duodécima edición. Cizur Menor -Navarra- 2016, pág. 349.

⁶⁵⁰ MARTÍN FERNÁNDEZ, J.: *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental -Ley 26/2007 de 23 de octubre-*. -Coord. BLANCA LOZANO CUTANDA-. Edit. Thomson-Civitas. Cizur Menor Navarra 2008. Capítulo VIII, pág. 302.

llevarse a cabo, de modo que esta obligación del operador se configura como una obligación *ex lege*, exigible directamente al operador”⁶⁵¹.

Es interesante detenernos en este supuesto, ya que el operador, aun no teniendo la condición de interesado, es legitimado por la LRM, para iniciar un procedimiento regulado en su ámbito de aplicación. Refiriéndose a este tema, GARCÍA AMEZ opina que “tal situación puede parecer extraña”⁶⁵², en base a que “la persona que demanda no puede ser a su vez el demandado, principio que quiebra en la LRM”⁶⁵³.

El mismo autor justifica dicha legitimación por las circunstancias en las que el operador puede verse en estado de inferioridad técnica para hacer frente a las medidas de prevención, evitación y reparación, y para dar solución a dicha situación, recurre en petición de auxilio a la Administración.

Nosotros entendemos acertada la opinión del autor, puesto que no parece razonable que la Ley otorgue legitimidad para iniciar el procedimiento a la misma persona que ha causado el daño al medio ambiente, y que sea ésta la que se dirija a la autoridad competente para que inicie el procedimiento por responsabilidad medioambiental, cuyo fin es dictar la obligación de que se adopten las medidas oportunas para la reparación de dicho daño o que el mismo no se expanda. A no ser que el operador pretenda que sea la propia Administración la que sufrague los costes de la reparación o restitución del bien natural dañado, a sabiendas de que ésta posteriormente tratará de recuperarlos en base al art. 48-2 de la LRM. Para ello, la Administración dispone de un plazo de cinco años para exigir del operador

⁶⁵¹ “Someterá a la aprobación de la autoridad competente, de acuerdo con lo establecido en el capítulo VI, una propuesta de medidas reparadoras de los daños medioambientales causados elaborada conforme a lo previsto en el anexo II, sin perjuicio de los criterios adicionales y dicha precisión con el mismo objetivo establezcan las CC.AA”.

⁶⁵² GARCÍA AMEZ, J.: *Responsabilidad por daños al Medio Ambiente*. Edit. Aranzadi, Cizur Menor - Navarra- 2015, pág. 356.

⁶⁵³ Vid. GARCÍA AMEZ, J.: *Responsabilidad por daños ...*, cit. pág. 357.

responsable el total de los costes generados, plazo suficientemente amplio que puede beneficiar al operador.

En el supuesto de que el interesado sea distinto del operador, la solicitud de iniciación se formalizará por escrito y se especificarán con detalle los daños o las amenazas de los daños medioambientales a efectos de la LRM, y si ello fuese posible, los siguientes aspectos: a) La acción u omisión del presunto responsable. b) La identificación del presunto responsable. c) La fecha en la que se produjo la acción u omisión. d) El lugar donde se ha producido el daño o la amenaza de daño, y e) La relación de causalidad entre la acción o la omisión del presunto responsable y el daño o la amenaza de daño.

Dada la importancia que ostenta la figura del “interesado” en el procedimiento administrativo⁶⁵⁴ y también de responsabilidad medioambiental consideramos muy útil describir el concepto que sobre dicha figura nos facilita la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas -en adelante LPACAP- y la LRM.

La primera de ellas, la LPACAP al referirse al concepto de interesado en su art. 4-1, considera “interesados” en el procedimiento administrativo a las personas citadas en las letras a), b) y c). En nuestro caso la LRM se refiere a la letra a) *“Las personas físicas o jurídicas que ostenten capacidad de obrar con arreglo a las normas civiles”*.

⁶⁵⁴ Con carácter general para el Prof. BERMEJO VERA, “se consideran interesados quienes están o pueden estar afectados -e intervienen- en el desarrollo del procedimiento y, naturalmente, por la decisión definitiva que adopte la Administración. Las cualidades indispensables para la consideración de interesado son, por un lado, la capacidad de obrar, y por otro, la legitimación” vid. BERMEJO VERA. J.: *Derecho Administrativo...*, cit. pág. 350.

Por su parte, la LRM en su art. 42-1⁶⁵⁵, precisa quién o quiénes pueden ostentar la condición de “interesados” a efectos de esta Ley mencionando una serie de personas en sus letras a), b), c) y d).

-La letra a), se remite al art. 31 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre⁶⁵⁶, estableciendo que tendrán tal condición de “interesados” toda persona física o jurídica en la que concurra cualquiera de las circunstancias previstas en el citado artículo. Al ser derogada la citada ley de procedimiento administrativo⁶⁵⁷ fue sustituida por dos normas básicas sobre las que se estructura el nuevo régimen de las Administraciones Públicas: Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público y Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Esta última ley, en su art. 4-1 a), considera “interesados” en el procedimiento administrativo “*Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos*”.

Para la iniciación del procedimiento por responsabilidad medioambiental, tanto si la solicitud la presenta el operador como persona distinta de éste, sea ésta física o jurídica, deberá cumplir con las obligaciones que le impone el art. 19 de la LRM, hayan sido o no causados por actividades comprendidas en el anexo III, y el operador está obligado a ponerlo de inmediato en conocimiento de la autoridad competente -arts. 9-2; 17-4; 19-1 y 20-1 a) LRM-, sin perjuicio de las medidas que se podrán adoptar de prevención y de evitación -art. 44 de la LRM-.

Llegados a este punto, puede darse el caso de que el operador incumpla con las medidas de prevención y reparación previstas en la LRM y dictadas por la autoridad competente. En tal supuesto, ésta dictará una resolución motivada

⁶⁵⁵ Vid. Art. 42 de la LRM.

⁶⁵⁶ Artículo modificado por la Ley 39/2015, de 1 de octubre del PACAP.

⁶⁵⁷ Norma derogada, con efectos de 2 de octubre de 2016, por la disposición derogatoria única. 2. a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

requiriendo al operador infractor su cumplimiento en base a lo dispuesto en el art. 22 -2 LRM, sin perjuicio de la aplicación del régimen sancionador que corresponda como consecuencia del referido incumplimiento -apartado 3 del mismo artículo-.

En el caso de que el operador no cumpla con la resolución dictada por la Administración, esta podrá en base al art. 47-1 de la LRM hacer uso de la “ejecución forzosa”, potestad administrativa en materia de prevención y de evitación de nuevos daños señalada en los arts. 18-d)⁶⁵⁸ y 21- c)⁶⁵⁹ de la LRM, siempre que concurren las circunstancias que prevén los arts. 23 y 47 LRM.

Asimismo, si dicha autoridad observase que el daño podría expandirse y ocasionar nuevos daños, la autoridad competente con el propósito de lograr una eficaz protección del medio ambiente, podrá acordar y ejecutar por sí misma dichas medidas -art. 23-1 LRM-. Posteriormente podrá exigir del operador culpable el importe de los costes que hayan ocasionado tales medidas en base al art. 48-1⁶⁶⁰ de la LRM.

Como ya es sabido la LRM, le atribuye a la autoridad competente ciertas potestades, y entre ellas está la de poder sancionar a los operadores que incumplan las obligaciones que en la ley se establecen en materia de evitación prevención y reparación de daños medioambientales.

-En la letra b) del art. 42-1 b) la LRM cita como interesados:

“Cualesquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro que acrediten el cumplimiento de los siguientes requisitos:

⁶⁵⁸ *Ejecutar a costa del sujeto responsable las medidas de prevención o de evitación cuando concurren las circunstancias previstas en los artículos 23 y 47”.*

⁶⁵⁹ *“Exigir al operador que adopte las medidas reparadoras necesarias de acuerdo con lo previsto en el anexo II”.*

⁶⁶⁰ *“Cuando la autoridad competente haya adoptado por sí misma las medidas de prevención, de evitación de nuevos daños o de reparación de acuerdo con lo establecido en los artículos 23 y 47 exigirá al operador responsable la obligación de satisfacer los costes generados”.*

1.º 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.

2.º 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.

3.º Que según sus estatutos desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por el daño medioambiental o la amenaza de daño”.

Además de los supuestos de legitimación ya citados para iniciar un procedimiento de responsabilidad medioambiental, la LRM prevé la legitimación de las organizaciones ecologistas⁶⁶¹ para iniciar el procedimiento de responsabilidad medioambiental.

- Letra c) del art. 42 LRM cita a los titulares de los terrenos en los que deban realizarse medidas de prevención, de evitación o de reparación de daños medioambientales.

- Por último, además la condición de interesado prevista anteriormente, en la letra d) del art. 41 LRM, establece que podrán ser interesados, aquellos otros que establezca la legislación de las comunidades autónomas.

Debemos advertir que hay otro supuesto de legitimación, contenido en la Disposición adicional octava de la LRM en favor del Ministerio Fiscal para cualquier proceso Contencioso-administrativo que tenga por objeto la aplicación de la LRM.

⁶⁶¹ Organizaciones declaradas de “utilidad pública”, las más importantes en España son: Amigos de la Tierra, SEO/BirdLife, Ecologistas en Acción y WWF España. De hecho, se ha suscrito un convenio de colaboración entre las entidades citadas y el MAGRAMA, el 8 de noviembre de 2013. -El Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente- para colaboración para el fomento de la protección del medio ambiente y el desarrollo de actividades de colaboración y representación con el objeto de proteger el medio ambiente.

2. Tramitación y resolución

Una vez recibida la solicitud por el órgano administrativo competente, éste se pronunciará sobre su admisión –apartado 3 del art. 41 LRM-, que deberá resolver en el plazo de 10 días hábiles a contar desde la recepción de la misma. En el supuesto de que sea admitida a trámite, el órgano competente en materia medioambiental de la CC.AA. donde se ha producido el daño medioambiental o la amenaza de este, se lo comunicará al interesado dando así inicio al procedimiento de exigencia de responsabilidad.

Durante la tramitación, el citado órgano podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para la prevención y evitación de nuevos daños medioambientales, a fin de que la situación no se agrave -art. 44-1 LRM-.

Con el mismo fin el apartado 2 del mismo artículo establece que la autoridad competente podrá adoptar las medidas provisionales imprescindibles con anterioridad a la iniciación del procedimiento, con las condiciones establecidas en el art. 56-2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁶⁶².

Asimismo, si dicha autoridad observase que el daño podría expandirse y ocasionar nuevos daños, la autoridad competente con el propósito de lograr una eficaz protección del medio ambiente, podrá acordar y ejecutar por sí misma dichas medidas -art. 23-1 LRM-.

En el supuesto de que el operador no cumpla con la resolución dictada por la Administración, ésta podrá en base al art. 47-1 de la LRM hacer uso de la “ejecución forzosa”, potestad administrativa en materia de prevención y de

⁶⁶²“Antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente para iniciar o instruir el procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia inaplazable y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar de forma motivada las medidas provisionales que resulten necesarias y proporcionadas. [...]”.

evitación de nuevos daños señalada en los arts. 18-d)⁶⁶³ y 21- c)⁶⁶⁴ de la LRM, siempre que se den las circunstancias que prevé los art. 23 y 47 LRM.

Los trámites del procedimiento concluyen por parte de la autoridad competente a través de una resolución motivada y expresa, bien exigiendo al operador la responsabilidad medioambiental en la que hubiera incurrido por su actuación en el daño ocasionado al medio ambiente o bien no declarando la no existencia de dicha responsabilidad -art. 45-1⁶⁶⁵ LRM-. Dicha resolución será dictada en el plazo de 6 meses establecido en el art. 45-3 de la Ley⁶⁶⁶.

También podrá concluir de otros modos, como ocurre con carácter general en todo procedimiento administrativo en caso de desistimiento, renuncia, y caducidad y la imposibilidad de continuarlo.

a) Terminación convencional

Además de las formas de terminación del procedimiento de responsabilidad anteriormente citadas, el art. 46 de la LRM hace especial referencia a otro tipo de resolución final denominada “convencional”, consistente en que durante el procedimiento podrán suscribirse acuerdos entre la autoridad competente y el operador o los operadores responsables, con el objeto de llegar a una resolución final.

⁶⁶³ *Ejecutar a costa del sujeto responsable las medidas de prevención o de evitación cuando concurren las circunstancias previstas en los artículos 23 y 47”.*

⁶⁶⁴ *“Exigir al operador que adopte las medidas reparadoras necesarias de acuerdo con lo previsto en el anexo II”.*

⁶⁶⁵ *“La autoridad competente resolverá motivadamente y de forma expresa los procedimientos de exigencia de responsabilidad medioambiental, bien exigiendo al operador la responsabilidad medioambiental en la que hubiera incurrido, bien declarando que no existe dicha responsabilidad [...]”.*

⁶⁶⁶ *“La autoridad competente deberá resolver y notificar en el plazo máximo de seis meses. En casos científica y técnicamente complejos, la autoridad podrá ampliar este plazo hasta tres meses adicionales, notificando a los interesados dicha ampliación. [...]”.*

La iniciativa para adoptar este tipo de resolución final puede ser propuesta por cualquiera de las partes -interesado o autoridad competente-, declarándose así el inicio de las negociaciones. A partir de ese momento, se suspenderá el plazo para resolver por un periodo máximo de 2 meses, si transcurrido dicho tiempo no se ha llegado a ningún acuerdo, la autoridad competente continuará con la tramitación hasta su terminación -art. 46-3 de la LRM-.

Los efectos de los convenios que se acuerden serán vinculantes para las partes -art. 46-6 LRM-⁶⁶⁷ -operadores, interesados y administración-, siempre que con ellos se garanticen los objetivos que persigue la LRM. Además, las partes tendrán la obligación de velar por su cumplimiento.

El art. 86 de la LPACAP prevé esta fórmula de finalización del procedimiento. En su apartado 1 establece:

“Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su caso, prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin”.

Sobre el particular el Prof. RAMÓN PARADA opina: “Se trata de una orden en blanco, por lo que no basta para la celebración de un convenio acogerse a lo que dice la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; es preciso, además, de una regulación sustantiva que previamente haya aceptado esta forma de terminación del

⁶⁶⁷ “Los acuerdos serán vinculantes para los firmantes. La autoridad competente velará por su cumplimiento”.

procedimiento”⁶⁶⁸, lo cual parece que se cumple en la responsabilidad medioambiental al permitirla expresamente el art. 46 de la LRM.

Entre las ventajas que se obtienen con esta forma de finalizar el procedimiento, tenemos que mencionar que se acorta considerablemente la duración del mismo, agilizándolo al eliminar varios trámites y haciendo que sus costes sean más reducidos.

3. Especialidades del procedimiento seguido por amenazas de daños

Ante una amenaza grave de daño ambiental, la LRM le impone al operador una serie de obligaciones en materia de prevención y evitación que son igualmente exigibles a los operadores cuyas actividades estén o no, incluidas en el anexo III de la Ley - art. 17 LRM-.

El procedimiento a seguir en tal situación podrá iniciarse bien de oficio, o a petición del operador o de persona interesada -art.41-1 LRM- siguiendo los trámites ya citados en el anterior procedimiento -“*procedimiento por daños ambientales ya producidos*”-. Se distingue de éste en varios aspectos: por ser menos dilatado y por el motivo de la petición, al centrarse ésta en la instauración de las medidas de prevención y evitación.

Con referencia a la resolución del procedimiento, deberá pronunciarse al menos sobre la exigencia o no de responsabilidad del operador, de la descripción detallada de las amenazas, de la ubicación de las mismas, de su evaluación, y de la definición de las medidas de prevención y evitación que deban adoptarse, acompañadas de las instrucciones sobre su ejecución y plazo conferido para ello.

⁶⁶⁸ RAMÓN PARADA.: “*Derecho Administrativo I. Parte General*” -Decimonovena edición-. Edit. Marcial Pons. Madrid 2012, pág. 219.

Entre las consideraciones generales que crea este tipo de procedimiento debemos tener en cuenta las siguientes:

-Primera, ante una amenaza de este tipo, el operador está obligado a adoptar sin demora las medidas de prevención previstas en el art. 17 de la LRM. Ante la gravedad de la situación, la autoridad competente puede, de forma inmediata sin esperar a la resolución de un procedimiento previsto en la ley - art.23-, intervenir directamente para decretar las medidas de prevención y de evitación con el fin de reducir los efectos negativos que puedan surgir por las amenazas graves de un daño medioambiental. Para la determinación de dichas medidas y la evitación de nuevos daños se estará, en lo posible, a lo que determina el art.17-3 y a los criterios establecidos en el punto 1- 3 del anexo II para la elección de las medidas reparadoras, sin perjuicio de los criterios adicionales que con el mismo objetivo establezcan las CC.AA.

-Segunda, por su parte la autoridad competente, cuando considere que existe amenaza grave de daño ambiental, podrá adoptar mediante resolución motivada, cualquiera de las obligaciones recogidas en el art. 18 de la LRM, referidas a las potestades administrativas en materia de prevención y evitación de nuevos daños que comprenden la exigencia de información al operador, las medidas de prevención y evitación que éste debe adoptar, así como llevar a cabo las instrucciones de obligado cumplimiento dadas por el órgano competente sobre dichas medidas, y la ejecución de las mismas a cargo del sujeto responsable cuando concurren las circunstancias previstas en los artículos 23 y 47 de la LRM.

-Tercera, en casos de emergencia debemos tener en cuenta lo dispuesto en la Disposición adicional primera de la LRM. Esta norma determina que la ley se aplicará sin perjuicio de otras que regulan situaciones de emergencia, tales como: protección civil, sanidad contenida en los arts. 24,26 y 28 de la Ley

14/1986, 25 de abril, General de Sanidad y medidas especiales en salud pública, contenidas en Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril.

A igual que en los supuestos anteriores, en el caso de que se incumplan las resoluciones del órgano competente, este podrá establecer la ejecución forzosa tal como expresa el art. 47-1 de la LRM.

Por último, respecto a la recuperación de los costes por parte de la Administración pública, a ésta le asiste ese derecho cuando la autoridad competente haya adoptado por sí misma las medidas de prevención y evitación, de acuerdo con lo preceptuado en los arts. 23 y 47 de la LRM, y podrá exigir al operador o a los operadores causantes del daño medioambiental los costes que le hayan ocasionado, en base al art. 48 de la LRM, previa instrucción del correspondiente procedimiento, en el cual se fijará la cantidad económica que se reclama y se ejecutará conforme a lo dispuesto en el art. 10 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre General Presupuestaria y de acuerdo con la Disposición adicional primera de la LRM⁶⁶⁹.

No obstante, la autoridad competente, en base a lo dispuesto en el art. 23-3 LRM, *“La autoridad competente recuperará del operador o, cuando proceda, del tercero que haya causado el daño o la amenaza inminente de daño, los costes en que haya incurrido por la adopción de tales medidas de prevención, de evitación de nuevos daños o de reparación”*.

El segundo párrafo de éste apartado, puntualiza que esta misma autoridad, podrá acordar no recuperar los costes íntegros cuando los gastos necesarios para hacerlo sean superiores al importe recuperable.

⁶⁶⁹ “Lo dispuesto en esta ley se aplicará sin perjuicio de la legislación de protección civil para situaciones de emergencia; de la regulación contenida en los artículos 24, 26 y 28 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; de las previsiones sobre emergencias sanitarias contenidas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública; y de la legislación autonómica aplicable en materia de protección civil y de emergencias sanitarias”.

En todo caso ésta decisión por parte de la autoridad competente deberá ser acreditada mediante una memoria económica que se efectúe para tal fin.

Consideramos que si la Administración ha previsto un procedimiento concreto para la reparación de un daño al medio ambiente (anexo II), entendemos que igualmente sería necesario procediese a establecer otro para determinar las medidas preventivas a desarrollar para cada tipo de actividad por parte de los operadores.

CAPITULO VIII.

GARANTÍAS FINANCIERAS OBLIGATORIAS

INTRODUCCIÓN

Ante la gravedad y el carácter supranacional de algunos desastres ecológicos ocurridos -v.gr Chernóbil, empresa química Sendoz, desastre de Seveso y Aznalcóllar, entre otros-, los Estados miembros de la UE temiendo que el gran desembolso económico que se deriva de este tipo de responsabilidades recayera sobre el erario público de los Estados donde se ocasionan graves daños ambientales, y para evitar que acontecimientos similares a los citados se repitieran, consideraron necesario y urgente crear herramientas jurídicas adecuadas y más eficaces de las que se disponía, con el propósito de que los operadores responsables de siniestros análogos, en lo sucesivo pudiesen hacer frente a sus obligaciones y responsabilidades por daños medioambientales⁶⁷⁰ causados por las actividades de los operadores.

A esta necesidad responde la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 21 de abril de 2004, tratando de crear un sistema de seguros -garantías financieras-⁶⁷¹ que cubriesen dichas responsabilidades, de acuerdo con las directrices establecidas en dicha norma.

La LRM al igual que la Directiva, establece el sistema de garantías obligatorias para aquellos operadores cuyas actividades estén comprendidas

⁶⁷⁰ Como consecuencia del desastre ecológico ocasionado por el hundimiento del Prestige, Francia y España junto con la Comisión solicitaron a la Organización Marítima Internacional -OMI- la adopción de un protocolo para la constitución de un Fondo complementario de indemnización que incrementa el límite de la responsabilidad civil del armador, -16 de mayo de 2003- con un límite máximo de 1000 millones de euros. Dicho montante económico no fue lo suficiente, puesto que se superó con mucho dicho límite.

⁶⁷¹ Dichas garantías se aplicarán a los costes ambientales, entendidos por tales los establecidos en el Art. 2--21 de la Ley 26/2007 LRM. "Costes": "Todo gasto justificado por la necesidad de garantizar una aplicación adecuada y eficaz de esta Ley ante un supuesto de daño o de amenaza de daño medioambiental, cualquiera que sea su cuantía [...]".

dentro del ámbito de su Anexo III, sin perjuicio de las excepciones previstas en el art. 28 de la LRM⁶⁷².

Las obligaciones financieras obligatorias estarán destinadas específica y exclusivamente a cubrir las responsabilidades medioambientales inherentes a la actividad económica o profesional del operador, tal como establece el art. 25-1 de la LRM.⁶⁷³ El importe de dichas obligaciones no podrá verse reducido por afrontar otros gastos diferentes de los propios del medio ambiente⁶⁷⁴.

Su adopción viene impuesta por el art. 14-1⁶⁷⁵ de la Directiva 35/2004/CE sobre responsabilidad medioambiental, obligando a los EM a fomentar y desarrollar instrumentos económicos financieros, con la intención de que el operador cuente con medios económicos suficientes para hacer frente a sus responsabilidades medioambientales, pudiendo cubrir así los grandes costes derivados de las medidas de prevención, evitación y reparación, que supone el mantener un medio ambiente adecuado, saludable y sostenible.

Las garantías financieras obligatorias, son eficaces en todo siniestro medioambiental donde el operador está obligado a cubrir económicamente la totalidad de los daños que haya provocado. En el supuesto de que el daño causado

⁶⁷²El mencionado artículo, establece las excepciones de constitución de la garantía financiera obligatoria, quedando exentas de las mismas aquellas actividades de escaso potencial de daños -cuya reparación se evalúe en una cantidad inferior a 300.000 euros- o daños comprendidos entre 300.000 y 2.000.000 euros. En tal supuesto debe acreditarse que se trata de actividades adheridas al sistema comunitario de gestión o auditoría medioambiental -EMAS- o al sistema de gestión medioambiental UNE-EN ISO 14.001 vigente, y los operadores cuyas actividades tengan escaso potencial de generar daños al medio ambiente, quedan exentos de efectuar la comunicación prevista en el art. 24-3 LRM'. Igualmente quedan exentos, los operadores que utilicen productos fitosanitarios y biocidas a los que se refiere el apartado 8. letras c) y d) del anexo III, con fines agropecuarios y forestales.

⁶⁷³ *“La garantía estará destinada específica y exclusivamente a cubrir las responsabilidades medioambientales del operador que se deriven de su actividad económica o profesional.*

⁶⁷⁴ Se entiende por tales *“los gastos justificados para la aplicación de la LRM ante un supuesto de daño ambiental o amenaza de daño medioambiental cualquiera que sea su cuantía”.*

⁶⁷⁵ *“Los Estados miembros adoptarán medidas para fomentar el desarrollo, por parte de los operadores económicos y financieros correspondientes, de mercados e instrumentos de garantía financiera, incluyendo mecanismos financieros en caso de insolvencia, con el fin de que los operadores puedan recurrir a garantías financieras para hacer frente a sus responsabilidades en virtud de la presente Directiva”.*

sobrepase la cantidad máxima establecida en la póliza del seguro -garantía financiera obligatoria-, el exceso será abonado por el operador causante del daño. Si éste no pudiese hacer frente económicamente al mismo, será el Fondo de Compensación por daños al medio ambiente quien se haga cargo de los costes originados por la actividad del operador.

La cuantía de la garantía variará en función de la valoración que cada Comunidad Autónoma le asigne al riesgo de cada unidad de actividad económica y profesional del operador, y que ésta, se encuentre ubicada en su demarcación territorial.

La Ley en su art. 24-2 ⁶⁷⁶, establece la cantidad mínima que deberá quedar garantizada⁶⁷⁷, y determinada por el operador en función de un estudio previo de la intensidad y extensión del daño que pueda causar al medio ambiente, y con los criterios técnicos que garanticen una evaluación homogénea de los escenarios del riesgo y de los costes de reparación asociados a cada uno de ellos.

El citado “método” deberá basarse en criterios técnicos que garanticen una evaluación homogénea de los escenarios de riesgo y de los costes de reparación asociados a cada uno de ellos, que le permitan afrontar las responsabilidades medioambientales que pueda ocasionar el desarrollo de su actividad industrial o económica.

⁶⁷⁶ La cuantía mínima, será determinada con arreglo a lo establecido en el art. 24-2 de la Ley. Modificado por la Ley 11/2014 art. Único núm. cinco, quedando redactada de la siguiente manera “*La cantidad que, como mínimo, deberá quedar garantizada y que no limitará en sentido alguno las responsabilidades establecidas en la Ley, será determinada por el operador según la intensidad y la extensión del daño [...]*”.

⁶⁷⁷ La cuantía mínima, será determinada con arreglo a lo establecido en el art. 24-2 de la Ley. Modificado por la Ley 11/2014 art. Único núm. cinco, quedando redactada de la siguiente manera “*La cantidad que, como mínimo, deberá quedar garantizada y que no limitará en sentido alguno las responsabilidades establecidas en la Ley, será determinada por el operador según la intensidad y la extensión del daño [...]*”.

Una vez realizada la evaluación y fijada la cuantía de la garantía, y en base al punto 3⁶⁷⁸ del núm. 5 art. Único de la Ley 11/2014, de 3 de julio, por la que se modifica la ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental el operador deberá comunicar a la autoridad competente en materia de medio ambiente la constitución de la garantía financiera obligatoria a la que vengán obligados -24-3 de la LRM-.

Ello no condicionará ni limitará en sentido alguno la facultad del operador en constituir una garantía por un importe mayor⁶⁷⁹. Tampoco limitará la responsabilidad que pueda exigírsele a éste.

La obligatoriedad y la asegurabilidad que proporciona la “garantía financiera obligatoria” es importante para garantizar la consecución de los objetivos que persigue la responsabilidad medioambiental.

El hecho de contar la empresa con una garantía financiera obligatoria sea ésta una póliza de seguro, un aval o una reserva técnica, reduce notablemente los riesgos a que se puede ver expuesta. Como anteriormente hemos dicho, a medio y largo plazo serán beneficiarios de esta medida el medio ambiente y los operadores.

De hecho, toda entidad aseguradora antes de suscribir un contrato de seguro con la empresa exige de ésta que se someta a una auditoría ambiental⁶⁸⁰.

Bien es verdad, que dicha imposición para la empresa supone un coste considerable adicional que podrá tener efectos en sus resultados económicos, y

⁶⁷⁸ “Los operadores deberán comunicar a la autoridad competente la constitución de la garantía financiera a la que vengán obligados de acuerdo con el apartado primero de este artículo”.

⁶⁷⁹ Art. 33-4 párrafo último del R.D. 2090/2008 de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007 de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.

⁶⁸⁰ Podemos decir, que se trata de un instrumento válido para la identificación y administración de cualquier problema existente o potencial que esté relacionado con el medio ambiente. Comprende una evaluación periódica, sistemática, documental y objetiva del sistema de gestión y procedimiento destinado a la protección de dicho medio.

que éstos, serán mayores o menores según cada caso. De lo que se deduce, que cuanto más amplia sea la cobertura de la garantía, mayor grado de protección obtendrá el operador para su actividad, y, como consecuencia, ésta será menos peligrosa para el medio ambiente disminuyendo su potencial de riesgo.

1. EXIGENCIA DE CONSTITUIR LA GARANTÍA

La Directiva 2004/35/CE en su considerando núm. 27, aconseja a los Estados miembros de la UE a animar a sus operadores a que suscriban seguros apropiados u otras formas de garantías para que puedan proteger de forma eficaz las obligaciones financieras que instituye la citada Directiva.

Como anteriormente hemos señalado el art. 14-1 aconseja a los EM adoptar dichas medidas para fomentar el desarrollo por parte de los operadores. España fue uno de los ocho primeros países de la UE que han establecido las garantías financieras obligatorias para cubrir las responsabilidades de los operadores por los daños que causen al medio ambiente⁶⁸¹.

Las garantías financieras obligatorias han supuesto una de las novedades más importantes aportadas por la LRM y constituyen uno de los ejes fundamentales de la responsabilidad medioambiental.

Con el fin de asegurar que el ejercicio de la actividad económica y profesional del operador, y que éste disponga de los recursos económicos suficientes que le permitan garantizar los costes derivados de la adopción de las medidas de prevención, evitación y reparación impuestas por la LRM, ésta

⁶⁸¹ Los otros ocho Estados miembros de la UE. son: Portugal, España, Hungría Rumania, Chequia, Grecia, Bulgaria y Eslovaquia. Vid. PEDRAZA LAYNEZ, j.: *La Responsabilidad por daños al Medio Ambiente*. Edit. Aranzadi, SA. Cizur Menor -Navarra- 2016, pág. 230.

instaura las garantías financieras en su Capítulo IV, estableciendo su marco básico en los arts. 24 al 34, de lo que se deduce que su regulación está ampliamente reflejada en la misma.

La exigencia de su constitución es un requisito indispensable para los operadores cuyas actividades presenten mayor potencial de riesgo de generar daños al medio ambiente, tal como determina el art. 24-1 de la LRM:

“Los operadores de las actividades incluidas en el anexo III, sin perjuicio de las exenciones previstas en el artículo 28, deberán disponer de una garantía financiera que les permita hacer frente a la responsabilidad medioambiental inherente a la actividad que pretendan desarrollar. Para el resto de operadores, la constitución de la garantía financiera tendrá carácter voluntario”.

Del citado apartado cabe destacar dos puntos fundamentales:

-Uno, el legislador establece dicha exigencia solo para las actividades que estén incluidas en el Anexo III por considerarlas de mayor riesgo para el medio ambiente, con las excepciones previstas en el art. 28 LRM.

-Dos, que, como ya se ha dicho en referencia a su finalidad, su principal objetivo es hacer frente a las responsabilidades medioambientales que son inherentes a la actividad del operador.

Previamente al estudio de las garantías financieras obligatorias establecidas en la LRM, consideramos que, por su importancia en este tema, hemos de señalar el apartado primero de la Disposición final cuarta de la Ley referida a la aplicación de la garantía financiera, la cual dispone el orden de prioridad y calendario. Esta norma establece:

“La fecha a partir de la cual será exigible la constitución de la garantía financiera obligatoria para cada una de las actividades del anexo III se determinará por orden del Ministro de Medio Ambiente, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, y previa consulta a las comunidades autónomas y a los sectores afectados.

La orden establecerá un calendario específico para las actividades que hubieran sido autorizadas con anterioridad a su publicación” [...].

De acuerdo con dicha Disposición, la fecha a partir de la cual será exigible la garantía financiera obligatoria será determinada por la Orden Ministerial referida anteriormente - Orden ARM 1783/2011, de 22 de junio, 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 la garantía financiera obligatoria prevista en la Disposición final cuarta de la LRM, para las actividades profesionales y económicas contenidas en el Anexo III.

La citada Orden, en su art. 2, establece el orden de prelación para la exigencia de la constitución de garantía financiera obligatoria calificando las actividades de los operadores por sectores, asignándoles a dichos operadores una prioridad según tres criterios:

-El primer criterio de clasificación se dirige a las actividades afectadas por la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación -IPPC-.

-El segundo se basa en un índice de accidentabilidad, estimado en función del número de accidentes registrados en los últimos años en instalaciones industriales.

-El tercero hace referencia a la existencia de obligaciones previas en materia de análisis de riesgos o relativas a la constitución de algún tipo de seguro o de garantía económica por daños al medio ambiente⁶⁸².

⁶⁸² Párrafo 12 del Texto de la Orden ARM 1783/2011, de 22 de junio.

El mismo artículo fija un calendario para la aprobación de las órdenes ministeriales a partir de las cuales será exigida la constitución de la garantía financiera obligatoria⁶⁸³.

Con la aprobación de la Orden APM 1040/2017, de 23 de octubre, el Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente⁶⁸⁴ fija definitivamente la fecha a partir de la cual será exigible la garantía financiera obligatoria, prevista en el art. 24 de la LRM para las actividades clasificadas según la Orden ARM 1783/2011 de 22 de junio, en su art.2, y establece la fecha en que las actividades clasificadas con nivel prioridad 1, deberán disponer de una garantía financiera -en un plazo de un año, a contar desde la fecha de entrada en vigor de la presente Orden-. Para las actividades de nivel de prioridad 2⁶⁸⁵, establece el plazo de 2 años a contar desde la entrada en vigor de la misma orden. Quedando aún pendiente de fijar fecha para las clasificadas de prioridad 3.

De todo ello se desprende que el legislador español optó por la exigencia con carácter “ad initio” de las garantías económicas obligatorias para todos los operadores que estén comprendidos dentro del ámbito del Anexo III de la LRM⁶⁸⁶,

⁶⁸³ Orden insertada en el BOE, núm. 154, de 29 de junio de 2011. Dicha orden obedece a la previsión contenida en la disposición final cuarta de la LRM.

⁶⁸⁴ Orden APM/1040/2017, de 23 octubre por la que se establece la fecha a partir de la cual será exigible la constitución de la garantía financiera obligatoria para las actividades del anexo III de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, clasificadas como nivel de prioridad 1 y 2, mediante Orden ARM/1783/2011, de 22 de junio, y por la que se modifica su anexo.

⁶⁸⁵ Para las actividades clasificadas en este nivel, tendrán que disponer igualmente de una garantía financiera en un plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la misma Orden.

Es decir, que deberán ser presentadas en el caso del primer nivel antes del 31 de octubre de 2018, y los de segundo nivel antes del 31 de octubre de 2019.

⁶⁸⁶ Art. 24- 1 de la LRM. Modificado por la Ley 11/2014, con la siguiente redacción. “*Los operadores de las actividades incluidas en el anexo III, sin perjuicio de las exenciones previstas en el artículo 28, deberán disponer de una garantía financiera que les permita hacer frente a la responsabilidad medioambiental inherente a la actividad que pretendan desarrollar. Para el resto de los operadores, la constitución de la garantía financiera tendrá carácter voluntario*”.

Posteriormente mediante el R.D. 183/2015, de 13 de marzo, para dar cumplimiento a lo preceptuado en el art. 28 d) de la ley modifica el apartado 2 b) del artículo 37 del Reglamento(R.D. 2090/2008), quedando redactado de la siguiente forma “*Atendiendo a su escaso potencial de generar daños medioambientales y bajo nivel de accidentalidad, quedarán exentos de constituir la garantía financiera obligatoria, así como de efectuar la comunicación prevista en el artículo 24.3, los operadores del resto*

consagrándose así la obligatoriedad de su constitución⁶⁸⁷ para el ejercicio de determinadas actividades económicas y profesionales⁶⁸⁸ que por sus características fuesen potencialmente agresivas para el medio ambiente, salvo aquellas excepciones⁶⁸⁹ a las cuales de forma explícita la Ley excluye de su ámbito material de aplicación, como son: los daños a las personas, a sus bienes y a su salud⁶⁹⁰.

Al establecer dicha obligatoriedad, la finalidad que se persigue es asegurar que el operador disponga de los recursos económicos necesarios para hacer frente a los elevados costes económicos que supone la adopción de tales medidas, y mantener un sistema de protección amplio y eficaz para este medio.

Estimamos que de no hacer obligatorias las citadas garantías, perjudicaría la eficacia del sistema de protección del medio ambiente establecido en la LRM, ya que el alto coste que supone para el operador el mantenerlo, posiblemente le

de actividades del anexo III de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, siempre que no estén incluidos en ninguno de los supuestos del apartado 2. a) anterior”.

⁶⁸⁷ Establecida en el art. 24 de la LRM, y siendo además imprescindible para el ejercicio de cualquier actividad comprendida dentro del ámbito de su Anexo III.

⁶⁸⁸ Se trata de actividades contenidas en el Anexo III de la LRM. cuya cuantía se graduará en función del riesgo generado y no superará los 20.000.000. de euros. La cuantía garantizada estará destinada específica y exclusivamente a cubrir las responsabilidades medioambientales del operador que se deriven de su actividad económica o profesional.

⁶⁸⁹ A tenor de lo establecido en el art. 28 letras a),b) y c) de la LRM, hay supuestos en los que a pesar de estar incluidos dentro de estos apartados, no se exige tal garantía a los operadores que puedan causar daños medioambientales cuya reparación esté dentro del coste entre 300.000 euros y dos millones de euros, siempre que se acredite por parte del operador que está adherido permanentemente y continuadamente al sistema comunitario de gestión y auditoría -EMAS- o al de gestión medioambiental UNE-EN ISO 14001:1996. No cuentan con garantía los operadores que utilicen productos fitosanitarios y biocidas a los que se refiere el apartado 8 del Anexo III letras c) y d), con fines agropecuarios y forestales. Igualmente, quedan excluidos de esa garantía la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, así como las entidades locales y sus organismos autónomos -Disposición adicional séptima de la LRM-.

⁶⁹⁰ El artículo 5. 1, bajo el título de “Daños a particulares” establece: “*Esta Ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental. Tales acciones se regirán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación”.*

inclinara a tratar de eludirlo con el consiguiente perjuicio para el erario, que al final, repercutiría en el contribuyente a través de los impuestos del Estado.

Mediante el Real Decreto 183/2015, de 13 de marzo, por el que se modifica el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, aprobado por el Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre, se lleva a cabo una importante reducción de las actividades contenidas en el anexo III de la LRM⁶⁹¹, con la salvedad de las actividades reguladas en los siguientes Decretos: el Real Decreto 1254/1999, de 16 de julio y 975/2009, de 12 de junio⁶⁹².

Consideramos que la medida tomada por el legislador de reducir el número de actividades del citado anexo es poco acertada, puesto que el objetivo principal de la LRM no es precisamente su reducción, sino, todo lo contrario, es decir, cubrir la mayoría de las actividades que puedan presentar mayor riesgo para originar daños al medio ambiente y proteger el sistema de responsabilidad medioambiental establecido en la misma. Y más aún, con la experiencia adquirida desde la promulgación de la LRM hasta 2014, se puso de manifiesto la necesidad de reforzar su vertiente preventiva e impulsar el uso de los análisis de riesgos medioambientales⁶⁹³ a aquellas actividades con mayor incidencia en dañar al

⁶⁹¹ El art. 24-1 de la LRM, Obliga la constitución de la “garantía financiera obligatoria” a todos los operadores de actividades incluidas en el Anexo III de la Ley, con la excepción de las prevista en el art. 28 de la LRM.

⁶⁹² Vid. núm.7 del artículo único Real Decreto 183/2015, de 13 de marzo, por el que se modifica el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, aprobado por el Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre. Modifica el art. 37 del Reglamento, quedando exentos de constituir garantía financiera obligatoria la letra a) número 1.º “*Las actividades e instalaciones sujetas al ámbito de aplicación del Real Decreto 1254/1999, de 16 de julio, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas*”. y el número 3.º “*Los operadores que cuenten con instalaciones de residuos mineros clasificadas como de categoría A de acuerdo a lo establecido en el Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras*”.

⁶⁹³ Preámbulo IV, párrafo primero de la Ley 11/2014, de 3 de julio, por la que se modifica la ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. “*La experiencia adquirida durante los años de aplicación de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, ha puesto de manifiesto la necesidad de reforzar sus aspectos preventivos, para lo cual, se considera oportuno*

medio ambiente. Es por ello por lo que no comprendemos tal reducción, puesto que a lo que conduce tal medida, es a inducir al operador a inhibirse de constituir cualquier tipo de garantía incluida la financiera para sus actividades.

Aunque tal como apunta la Prof^a LOZANO CUTANDA⁶⁹⁴, “Esta drástica reducción [...], la justifica el real decreto en el hecho de que los análisis realizados en su tramitación permiten concluir que se trata de actividades que «tienen un menor potencial de generar daños medioambientales y bajo nivel de accidentalidad”. Nosotros no participamos de esa opinión, pues consideramos que si con anterioridad a la publicación del RD 183/2015, de 13 de marzo, las citadas actividades estaban catalogadas como de gran riesgo para el medio ambiente, no entendemos que la citada peligrosidad pueda desaparecer, a no ser que el operador haya eliminado todos los factores de alto riesgo de su actividad que favorecían dicha calificación.

Esperemos que la citada medida sea objeto de revisión en el marco de la Comisión técnica de prevención y reparación de daños medioambientales, como señala el Real Decreto en su artículo único, que modifica el art. 37 de la LRM en su letra b) segundo párrafo⁶⁹⁵.

2. ÁMBITO TEMPORAL

Con anterioridad a la Ley 11/2014, se vinculaba la fecha de comienzo de la garantía al mismo momento en que la autoridad competente expide la autorización

impulsar el uso de los análisis de riesgos medioambientales como herramienta de gestión del riesgo medioambiental”.

⁶⁹⁴ Ir a www.gomezacebo-pombo.com/.../real-decreto-183-2015-.

⁶⁹⁵ “*En el marco de la Comisión técnica de prevención y reparación de daños medioambientales, en el plazo de cinco años desde la entrada en vigor de este real decreto, se realizará un estudio que actualice la evaluación del potencial de generar daños medioambientales y el nivel de accidentalidad de todas las actividades del anexo III de la Ley 26/2007, de 23 de octubre [...]*”.

pertinente para que comience la actividad profesional o económica del operador⁶⁹⁶. Con la reforma llevada a tal efecto por la Ley citada que modifica el art. 31-1 de la LRM, todos los eventos que sean causantes del daño medioambiental quedarán cubiertos por la garantía tal como se deduce del mencionado apartado:

“La garantía deberá quedar constituida de modo que, desde la fecha de efectividad de su exigencia, que se fijará reglamentariamente, queden cubiertos por ella todos los eventos causantes de daño medioambiental que se inicien después de dicha fecha. El operador deberá mantener la garantía en vigor durante todo el periodo de actividad y hasta su cese efectivo. La autoridad competente establecerá los correspondientes sistemas de control que permitan constatar la vigencia de tales garantías, a cuyo efecto las entidades aseguradoras, las entidades financieras y los propios operadores deberán proporcionar a la autoridad competente la información necesaria”.

Del examen literal de dicho apartado, se desprende que deberá quedar constituida la citada garantía a partir de la fecha que surta efectos la autorización para el ejercicio de la actividad del operador hasta su cese definitivo.

Por su parte el art. 32-1 dispone:

“Podrá limitarse el ámbito temporal de la garantía de forma que queden incluidas aquellas responsabilidades en las que se den conjuntamente las siguientes circunstancias”.

Son las citadas en las letras a), b) y c) del mismo apartado:

a) Que el comienzo de la emisión causante de la contaminación o bien el comienzo de la situación de riesgo inminente de contaminación sea identificado y se demuestre que ha ocurrido dentro del periodo de la garantía.

b) Que la primera manifestación constatable de la contaminación se haya producido dentro del periodo de la garantía o dentro del plazo de

⁶⁹⁶ La Disposición final cuarta de la LRM, estableció la fecha a partir de la cual será exigible la constitución de la garantía financiera obligatoria para cada una de las actividades del anexo III, la cual se determinará por Orden del Ministro de Alimentación, Agricultura y Medio Ambiente, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, y previa consulta a las comunidades autónomas y a los sectores afectados. La citada Orden -ARM/1783/2011, de 22 de junio- fue publicada en el BOE núm. 154, a partir de la cual será exigible la garantía prevista en la citada Disposición.

tres años a contar desde la terminación de la misma. Se entiende por primera manifestación el momento en que se descubra por primera vez la existencia de una contaminación, tanto si entonces se considera peligrosa o dañina como si no es así.

c) Que la reclamación al operador por la contaminación haya tenido lugar dentro del periodo de garantía o dentro del plazo de tres años a contar desde la terminación de la misma.

De la lectura de la letra a), se deduce que las reclamaciones se circunscriben a las circunstancias citadas en dicho apartado como: el comienzo del conocimiento de la emisión contaminante⁶⁹⁷, y se justifique que el daño ha sido ocasionado dentro del periodo de la garantía.

Letra b) que la primera emisión o que la reclamación se haya producido dentro del periodo de garantía o dentro de los tres años a contar desde su finalización.

La letra c) en el supuesto de contaminación, la reclamación puede tener lugar dentro del periodo estipulado en el contrato o en el plazo no superior a tres años desde la terminación de esta.

A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, el apartado 2 del mismo artículo -32 LRM-, se considerará hecho generador la contaminación que se produzca de forma accidental y aleatoria, y que no se haya generado por ninguna de las citadas en dicho apartado. Entre ellas: de forma intencionada, por el incumplimiento conocido por el asegurado, defecto y mantenimiento o reparación [...].

De lo expuesto sobre la limitación del ámbito temporal de la garantía financiera obligatoria -art. 32 de la LRM-, consideramos que el citado artículo permite modificar su ámbito temporal, de tal forma que queden incluidas en ella las responsabilidades cuyos efectos se muestran después de la vigencia de la

⁶⁹⁷ Debemos entender como la primera manifestación del hecho contaminador dañino.

garantía, permitiendo a los perjudicados formular las peticiones siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el citado precepto.

Es decir, admite las llamadas cláusulas “Claim made”, que responden a situaciones de daños que manifiesten sus efectos con anterioridad o posterioridad al hecho generador del daño, tanto para cubrir la responsabilidad medioambiental posterior como la retroactiva. La función que se busca con ellas es desplazar el nacimiento de la obligación de reparar el daño al momento de la reclamación del perjudicado, tal como se manifiesta en la STS 252/2018 de 26 de abril⁶⁹⁸, la cual ha sentado jurisprudencia sobre la validez de los requisitos de las cláusulas “Claim made”, reguladas en el párrafo 2 del art. 73⁶⁹⁹ de la LCS, y ajustadas al art. 3 del mismo cuerpo legal, y siempre que sean en beneficio del asegurado y no perjudiquen los derechos de éste, reputándose lesivas en caso contrario.

Al respecto, la Prof^a. MERCEDES ZUBIRI⁷⁰⁰ nos dice que la aplicación de este tipo de cláusulas en un principio, resultó ser un tema sumamente polémico, tanto en los seguros de responsabilidad civil como en los seguros por daños al medioambiente. Principalmente en éstos últimos por sus características especiales, pues hay siniestros donde los daños ocasionados a este medio

⁶⁹⁸ Ver STS 252/2018, de 26 de abril, Ponente: FRANCISCO MARTIN CASAN. Núm. Recurso: 2681/2018. Emisor. Tribunal Supremo, Sala de lo Civil.

Sentencia que viene a resolver el tema de la limitación temporal del seguro de responsabilidad civil, fijando la siguiente doctrina jurisprudencial: “El párrafo segundo del art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro regula dos cláusulas limitativas diferentes, cada una con sus propios requisitos de cobertura temporal, de modo que para la validez de las de futuro -inciso segundo- no es exigible, además, la cobertura retroactiva, ni para la validez de las retrospectivas o de pasado es exigible, además, que cubran reclamaciones posteriores a la vigencia del seguro”. Declarándose legalmente admisibles los dos tipos de cláusulas citadas y que cumplan con los requisitos establecidos en el art. 3 de la LCS.

⁶⁹⁹ “Serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al artículo 3 de la presente Ley que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración. [...]”

⁷⁰⁰ ZUBIRI DE SALINAS, M.: Seguro de Responsabilidad Civil...cit. pág.233.

producen sus efectos pasado un largo período de tiempo, es decir, después de haber sido originados, v.gr. daños por contaminación o daños históricos.

Debemos precisar que durante el periodo de vigencia de la primitiva ley del contrato de seguro -Ley 50/1980, de 8 de octubre-, su art. 73⁷⁰¹ limitaba la cobertura de las obligaciones del asegurado al resarcimiento de todo daño durante el tiempo de vigencia de la póliza. Ello daba lugar a la gran problemática –citada por la Profesora- sobre la validez de algunas cláusulas de limitación de responsabilidad. Posibilitando las llamadas cláusulas “Claim Made” que se recogen en la reforma de la LCS que introdujo la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, la cual admitió que las aseguradoras podrían limitar su responsabilidad mediante las cláusulas “Claim Made”, claro está, cumpliendo los requisitos del art. 3⁷⁰² de la LCS.

Con la redacción dada al art. 73 de la LCS, por la disposición adicional sexta núm.5 de la Ley 30/1995 del 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, le fue añadido un nuevo párrafo -segundo⁷⁰³-. Se puede decir que hay un antes y un después de esta reforma.

⁷⁰¹ “Art. 73 “Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho”.

⁷⁰² “Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito. [...]”.

⁷⁰³ “Serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al artículo 3 de la presente Ley que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración. Asimismo, y con el mismo carácter de cláusulas limitativas conforme a dicho artículo 3 serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquéllas que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en los que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo

Sobre este mismo tema el Prof., MARTIN OSANTE⁷⁰⁴, nos dice que con la incorporación del párrafo 2 al art. 73 de la LCS, la limitación temporal del riesgo puede realizarse convencionalmente, puntualizando que entre las diferentes posibilidades que se desprenden de dicho precepto, se observa que se adicionan dichas cláusulas con un plazo de cobertura temporal máximo de veinticuatro meses.

Para una determinación más precisa debemos tener en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo núm. 252/2018, de 26 de abril, que resuelve el problema al sentar jurisprudencia en referencia a los requisitos y la validez de las cláusulas “Claim Made”, estableciendo que existen dos tipos: cláusulas de futuro, aquellas en las que el perjudicado puede presentar la reclamación como máximo transcurridos doce meses desde la finalización de la vigencia de la póliza. Y cláusulas del pasado, cuando la reclamación del perjudicado se produce durante la vigencia de la póliza, en este supuesto, la obligación de indemnizar es de un hecho ocurrido en un año anterior a la vigencia de esta.

Con el fallo de dicha sentencia, al haber sentado jurisprudencia sobre la validez y requisitos de este tipo de cláusulas, proporciona mayor seguridad jurídica a las entidades aseguradoras, en el sentido de dar a los contratos una interpretación clara y precisa a la hora de la reclamación de terceros.

3. FIJACIÓN DE LA CUANTÍA

Aunque la responsabilidad medioambiental es ilimitada y su carácter objetivo, sin embargo, estimamos necesario que se fije la cantidad económica de

del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al menos, de un año desde el comienzo de efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado”.

⁷⁰⁴ MARTÍN OSANTE, J.M.: El seguro de responsabilidad..., cit. Pág. 230.

la garantía, ya que con ello se fortalece el sistema y se consigue el efecto pretendido, consistente en asegurar las medidas de prevención y reparación del daño que se pueda ocasionar al medio ambiente.

Como anteriormente se ha dicho, la Administración Pública será la encargada de desarrollar y gestionar la garantía financiera obligatoria, la LRM en su Disposicional final tercera establece:

“Esta ley se entenderá sin perjuicio del derecho del operador a limitar su responsabilidad de acuerdo con el Protocolo de 1996 que enmienda el Convenio de 19 de diciembre de 1976 sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo o con el Convenio de Estrasburgo sobre limitación de responsabilidad en la navegación interior de 1988, incluidas sus eventuales modificaciones futuras, vigentes en España, así como con la legislación nacional de desarrollo de ambos instrumentos internacionales”.

Del contenido del art. 24-2 de la LRM se desprende que el encargado de establecer la cuantía de la garantía obligatoria para cada tipo de actividad es el operador, que partirá *“del análisis de riesgos medioambientales de la actividad, o de las tablas de baremos, que se realizarán de acuerdo con la metodología que reglamentariamente establezca el Gobierno”*⁷⁰⁵. Todo ello, en función de sufragar los costes que conlleva la prevención, evitación y reparación que la actividad del operador pudiera generar.

No debemos olvidar el marcado carácter administrativo del régimen de responsabilidad impuesto por la LRM, su propio art. 18 inviste de una serie de facultades a la Administración Pública competente en materia de prevención y evitación de nuevos daños para que adopte la resolución expresa y motivada sobre la existencia o no de responsabilidad, exigiéndole al operador las medidas más adecuadas para garantizar la prevención y evitación.

⁷⁰⁵ Vid. art. 24-3 de la LRM.

De forma similar el art. 21 de la LRM recoge las potestades de la Administración en materia de reparación de daños medioambientales. Este carácter facultativo de la Administración se agrupa en tres tipos de actuaciones

-Una, abarca desde la exigencia al operador de información adicional sobre el daño ocasionado, consistente en que éste facilite a la Administración informe detallado del daño, sin el perjuicio del deber establecido en los arts. 17.4 y 19 de la LRM.

-Dos, exigirle al operador adoptar o dar las instrucciones pertinentes para que sean aplicadas de la manera más urgente posible con el fin de impedir mayores daños medioambientales con efectos adversos para la salud humana o mayores daños en los servicios - art. 21-b)-.

-Tres, exigirle al operador que adopte las medidas reparadoras necesarias para garantizar la restauración del bien dañado de conformidad con los criterios establecidos en el anexo II de la LRM.

El Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, aborda el tema en su Capítulo III. art. 33, estableciendo la obligación del operador de disponer de una garantía financiera que le permita hacer frente a las responsabilidades inherentes a su actividad. Concretamente, de su apartado 2 se desprende que la determinación de la cuantía partirá de un exhaustivo análisis de los riesgos medioambientales de la actividad, y que se desarrollará conforme a lo dispuesto en sus artículos 34 y ss., la citada cuantía, será presentada por el operador a la autoridad competente que determinará la cantidad que deberá garantizar, y ésta tendrá el carácter de mínima.

Como ya hemos advertido, el artículo 33 LRM, fue modificado por el Real Decreto 183/2015, de 13 de marzo, quedando redactado su punto segundo en los siguientes términos:

“El cálculo de la cuantía de la garantía financiera partirá del análisis de riesgos medioambientales de la actividad que contendrá las siguientes operaciones:

a) Identificar los escenarios accidentales y establecer la probabilidad de ocurrencia de cada escenario.

b) Estimar un índice de daño medioambiental asociado a cada escenario accidental siguiendo los pasos que se establecen en el anexo III.

c) Calcular el riesgo asociado a cada escenario accidental como el producto entre la probabilidad de ocurrencia del escenario y el índice de daño medioambiental.

d) Seleccionar los escenarios con menor índice de daño medioambiental asociado que agrupen el 95 por ciento del riesgo total.

e) Establecer la cuantía de la garantía financiera, como el valor del daño medioambiental del escenario con el índice de daño medioambiental más alto entre los escenarios accidentales seleccionados. Para ello se seguirán los siguientes pasos [...]”.

Una vez estipulada la cuantía mínima para cada caso concreto, como ya se ha advertido anteriormente, se determinará de conformidad al estudio previo que se haga de la explotación sobre la intensidad y la extensión del daño potencial que dicha explotación industrial pueda ocasionar. Esta cuantía se destinará específica y exclusivamente a cubrir las responsabilidades medioambientales del operador por sus actividades económicas o profesionales, evitando que sea el propio Estado el que sufrague el coste de la reparación del daño y se haga así efectivo al citado principio.

La garantía no exime de tener otras que sean complementarias de aquella y que cubran cualquier otra responsabilidad, tampoco se podrá aplicar a otro fin que no sea el que ha justificado su constitución.

Antes de proceder a la fijación del importe de la garantía financiera obligatoria, se realizarán los oportunos análisis de riesgos, de la forma que reglamentariamente se establecen para cada actividad. Esta puede o no superar los límites establecidos -300.000 euros-. En el supuesto de no llegar a ellos, no sería

necesario disponer de la misma, dado que la ley exonera de la obligación de constituirla a aquellos operadores cuyas actividades sean susceptibles de originar daños inferiores a la cantidad establecida.

Lo mismo se aplicará a aquellos otros que no lleguen a ocasionar daños cuyo importe económico no sea superior a 200.000 euros y que estén adheridos a un sistema de gestión y auditoría medioambiental -EMAS-⁷⁰⁶ o al sistema de gestión medio ambiental UNE –EN ISO 14001⁷⁰⁷.

Si se van a cuantificar por primera vez los costes y riesgos ambientales de la empresa de forma obligatoria, no cabe la menor duda de que ello va a beneficiar la gestión medioambiental de la misma, así como la valoración de la cobertura del riesgo.

Estimamos que la fijación de la cuantía de la garantía financiera facilita la toma de decisiones en la empresa sobre la gestión del medio ambiente. En el sentido de que el operador, a la vista de los informes presentados del análisis de riesgos medioambientales, podrá adoptar las medidas de prevención necesarias para que su actividad presente menos riesgos para el medio ambiente.

A) Cuantía mínima

La cantidad mínima que deberá quedar fijada se obtendrá mediante el procedimiento establecido en el epígrafe anterior, para lo cual se seguirán los criterios técnicos en atención a métodos que reglamentariamente establezca la

⁷⁰⁶ Se trata de una normativa voluntaria de la UE. Que reconoce a aquellas estructuras industriales que han implantado un SGMA -Sistema de Gestión Medioambiental- comprometiéndose a la mejora continua de sus instalaciones, verificándolas mediante auditorías independientes.

⁷⁰⁷ Es una norma que es aceptada internacionalmente consistente en establecer cómo implantar un sistema de gestión medioambiental -SGM- eficaz. La norma se ha concebido con el fin de gestionar el delicado equilibrio entre el mantenimiento de la rentabilidad y la reducción del impacto medioambiental.

Autoridad competente, basados tanto en la intensidad⁷⁰⁸ como en la extensión⁷⁰⁹ del daño que pudiera causar la actividad para la cual se establece la garantía financiera obligatoria.

Estimamos que el límite mínimo que establece la norma no tiene un gran sentido para la responsabilidad medioambiental, más bien lo tiene para la propia entidad aseguradora, que así asegura una cantidad mínima. En todo caso, el establecimiento de dicha cantidad puede beneficiar también al operador al acreditar que el riesgo que entraña su actividad para el medio ambiente es mínimo, y no supera los límites a partir del cual es obligatorio disponer de dicha garantía.

Dicha cuantía se actualizará en los términos que se indique en el documento de constitución de la garantía. En todo caso, el operador podrá actualizarla una vez efectuado el análisis de riesgo y considerar que no está lo suficientemente cubierto -art. 38 del Reglamento-.

Debemos advertir en referencia a la cuantía mínima, que deberá quedar garantizada según determina el art. 24 de la LRM que ha sido modificado por la Ley 11/2014, de 3 de julio, con el fin de agilizar el procedimiento de constitución de la garantía financiera obligatoria. Para ello, se introduce una importante novedad en la Ley referida a quién corresponde la determinación de dicha cuantía. Con anterioridad a la modificación correspondía a la autoridad competente⁷¹⁰, con

⁷⁰⁸ Tanto la intensidad como su nivel están definidas en la letra e) del art. 2 del RD 2090/2008 de 22 de diciembre. *“Intensidad: severidad de los efectos ocasionados por el agente causante del daño”.*

“El nivel de intensidad”: consistirá en la clasificación de la severidad de los efectos ocasionados por el agente causante del daño atendiendo a parámetros como la mortalidad, la inmovilidad, la inhibición del crecimiento, la mutagenicidad, la teratogenicidad y carcinogenicidad, entre otros”.

⁷⁰⁹ Está igualmente definido en la letra d) del art. 2 del RD 2090/2008 de 22 de diciembre *“Extensión: cantidad de recurso o servicio dañado”.*

Las medidas para conocer la “extensión del daño”, se establecen en el RD 2090/2008 de 22 de diciembre, en su Anexo I parte II con el título “Extensión del daño”.

⁷¹⁰ Art. 24-2 de la LRM -original- *“La cantidad que como mínimo deberá quedar garantizada y que no limitará en sentido alguno las responsabilidades establecidas en la Ley, será determinada por la autoridad competente según la intensidad y extensión del daño que la actividad del operador pueda causar, de conformidad con los criterios que se establezcan reglamentariamente”.*

la actual redacción aportada por la ley citada -supra-, dicho trámite administrativo corresponde al operador⁷¹¹.

La citada garantía a tenor de lo dispuesto en el art. 24-2 de la LRM “no limitará en sentido alguno las responsabilidades establecidas en la ley, será determinada por el operador según la intensidad y la extensión del daño que la actividad del operador pueda ocasionar”.

El hecho de establecer una cuantía mínima, que deberá ser lo suficientemente amplia para hacer frente al coste del daño medioambiental, no conlleva considerar que la responsabilidad del operador quede limitada a la misma, ya que en el supuesto de que el coste por el daño ocasionado superase la cuantía mínima establecida, el operador tendrá que soportar el importe íntegro de la reparación. Por tal motivo se establecen los fondos de compensación de daños medioambientales⁷¹², según determina el art. 44-1 del RDL 2090/2008, de 22 de diciembre. La contribución al mismo se llevará a efecto por las entidades aseguradoras mediante recargo de la prima del seguro suscrito por el operador.

En este punto debemos tener presente la modificación del art. 33 de la LRM llevada a cabo por la Ley 11/2014, de 3 de julio. En su único artículo núm. 10, el párrafo segundo de su apartado primero queda redactado de la forma siguiente:

El Fondo estará destinado a prolongar la cobertura del mismo para las responsabilidades aseguradas en la póliza original, y en sus mismos términos, por aquellos daños que, habiendo sido causados por las actividades autorizadas durante el periodo de vigencia del seguro, se manifiesten o reclamen después del transcurso de los plazos de manifestación o reclamación admitidos en la póliza, y se reclamen en el transcurso, como máximo, de un número de años igual a aquel durante el cual estuvo vigente

⁷¹¹ Art. 24-2 LRM -actual- “La cantidad que, como mínimo, deberá quedar garantizada y que no limitará en sentido alguno las responsabilidades establecidas en la ley, será determinada por el operador según la intensidad y extensión del daño que la actividad del operador pueda causar, de conformidad con los criterios que se establezcan reglamentariamente”.

⁷¹² Este fondo de compensación forma parte del Consorcio de Cooperación de Seguros, es gestionado de forma independiente del resto de actividades del Consorcio.

la póliza de seguro, contados desde que ésta terminó y con el límite de 30 años.

En consecuencia, se conserva el sistema de aportación al Fondo, pero se suprime el fondo de insolvencia que estaba contemplado en el original del artículo citado apartado 2⁷¹³, manteniéndose el que se destina a prolongar la cobertura del seguro durante la vigencia de la póliza.

B) Cuantía máxima

Los límites cuantitativos máximos de la cuantía los establece el art. 30 de la LRM, modificado por la Ley 11/2014, estableciéndolos en su art. único núm. 8, en los siguientes términos:

“La cobertura de la garantía financiera obligatoria nunca será superior a 20.000.000 de euros. En cualquier caso, la constitución de esta garantía por la cobertura máxima no exime a los operadores de comunicar la constitución de dicha garantía financiera a la autoridad competente conforme al procedimiento establecido en el art. 24-3⁷¹⁴.”

En tal sentido, debe ser prioritario un sistema de evaluación del riesgo que facilite en términos objetivos la determinación de la cuantía y, por consiguiente, también de la prima. Su elaboración, análisis de los riesgos y cálculo de la cuantía, se efectuará mediante una tabla de baremos⁷¹⁵ establecida en el mismo Real Decreto. Cabe hacer notar que, en caso de acudir a la citada tabla para su cálculo,

⁷¹³ Art. 33-2 de la LRM “Con cargo al mismo Fondo, además, el Consorcio atenderá las obligaciones que, en los términos y con los límites de esta sección, correspondan a aquellos operadores que hayan suscrito una póliza de seguro, y cuya entidad aseguradora hubiera sido declarada en concurso o, habiendo sido disuelta, y encontrándose en situación de insolvencia, estuviese sujeta a un procedimiento de liquidación intervenida o ésta hubiera sido asumida por el propio Consorcio de Compensación de Seguros”.

⁷¹⁴ Ley 11/2014, de 3 de julio. Art. único núm. 5, apartado 3.

⁷¹⁵ Vid. Real Decreto 183/2015, artículo único. Dos. Referido al art. 33 de la LRM.

no es necesario realizar un análisis de riesgos, tal como establece el art. 36-2 del Reglamento.

C) Determinación de la cuantía financiera obligatoria

Es importante tener en cuenta que dicha garantía deberá quedar constituida desde el momento en que surta efecto el permiso de la Autoridad administrativa para el ejercicio de la actividad de que se trate.

En referencia a la actividad industrial del operador pueden darse dos situaciones:

-Que la actividad se desarrolle en más de una instalación, en tal situación se puede elegir entre tres opciones: una, consiste en suscribir una garantía independiente de cada instalación; dos, incluye en el mismo instrumento de garantía la actividad desarrollada por las diversas instalaciones; finalmente, y excepcionalmente, cuando la actividad y el riesgo de las instalaciones sean homogéneos y los riesgos asociados lo permitan, se pueden garantizar conjuntamente las instalaciones de que se trate, cuya garantía será la más alta de las que resulte tras calcular el importe de todas ellas.

-Cuando el operador desarrolle varias actividades en una sola instalación, con una única garantía puede cubrir la responsabilidad de sus actividades.

En cuanto a la cobertura de la garantía financiera y en el caso de que la elección del operador sea de una cuantía mínima, la ley establece que ésta deberá quedar garantizada y será determinada por el operador en función de del riesgo que asume y la extensión del daño que su actividad pueda causar, utilizando el cálculo de las operaciones establecidas en el art. único núm. 3 del Real Decreto

183/2015, de 13 de marzo que modifica el art. 33-2 de la LRM referida al cálculo de la garantía financiera⁷¹⁶.

Una vez calculada la garantía obligatoria, se añadirán a la misma los costes de prevención y evitación del daño, que serán como mínimo, el diez por ciento del importe total de la garantía, teniendo presente que dicha cantidad no limitará en sentido alguno las responsabilidades establecidas en esta ley. Es más, no condiciona al interesado para constituir una garantía por un importe mayor.

Opinamos que tanto el establecimiento de un mínimo como de un máximo de la cuantía de la garantía financiera obligatoria, no tiene repercusión importante ante la responsabilidad tal como ya apuntábamos anteriormente, puesto que, si el daño causado por el operador sobrepasa la cantidad máxima establecida en la póliza, el exceso será abonado por el operador causante del daño. Si éste no pudiese hacer frente económicamente a dicho coste, será el Fondo de Compensación de daños Medioambientales quien se haga cargo.

El sistema de garantías establecido en la LRM no es obstáculo para ejercer otro tipo de responsabilidades -v.gr. civiles, administrativas o penales- en las que pudiera incurrir el operador que por sus actividades causase un grave daño al medio ambiente.

4. SUJETOS GARANTIZADOS Y EXENCIONES

Vistas las garantías que pueden ser constituidas por la LRM, ésta canaliza la responsabilidad medioambiental sobre los operadores, tal como establece su art. 27, por ser éstos los titulares de las actividades económicas o profesionales.

⁷¹⁶ “El cálculo de la cuantía de la garantía financiera partirá del análisis de riesgos medioambientales de la actividad que contendrá las siguientes operaciones. [...]”.

No obstante, con la modificación de la LRM llevada a cabo por la Ley 11/2014, de 3 de julio⁷¹⁷, impulsada por el Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente -en adelante MAPAMA-, se amplían los sujetos garantizados por la contratación de garantías financieras incluyendo los subcontratistas, los profesionales que colaboren con dicho operador en la realización de la actividad autorizada y la persona o autoridad titular de las instalaciones, quedando el art. 27 de la LRM redactado de la siguiente manera:

“Tendrá la consideración de sujeto garantizado el operador de la actividad económica o profesional, pudiendo asimismo figurar como sujetos garantizados adicionales los subcontratistas, los profesionales que colaboren con dicho operador en la realización de la actividad autorizada y la persona o entidad titular de las instalaciones en las que se realice la actividad”.

De su análisis se deduce que la responsabilidad no se limita sólo al operador titular de la actividad económica o profesional, sino que además de éstos podrán asimismo figurar otros sujetos, denominados “sujetos garantizados” recogidos en el precepto.

No obstante, como ya anteriormente hemos advertido, no todos los operadores comprendidos dentro del ámbito del Anexo III están obligados a suscribir este tipo de garantías, ya que el art. 28 determina una serie de supuestos, los cuales quedan exentos de constituir dichas garantías⁷¹⁸.

A) Exenciones

El art. 28 de la LRM contempla las excepciones de constitución de garantías financieras obligatorias para ciertas actividades, basándose en el escaso potencial

⁷¹⁷ Ley 11/2014, de 3 de julio, por la que se modifica la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.

⁷¹⁸ Vid. art. 28 LRM que trataremos a continuación.

de las mismas para causar daños al medio ambiente, refiriéndose a sus apartados a), b) y c).

Respecto al apartado a), contempla aquellas actividades que presentan un escaso potencial de daños cuyo valor económico sea menor de 300.000 euros.

b) Se refiere a aquellos daños moderados, que la reparación de estos esté valorada entre 300.000 y 2 millones de euros.

c) Este apartado recoge los daños ocasionados por productos tóxicos para la agricultura.

Al respecto, debemos advertir que la modificación de la Ley llevada a cabo por la Ley 11/2014, de 3 de julio, en consonancia con 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, en su art. 32 añade un nuevo apartado d) al 28 de la LRM⁷¹⁹, que posteriormente la Ley 11/2014 matizaría dándole una nueva redacción -artículo único núm.7 letra d)-, quedando redactado en los siguientes términos:

“Los operadores de las actividades que se establezcan reglamentariamente atendiendo a su escaso potencial de generar daños medioambientales y bajo nivel de accidentalidad, quedando igualmente exentos de efectuar la comunicación prevista en el artículo 24.3”.

De lo que se deduce que, con la modificación citada, se añaden nuevos criterios, los cuales sirven para determinar por vía reglamentaria la exención de la

⁷¹⁹ “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”.

obligación de constituir garantía financiera obligatoria, atendiendo al escaso potencial de generar daños y al bajo nivel de accidentalidad medioambiental.

Debemos tener presente que las citadas exenciones quedarán sujetas a futuras revisiones, según se desprende de la Disposición Adicional Duodécima de la LRM⁷²⁰.

En consonancia, consideramos importante traer a colación el Real Decreto 183/2015, de 13 de marzo, por el que se modifica el Reglamento de desarrollo parcial de la LRM⁷²¹, por llevar a cabo una importante reducción de las actividades citadas en su Anexo III, excluyendo de la obligación de constituir garantía financiera obligatoria a los operadores cuyas actividades generen escasos daños medioambientales y bajo nivel de accidentalidad, y por tanto de realizar análisis de riesgos medioambientales, establecido en el apartado 2 b) art. 37 del Reglamento⁷²².

Además de las excepciones citadas, la Ley establece otras dos:

Una, contenida en la Disposición adicional tercera referida a la limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo y navegación interior, por la que se restringe la responsabilidad tal como se establece en el párrafo primero de la citada Disposición:

“Esta ley se entenderá sin perjuicio del derecho del operador a limitar su responsabilidad de acuerdo con el Protocolo de 1996

⁷²⁰ “Los umbrales establecidos en el artículo 28 de esta ley para determinar los operadores que quedan exentos de la obligación de constituir garantías financieras serán estudiados y revisados por el Gobierno a la luz de la experiencia derivada de la aplicación del método al que se refiere el artículo 24 para la fijación de la cobertura de las referidas garantías. Antes de 31 de diciembre de 2015 el Gobierno presentará un informe proponiendo el mantenimiento o, en su caso, la modificación, al alza o a la baja, de los citados umbrales”.

⁷²¹ Desarrollo ya citado en la letra D) del epígrafe 4º del Capítulo IV, de esta tesis.

⁷²² “Atendiendo a su escaso potencial de generar daños medioambientales y bajo nivel de accidentalidad, quedarán exentos de constituir la garantía financiera obligatoria, así como de efectuar la comunicación prevista en el artículo 24.3, los operadores del resto de actividades del anexo III de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, siempre que no estén incluidos en ninguno de los supuestos del apartado 2. a) anterior”.

que enmienda el Convenio de 19 de diciembre de 1976 sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo o con el Convenio de Estrasburgo sobre limitación de responsabilidad en la navegación interior de 1988, incluidas sus eventuales modificaciones futuras, vigentes en España, así como con la legislación nacional de desarrollo de ambos instrumentos internacionales”.

La segunda corresponde a la Disposición adicional séptima, referida a la inexigibilidad de la garantía financiera obligatoria a las personas jurídicas públicas. Con ello se libera de la aplicación del art. 24 LRM a las Administraciones públicas, con la excepción de las CC.AA. que serán éstas las que determinen si se aplica o no a los órganos dependientes de ellas.

Las medidas a las que hemos hecho referencia inducen a los operadores a exonerarse de la constitución de garantías financieras para sus actividades, restando con ello eficacia en la garantía de la prevención, evitación y reparación de daños medioambientales establecida en la Ley.

En esta línea se expresa PEDRAZA LÁINEZ “Lo que ha derivado en una patente inseguridad práctica e ineficacia preventiva, siendo esta última el fin esencial de la política medioambiental europea”⁷²³.

5. PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN DE LA GARANTÍA FINANCIERA OBLIGATORIA

A continuación, detallaremos los pasos a seguir por el operador en la constitución de la garantía financiera obligatoria para sus actividades.

⁷²³ PEDRAZA LÁINEZ, J.: *La Responsabilidad por daños al Medio Ambiente*. Edit. Aranzadi SA. Cizur Menor -Navarra- 2016, Pág. 235.

El cálculo de la garantía partirá de la elaboración de un análisis de riesgos medioambientales llamado “IARM”⁷²⁴, el cual será elaborado por la propia empresa o por un tercero especialista con capacidad para ello.

Actualmente el Ministerio de Agricultura, Pesca, Alimentación y Medioambiente está desarrollando un listado de empresas con capacidad para verificar IARM.

Una vez que el operador cuente con el citado análisis, se deberán cuantificar las probabilidades de que el daño acontezca y la valoración de los costes de prevención y evitación de este si llegase a suceder. Con los datos obtenidos, se puede determinar la cuantía de la garantía⁷²⁵. Finalizado el proceso, se puede elevar el informe- propuesta a la Autoridad competente correspondiente a cada comunidad autónoma.

Dicho informe-propuesta se sigue manteniendo en el citado Real Decreto 183/2015⁷²⁶, del 13 de marzo, en su artículo único punto 3 conforme al art. 33-1⁷²⁷, en los mismos términos que el art. 24-3 de la LRM, consistente en la obligación de elaborar un análisis de los riesgos medioambientales de su actividad, por dos motivos fundamentales:

-Primero, por ser una herramienta fundamental para la gestión de los riesgos medioambientales; además, sirven para determinar a qué tipo de riesgo está sometida la instalación y poder así usar los medios adecuados para reducir en lo

⁷²⁴ Los análisis de riesgos medioambientales sectoriales pueden consistir bien en modelos de informes de riesgos ambientales tipo, los llamados MIRAT, o bien en guías metodológicas para el análisis de riesgo, según el grado de homogeneidad del sector desde el punto de vista del riesgo medioambiental.

⁷²⁵ “La cuantía tendrá el carácter de mínima, ello no limita la capacidad del operador de suscribir una nueva garantía por un importe mayor, mediante el mismo instrumento u otros” – núm.4 punto 3º del artículo único del RD 183/2015 que modifica el Reglamento de desarrollo parcial de la LRM-.

⁷²⁶ Publicado en el BOE núm. 83, de 7 de abril de 2015.

⁷²⁷“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, los operadores de las actividades incluidas en el anexo III de la ley, sin perjuicio de las exenciones previstas en su artículo 28, deberán disponer de una garantía financiera que les permita hacer frente a la responsabilidad medioambiental inherente a su actividad”.

posible los efectos dañinos medioambientales que pueda generar la actividad del operador.

-Segundo, cabe destacar la importancia del análisis de riesgos medioambientales en cuanto a elemento esencial para determinar la cuantía de la garantía financiera obligatoria, y en su caso los costes económicos de la prevención y evitación del daño.

Los operadores podrán elaborar sus análisis de riesgos medioambientales tomando como base estas herramientas de análisis de riesgos sectoriales, que con carácter previo hayan sido informados favorablemente por la Comisión Técnica de Prevención y Reparación de Daños Medioambientales -“CTPRDM”- para cada sector.

El Reglamento introduce distintos instrumentos de carácter voluntario, que son los análisis de riesgos medioambientales sectoriales y las tablas de baremos. Estos están previstos para los sectores o pequeñas y medianas empresas que, por su alto grado de homogeneidad, permitan la estandarización de sus riesgos ambientales. Para ello, su art. 35-1 establece:

“Los análisis de riesgos medioambientales podrán elaborarse tomando como base los modelos de informe de riesgos ambientales tipo -MIRAT- o, en su caso, las guías metodológicas previo informe de la Comisión técnica de prevención y reparación de riesgos medioambientales para cada sector”.

6. FONDOS DE COMPENSACIÓN

Para resolver los casos donde surgen dificultades para asignar los costes de reparación de un daño medioambiental, los fondos constituyen una herramienta eficaz y útil para aquellos supuestos en los que no es posible exigir al operador el coste de la reparación por el daño causado por su actividad al medio ambiente, o

que el daño ocasionado no ha sido reparado por diversos motivos tales como: la no existencia del seguro, o que la propia aseguradora se haya declarado en concurso de acreedores o que sean insolventes los responsables. De tal manera que opera como un complemento a la garantía para la protección del medio ambiente, y así garantizar la efectividad del sistema de responsabilidad establecido en la LRM.

El fondo está destinado a prolongar la cobertura del seguro para las responsabilidades aseguradas en la póliza original, y también de aquellos daños que, habiendo sido causados por las actividades autorizadas durante el periodo de vigencia del seguro, se manifiesten o reclamen después del transcurso de los plazos de la póliza.

Se trata pues, de una alternativa válida para hacer frente a los problemas que puedan surgir por sobrepasar la cantidad garantizada por el seguro o por tratarse de daños ocasionados a bienes públicos.

Frente a los problemas de insolvencia por parte de los operadores, el fondo, tal como opina el Prof. RUDA⁷²⁸, puede ser una solución para aquellos supuestos en que es imposible probar el nexo causal.

Mediante este sistema de indemnización, los fondos se pueden organizar como una institución que puede ser de carácter:

-Privado. Son los llamados fondos de garantía mutua, es decir, que la responsabilidad económica por deterioro del medioambiente se reparte entre los operadores dedicados a la misma actividad empresarial.

-Público. En el caso de los que son instituidos por el Estado, generalmente dotados de recursos financieros provenientes de tasas e impuestos

⁷²⁸ Vid. RUDA GÓNZALEZ. A, *Daño ecológico ...*, cit., pág. 683.

de las empresas cuya actividad industrial se considere peligrosa para la contaminación, y estén debidamente autorizados por la Autoridad competente.

A) Clase de Fondos

La Ley de Responsabilidad Medioambiental no contempla un Fondo General de Compensación⁷²⁹, sólo establece los dos tipos de fondos ya citados anteriormente, que tienen como finalidad la reparación en última instancia de los daños ocasionados al medioambiente. Estos son:

- *“Fondos de compensación de daños medioambientales” -Fondo privado-*.

- *“Fondo Estatal de Reparación de daños Medioambientales”- de entidad pública-*.

a) Fondos de compensación de daños medioambientales

La LRM, con el fin de dar solución a los problemas que generaba la asignación de los costes por prevención y reparación de daños al medio ambiente, en su art. 33 prevé la constitución de dicho Fondo⁷³⁰. El citado artículo fue

⁷²⁹ En nuestro ordenamiento jurídico el fondo de compensación es el Consorcio de Compensación de Seguros, entidad autónoma supervisada por el Ministerio de Economía y Hacienda cuya función principal es la de compensar a la víctima cuando el responsable del daño no dispone de medios económicos para repararlo. Se rige por el RD 731-1987, de 15 de mayo por el que se aprueba el Reglamento del consorcio de Compensación de Seguros.

⁷³⁰ Desarrollado por el art. 44 del RD 2090/2008. Por ser un precepto muy extenso sólo transcribimos los puntos que consideramos más importantes:

1. Los titulares de actividades que, estando obligados a constituir una garantía financiera opten por la alternativa de contratar un seguro de responsabilidad medioambiental, deberán complementar dicha cobertura con la contribución al Fondo de compensación de daños medioambientales que será gestionado y administrado por el Consorcio de Compensación de Seguros. Dicha contribución se recaudará por las entidades aseguradoras junto con sus primas mediante un recargo en la prima del seguro, que será ingresado al Consorcio de forma mensual. La cuantía de la contribución se fijará mediante las tarifas que se aprueben por resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

modificado por el art. único.10 de la Ley 11/2014, de 3 de julio⁷³¹, según reza en su apartado tercero de la exposición de motivos VII con la siguiente redacción:

“Se hace necesario modificar el artículo 33, sobre el fondo de compensación de daños medioambientales del Consorcio de Compensación de Seguros. El propósito de la modificación es adaptar la regulación del fondo a la situación actual de la normativa nacional bajo la que está constituido, ya que actualmente opera un sistema de liquidación de entidades aseguradoras en situación de insolvencia, que es gestionado por el Consorcio de Compensación de Seguros, y que, de facto, supone un mecanismo de garantía para los asegurados de todos los ramos del seguro, que operaría también, llegado el caso, en relación con la cobertura de responsabilidad medioambiental. En consecuencia, y para evitar redundancias, se suprime el fondo por insolvencia contemplado en la original redacción del artículo, y se mantiene el que se destina a prolongar la cobertura del seguro para los daños ocurridos durante la vigencia de la póliza, pero con manifestación diferida”.

El Fondo de compensación de daños medioambientales está administrado y gestionado por el Consorcio de Compensación de Seguros⁷³² -entidad autónoma está adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda⁷³³-. El Consorcio está desarrollado por el art. 44 del RD 2090 /2008, de 22 de diciembre, por el que se

2. El Fondo estará destinado a prolongar la cobertura del seguro para las responsabilidades aseguradas en la póliza original y en sus mismos términos, por aquellos daños que, habiendo sido causados por las actividades autorizadas durante el periodo de vigencia del seguro, se manifiesten o reclamen después del transcurso de los plazos de manifestación o reclamación admitidos en la póliza, y se reclamen en el transcurso, como máximo, de un número de años igual a aquél durante el cual estuvo vigente la póliza de seguro, contados desde que ésta terminó y con el límite de 30 años. No obstante, dado que los plazos de manifestación y reclamación admitidos en la póliza incluyen los tres años siguientes a la terminación de la vigencia del seguro, el límite de la cobertura del Consorcio de Compensación de Seguros nunca sería superior a 27 años. En el supuesto de que en algún momento el seguro fuese interrumpido por no haberse procedido a su renovación, este periodo de interrupción será excluido a efectos de la cobertura del Fondo.

3. El Fondo no otorgará cobertura para:

a) Las actividades cuyos seguros hayan sido cancelados antes de cesar la actividad.

b) Los daños que hayan sido generados después de cesar la actividad, por haberse abandonado instalaciones con potencial contaminante sin cumplir con las medidas obligatorias para evitar el riesgo.

⁷³¹ A efectos de la citada modificación, también se adecuaron los apartados 3 y 4 del art. 44 de la Ley 11/2014, mediante el RD 183/2015, por el que se modifica el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.

⁷³² Entidad pública empresarial española con actividad en el sector del seguro español, está adscrito al Ministerio de Economía y Competitividad, a través de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

⁷³³ Vid Art. 1-2 del. Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros.

aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, en adelante -RDLRA-.

La financiación del fondo se sostiene con el recargo adicional que recae sobre la prima de seguro que el operador contrate para garantizar la responsabilidad medioambiental que se derive de su actividad, con ello el Fondo podrá sufragar los daños que las actividades de los operadores puedan causar al medio ambiente cuando éstos no puedan soportarlos.

Como es sabido, siguiendo al Prof. RUDA⁷³⁴, con el concepto de fondo se designa aquel patrimonio especialmente instituido, con o sin personalidad jurídica, organizado mediante formas de derecho privado o público con el que se persigue un determinado fin.

Se trata de una alternativa válida para hacer frente a los problemas que puedan surgir con ocasión de un daño ambiental y así poder hacer efectivo el principio de “quien contamina paga”, evitándose que el costo del daño recaiga sobre el operador que no lo ha causado, y no haya indicios para imputarle el daño.

Son fondos de carácter privado, y dado que el seguro es la forma habitual empleada por el operador para cubrir sus responsabilidades medioambientales, no se recurre habitualmente a la constitución de este tipo de fondos.

Es por ello, que dicha extensión deberá cubrir las responsabilidades aseguradas en la póliza por los daños que hubieran sido originados por el operador en sus actividades profesionales autorizadas durante el período de vigencia del seguro, y que se soliciten después del cumplimiento de los plazos de manifestación o reclamación admitidos en la póliza, que deberán reclamarse en el transcurso de tiempo de un número de años igual a aquél en que dicha póliza

⁷³⁴ RUDA GONZÁLEZ, A.: *Daño ecológico...*, cit., pág. 541.

haya estado en vigor, y con un límite máximo de treinta años⁷³⁵. Es decir, que sólo se abonará lo que se haya aportado al Fondo hasta el mismo momento en que se manifieste el daño.

Su objetivo principal es prolongar la cobertura del seguro de las responsabilidades aseguradas en la póliza original⁷³⁶, con el fin de facilitar la indemnización a los perjudicados y la restauración del medioambiente. Es decir, completar el resto de las garantías financieras en aquellos supuestos que se excedan de su cobertura.

También es igualmente válido para los supuestos en los que la entidad aseguradora esté declarada en concurso o esté sumida en un proceso de liquidación.

Estimamos que sería positivo que el fondo se financiará mediante dos sistemas, por las tasas, y por el importe de las sanciones que administrativamente pudiera imponer la Autoridad competente a las empresas que por su actividad industrial fuesen consideradas más peligrosas para la contaminación del medioambiente, e infringiesen la normativa aplicable para la protección del mismo.

1) Ventajas del Fondo

Las ventajas que supone disponer de un fondo son las siguientes:

- Se trata de un instrumento que da una respuesta rápida y eficaz a la reparación de un daño medioambiental y que no puede esperar a que concluya un expediente administrativo de responsabilidad.

⁷³⁵ Vid. Art. 44-2 R.D 2090. De 22 de diciembre y art. 33 del Fondo de Compensación de daños medioambientales del Consorcio de Compensación de Seguros.

⁷³⁶ Art. 44-2 del R.D. 2090, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007 de RM.

- Las sumas económicas de que dispone por las aportaciones al mismo, se dedican exclusivamente a la conservación y reparación del medioambiente.

- Cabe otra posible ventaja para el operador, que el coste de la reparación del daño no corre exclusivamente a cuenta suya, sino al propio fondo constituido “ad hoc”.

Todas las aportaciones que los operadores ingresen en un fondo de responsabilidad medioambiental sirven, exclusivamente, para acometer con prontitud la reparación de la degradación del medioambiente.

2) Desventajas del Fondo

Las desventajas que presenta este tipo de fondos son:

-La burocracia administrativa que le impide cumplir su objetivo principal, ya que la reparación de los daños medioambientales no puede depender de la disponibilidad de los presupuestos.

-La responsabilidad es limitada a los importes establecidos en el art. 24 de la Ley, mientras que con carácter general la responsabilidad medioambiental es ilimitada, de lo que se deduce que la solución de recurrir al Fondo resulta, a todas luces, insuficiente.

-El fondo no otorga cobertura para ciertas actividades y daños tales como: Actividades cuyos seguros hayan sido cancelados antes de cesar la actividad. Los episodios de contaminación que fuesen reclamados por primera vez después de transcurrido el plazo de aplicación.

Los daños o responsabilidades que no hubieran tenido cobertura en el seguro si la póliza estuviera en vigor. Daños que hayan sido generados después

de cesar la actividad, por haberse abandonado las instalaciones industriales con potencial contaminante.

Existe otro inconveniente, consiste en que las empresas son poco propicias a este tipo de fondos puesto que ello implica la aportación de cantidades apreciables de capital económico para combatir la contaminación ocasionada por otras empresas con las que tienen que competir en el mercado.

B) Fondo estatal de reparación de daños medioambientales

La LRM prevé la creación de este tipo de fondo en su art. 34 con el fin de sufragar los costes derivados de las medidas de prevención, evitación y reparación de los bienes de dominio público, cuando sea posible la aplicación de lo dispuesto en el art. 7-3 -competencias de la Administración General del Estado en materia de aguas y de costas de titularidad estatal-, en concordancia con los arts. 14-2 -referido a la culpa, dolo o negligencia del operador- y 15-2 de la LRM, el cual remite a la normativa autonómica para la recuperación de los costes imputables a las medidas de reparación de los daños medioambientales.

Se trata de un tipo de fondo muy limitado, puesto que cubre solamente los daños que se ocasionen a los bienes públicos de titularidad estatal.

El fondo es gestionado por el Ministerio de Medio ambiente, Medio Rural y Marítimo⁷³⁷, se dotará con recursos procedentes de los Presupuestos Generales del Estado.

Respecto a las CC. AA, y según dispone el art. 34-2 de la LRM, éstas podrían participar tanto en la financiación como en la gestión del Fondo estatal de reparación de daños medioambientales -en adelante FERDM-, a través de los

⁷³⁷ Hoy Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente.

correspondientes instrumentos de colaboración y en esos supuestos se ampliaría el ámbito de cobertura del Fondo.

La LRM al referirse a sufragar los costes derivados de las medidas de prevención, de evitación o reparación se remite a los art. 7-3⁷³⁸, ello nos plantea dudas sobre el ámbito de aplicación del fondo.

En efecto, en referencia al citado artículo, su ámbito de aplicación es limitado, puesto que sólo abarca a los bienes de dominio público de titularidad estatal -competencia de la Administración General del Estado en materia de aguas y costas-. Sin embargo, la conexión con el art. 14-2 no hace referencia alguna a las medidas de prevención y evitación, tan sólo se refiere a los costes imputables a las medidas reparadoras cuando se demuestre que el operador no ha incurrido en dolo, culpa o negligencia y que concurran algunas de las circunstancias previstas en el mismo precepto. Como se observa, existe una disfunción que pudiera originar dudas en su interpretación.

Con respecto al art. 15-2 de la LRM, poco más se puede añadir a lo que establece dicho precepto por lo claro de su exposición. Su apartado 2 se remite a los supuestos previstos en el art. 14-2, en cuyo caso el operador tendrá el derecho a recuperar los costes que le imputaron por la reparación del daño ocasionado al medio ambiente, al amparo de los términos establecidos en la normativa autonómica. De lo que se deduce que serán las CC. AA, las que decidan las medidas que consideren más adecuadas para la recuperación de los costes de reparación del daño ambiental, salvo lo dispuesto en el art. 34 de la LRM.

⁷³⁸ “Cuando, en virtud de lo dispuesto en la legislación de aguas y en la de costas, corresponda a la Administración General del Estado velar por la protección de los bienes de dominio público de titularidad estatal y determinar las medidas preventivas, de evitación y de reparación de daños, aquella aplicará esta ley en su ámbito de competencias”.

C) El Aval

El aval es sinónimo de garantía y en el caso de daño ambiental, sirve para garantizar las responsabilidades medioambientales que asume avalado -operador-. Se trata pues, de una herramienta económica que sirve para cubrir al operador en caso de que éste no se haga cargo de los costes de prevención o de reparación medioambientales y en su caso sea el avalista⁷³⁹ quien abone dicho importe, siempre que aquél no pueda hacerlo por insolvencia económica.

En palabras del Prof. ÁNGEL CARRASCO PERERA⁷⁴⁰, nos dice: “El aval es una garantía personal que se caracteriza por doble singularidad de la forma de su constitución -en el documento letra de cambio- y por el tipo de obligación que garantiza -la obligación cambiaria del avalado, directa o de regreso-.

En definitiva, constituye una forma de garantizar o asegurar el cumplimiento de una obligación económica por parte del avalista que se declara dispuesto a hacerse cargo de las obligaciones del avalado.

Su objetivo consiste en cubrir económicamente las obligaciones que contrae el avalado, y como tal sistema, sirve para garantizar las responsabilidades que éste asume, así como para abonar el pago de las indemnizaciones que pudieran corresponderle por el deterioro que éste ocasione al medio ambiente por sus actividades económicas o profesionales, y siempre que no cumpliera con las mismas.

Existen diferentes formas de calificar los avales, entre ellas el aval personal consistente en que las entidades financieras que lo otorgan, se comprometen a respaldar al avalado en el pago de la deuda que éste contraiga en caso de que no la haga efectiva, se trata de una garantía económica adicional al patrimonio del

⁷³⁹ Avalista, es la persona física o jurídica garante de obligaciones ajenas, éste se compromete a cubrir el pago de lo pactado, en caso de que el avalado no cumpliera con lo pactado.

⁷⁴⁰ CARRASCO PERERA, A.: *Tratado de Derecho de Garantías*, Tomo I, segunda Edición -primera en la colección Nuevos Clásicos-, AA. VV, Edit. Aranzadi SA. Cizur Menor -Navarra-, 2008, pág.556.

avalado, siempre que éste no pudiera hacerlos efectivos por falta de liquidez económica o insolvencia.

La LRM en su art. 26, establece las diversas modalidades de garantía financiera obligatoria, entre ellas cita en su apartado b) al Aval: “*La obtención de un aval, concedido por alguna entidad financiera autorizada a operar en España*”.

Para ello, se deberá tener en cuenta, la normativa ambiental referida a esta materia, el art. 41-1⁷⁴¹ del RD 2090/2008 constata el modo de constituirse dicho aval bancario o por cualquier otra entidad financiera que opere en España a favor de entidades privadas, de la Administración del Estado o de Comunidad Autónoma.

No debemos olvidar que ese sistema supone un gran inconveniente para la empresa por afectar a la capacidad crediticia, pues disminuye su línea de crédito hacia el exterior, es decir, que la empresa en este caso podría disponer de ese crédito y destinarlo a otros recursos más productivos para sus intereses económicos.

Existen algunas diferencias entre este sistema de garantía con respecto al seguro medioambiental como:

-En el seguro de responsabilidad ambiental, el asegurado se somete previamente a un examen de evaluación de riesgo de la actividad a la que se

⁷⁴¹ Vid. Artículo 26 a) de la LRM y artículo 41. *Avales*. Del RD 2090/2008.

“1. *La garantía financiera podrá constituirse mediante aval otorgado por bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito, sociedades de garantía recíproca o establecimientos financieros de crédito.*

2. *Cuando esta garantía se constituya a favor de la Administración General del Estado, se depositará en la Caja General de Depósitos o en alguna de sus sucursales, encuadradas en las Delegaciones de Economía y Hacienda se ajustará a los requisitos previstos en su Reglamento, aprobado por el Real Decreto 161/1997, de 7 de febrero.*

3. *Cuando la garantía se constituya a favor de una comunidad autónoma, se depositará en el órgano que disponga la comunidad autónoma y se ajustará a los requisitos previstos en su normativa reguladora*”.

pretende asegurar por parte de la entidad aseguradora. En el aval, el avalista sólo se centra en analizar la solvencia económica del avalado y la posibilidad que éste tiene de cumplir con las obligaciones legales y económicas que ha aceptado.

-Otra importante diferencia reside en el modo de transferir el riesgo, en el seguro la entidad aseguradora asume los costes de la reparación hasta el límite fijado en la póliza, adquiriendo así la responsabilidad de la reparación en lugar del operador⁷⁴². Por el contrario, en el aval tiene que darse la circunstancia de que el avalado no pueda soportar económicamente el gasto que supone el cubrir las responsabilidades medioambientales y, en tal supuesto, el avalista anticipa el coste de la reparación, para después ser reembolsado por el avalado.

D) La Reserva técnica

Esta se podrá constituir de conformidad con lo establecido en los artículos 42, del R.D 2090/2008⁷⁴³ y 26 c) de la LRM⁷⁴⁴.

El operador podrá constituir una reserva técnica con un fondo “ad hoc” con una dotación en inversiones financieras respaldadas por el sector público en un plazo máximo de cinco años desde que la garantía financiera sea exigible; su reposición se llevará a cabo mediante otra nueva reserva técnica o a través de cualquier otra modalidad de garantía.

⁷⁴² En este caso, creemos que uno de los inconvenientes que presenta el contrato de seguro de medio ambiente, es que el operador que contrata el seguro, al no tener la amenaza de ser él quien tenga que correr con los gastos del siniestro, no ponga toda la diligencia debida en la prevención del mismo, bien es verdad que para tratar de evitar tal situación, se podría aplicar la fórmula de “bonus-malus” que en el seguro del automóvil está dando tan buenos resultados.

⁷⁴³ Su apartado 1º dice: “*El operador podrá constituir la reserva técnica prevista en el artículo 26.c) de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, en el plazo máximo de cinco años desde que la garantía financiera sea exigible. Hasta dicha fecha la responsabilidad medioambiental se cubrirá con cualquiera de las otras dos modalidades previstas en dicho artículo*”.

⁷⁴⁴ “*Establece las diferentes modalidades en que podrán constituirse las garantías financieras, las cuales podrán ser alternativas o complementarias entre sí, tanto en su cuantía, como en los hechos garantizados*”.

Dicho fondo es para responder de los eventuales daños medioambientales que pueda ocasionar el operador por su actividad profesional.

En la introducción del capítulo III sección 2ª del R.D. 2090/2008, al referirse a la Reserva Técnica nos dice: “*se regulará su constitución, su materialización en Deuda Pública para garantizar la estabilidad de la inversión, así como su reposición*”. En el mismo cuerpo legal en su art. 42⁷⁴⁵, establece el modo de constituirla.

⁷⁴⁵ Artículo 42. *Reservas técnicas.*

“1. El operador podrá constituir la reserva técnica prevista en el artículo 26.c) de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, en el plazo máximo de cinco años desde que la garantía financiera sea exigible. Hasta dicha fecha la responsabilidad medioambiental se cubrirá con cualquiera de las otras dos modalidades previstas en dicho artículo.

2. Esta reserva se reflejará en la contabilidad de la empresa en una cuenta denominada «Reserva técnica de responsabilidad medioambiental prevista en el artículo 26.c) de la Ley 26/2007, de 23 de octubre».

3. La materialización de la reserva técnica tendrá que garantizar el valor de la cuantía de la garantía en términos nominales”.

CAPÍTULO IX

COBERTURA DE LA RESPONSABILIDAD DEL OPERADOR Y DEL ADMINISTRADOR POR DAÑOS AL MEDIOAMBIENTE

INTRODUCCIÓN

En este capítulo se van a estudiar diferentes tipos de seguros que pueden servir para cubrir las distintas responsabilidades que se pueden derivar de la responsabilidad medioambiental. En tal sentido, nos vamos a referir al seguro de responsabilidad medioambiental como la manera más genuina de protección arbitrada por la LRM. Pero también debe hacerse referencia a la figura más clásica del seguro de contaminación y, por último, a la posibilidad de cobertura de las responsabilidades de los administradores y directivos -D&O- del operador que cause daños medioambientales, mediante figuras de seguro que cubran su responsabilidad en general.

1. SEGURO DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL

Debemos recordar que la LRM, aparte de instaurar un régimen de responsabilidad ilimitada, establece una serie de requisitos para que los operadores puedan afrontar las responsabilidades derivadas de un daño ambiental, así como soportar los elevados costes económicos que supone aplicar las medidas de prevención, evitación y reparación de éstos.

Como ya hemos dicho, la LRM establece un régimen de responsabilidad objetiva para todos los operadores que estén comprendidos en el ámbito que establece el Anexo III de la Ley, y teniendo en cuenta el principio “quien contamina paga”, se hace necesario para cualquier empresa que inicie su

actividad, la constitución de una garantía financiera para dar cumplimiento a los arts. 9-2 y 24 de la LRM.

Este tipo de seguro resulta ser un instrumento económico que cumple una triple función. La de prevención, la de evitación y por último la de reparación. De hecho, a toda empresa que formaliza un contrato de seguro por contingencias medioambientales, la compañía aseguradora le exigirá antes de suscribir póliza del seguro, que se someta a una auditoría ambiental en una de las modalidades establecidas en el art. 26 de la LRM. De esta manera se fomenta que la empresa no pierda el interés por preservar en buen estado el medio ambiente que le rodea.

Para tal fin, consideramos que el seguro de responsabilidad medioambiental, por sus características especiales, es la herramienta adecuada para mitigar los costes que conllevan las obligaciones impuestas por la Ley al operador, y al mismo tiempo proteger el patrimonio de éste de los imprevistos que puedan surgirle en el desarrollo normal de su actividad.

Visto lo anterior, de las tres modalidades de garantías financieras citadas en el art. 26 de la LRM, estimamos que el que mayores ventajas aporta a la empresa es el seguro de responsabilidad medioambiental, por los siguientes motivos:

-Se considera una herramienta efectiva y fortalecedora de la institución del régimen de responsabilidad por daños al medio ambiente, y un importante mecanismo de indemnización para los siniestros ocasionados al medio ambiente siempre que los costes de la reparación estén cubiertos por una póliza de seguros.

-Es un instrumento práctico para no bloquear recursos económicos de la empresa, transfiere el riesgo y es más flexible y adaptable que los restantes modelos de garantías obligatorias establecidas en la LRM.

-En el supuesto de que el tomador del seguro lo vincule a la calidad de gestión de riesgos de la empresa, el seguro tendrá un efecto disuasorio y fomentará la prevención de accidentes medioambientales.

-Constituye un instrumento eficaz de gestión medioambiental, debido a que el importe de la prima se establece proporcionalmente al riesgo asumible y a la prevención que sobre el mismo se lleve a efecto por parte de la empresa, es decir, a mayor prevención menor importe de la prima.

Al respecto, y como acertadamente señala el Prof. Martín Osante⁷⁴⁶, al referirse a la prima neta -pura o de riesgo- que dice: “equivaldría al riesgo que el asegurador asume, y su cálculo se realiza teniendo en cuenta la naturaleza, la intensidad o importancia y la probabilidad del riesgo”.

En la formalización de posteriores contratos de seguro, la empresa aseguradora lo tendría en cuenta ampliando o rebajando su prima de seguro, según la empresa esté involucrada en mayor o menor medida en la prevención y protección medioambiental.

Es lógico pensar que en el momento en que se relacione el coste de la prima con la gestión ambiental que lleva a cabo la empresa, el seguro, evidentemente, se canalizará hacia las actuaciones de prevención, es decir, cuanta mayor preocupación y vigilancia por parte de la empresa hacia el medioambiente que le rodea, menor será el riesgo para el medio ambiente, y en consecuencia, repercutirá en el importe de la “prima” que será de menor cuantía; y, correlativamente y como resultado, será menor el riesgo de originarse un daño al medio ambiente y ello redundará en el coste de la prima.

⁷⁴⁶ MARTIN OSANTE, J.M.: *El Seguro de Responsabilidad Civil Empresarial*. Edit. Marcial Pons, Madrid 2018, pág. 137.

2. SUJETOS DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL

Con carácter general, en todo contrato de seguro participan en el mismo los siguientes elementos personales:

-Asegurador, persona jurídica que cubre el riesgo pactado contractualmente en la póliza, asumiendo la indemnización que corresponda cuando se haya producido el siniestro.

La Ley le exige al operador de seguros que obtenga una autorización administrativa previa para el ejercicio de la actividad que se pretende asegurar y estar dado de alta en un Registro especial en el Ministerio de Economía y Hacienda.

- El tomador, es la persona física o jurídica que suscribe el contrato estableciendo una relación contractual con la aseguradora y asumiendo las obligaciones que en el mismo contiene. Lo habitual será que el titular del interés sea el que contrate el seguro, puesto que la que se verá afectada en caso de un siniestro es su propia responsabilidad.

-El asegurado, figura contemplada en los seguros de responsabilidad por contaminación de determinadas actividades industriales -v.gr. estaciones de depuración de residuos, canteras o bolsas de almacenamientos de lodos-, pudiendo éste coincidir con el contratante o tomador del seguro.

-El perjudicado: Es aquella persona de naturaleza física o jurídica sobre la que recaen los beneficios del seguro. Esta figura es propia de los seguros de responsabilidad civil.

En lo que respecta a la responsabilidad medio ambiental, la LRM le confiere al operador como tomador del seguro y asegurado principal, la consideración de sujeto garantizado de la actividad económica que va a

desarrollar. Ello no impide que en el contrato de seguro se pacte la extensión del mismo a directivos y empleados de la actividad⁷⁴⁷.

A) Asegurador y sus obligaciones

A efectos del contrato de seguro medioambiental, el asegurador es la persona física que dispone de la autorización administrativa pertinente para operar en España⁷⁴⁸. Es una de las partes que suscribe el contrato junto al tomador, comprometiéndose a asumir las obligaciones derivadas del contrato y a satisfacer la indemnización que corresponda dentro de los términos pactados en el contrato de seguro, dependiendo del tipo de riesgo que esté asegurado en la póliza.

La LRM se refiere al asegurador en su art. 26 a) estableciendo:

“Una póliza de seguro que se ajuste a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, suscrita con una entidad aseguradora autorizada para operar en España. En este caso, corresponderán al Consorcio de Compensación de Seguros las funciones a que se refiere el artículo 33”.

De lo que se deduce del citado precepto que la entidad aseguradora que preste el servicio de aseguramiento, deberá estar autorizada administrativamente -Ministerio de Economía y Hacienda- e inscrita en el registro de las entidades de seguros, llevado por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, dado que si carece de alguno de los dos requisitos citados, el contrato de seguro

⁷⁴⁷ Vid. Art. 27 de la LRM.

⁷⁴⁸ Art. 27.1 de Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras -LOSSEAR-“*El acceso a las actividades definidas en el artículo 3.1 por entidades aseguradoras y reaseguradoras domiciliadas en España estará supeditado a la previa obtención de autorización administrativa del Ministro de Economía y Competitividad*”.

podría declararse nulo en base al Art. 4-2 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados⁷⁴⁹ -en adelante TRLOSSP-.

La Ley del Contrato de Seguro de 1980, en su art. 1 establece el deber de las entidades aseguradoras. Son las que asumen la obligación del pago de la indemnización en caso de producirse el siniestro. Dichas entidades deberán adoptar una de las seis formas jurídicas establecidas en el art. 27 de la LOSSEAR: sociedad anónima, sociedad anónima europea, mutua de seguros, sociedad cooperativa, sociedad cooperativa europea y mutualidad de previsión social.

En lo que concierne al deber de cubrir el importe de la indemnización, el asegurador está obligado a satisfacerlo según se desprende del art. 18 de la LCS⁷⁵⁰, deber que asume el asegurador, puesto que el tomador se ha comprometido a pagar la prima correspondiente. Con ello pretende que el asegurador asuma el riesgo que está establecido en el contrato de seguro, y cumpla con abonar la indemnización pactada en caso de producirse el siniestro.

El contrato queda perfeccionado en el momento en que las partes aceptan las condiciones establecidas en el mismo, y su duración queda determinada en la póliza, que rubrican mediante la firma ambas partes.

⁷⁴⁹ “Serán nulos de pleno derecho los contratos de seguro y demás operaciones sometidas a esta ley celebrados o realizados por entidad no autorizada, cuya autorización administrativa haya sido revocada, o que transgredan los límites de la autorización administrativa concedida. Quien hubiera contratado con ella no estará obligado a cumplir su obligación de pago de la prima y tendrá derecho a la devolución de la prima pagada, salvo que, con anterioridad, haya tenido lugar un siniestro; si antes de tal devolución acaece un siniestro, amparado por el contrato si hubiera sido válido, nacerá la obligación de la entidad que lo hubiese celebrado de satisfacer una indemnización cuya cuantía se fijará con arreglo a las normas que rigen el pago de la prestación conforme al contrato de seguro, sin perjuicio del deber de indemnizar los restantes daños y perjuicios que hubiera podido ocasionar”.

⁷⁵⁰ “El asegurador está obligado a satisfacer la indemnización al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo”.

B) El tomador del seguro y asegurado

El tomador del seguro es la persona que, juntamente con el asegurador, suscribe un contrato de seguro. Puede ser cualquier persona física o jurídica, obligándose a pagar la prima y asumiendo todas las obligaciones que de él se deriven.

Debemos puntualizar que, según lo dispuesto en el art. 7 de la LCS⁷⁵¹, el tomador del seguro puede suscribir el contrato de seguro de dos formas diferentes: por cuenta propia, en cuyo caso coincide que la figura del tomador y asegurado; es la misma persona, es decir, que el tomador y asegurado es la misma persona. En el segundo supuesto, que el tomador actúe por cuenta ajena, en este caso el tomador y el asegurado son personas distintas, correspondiendo al primero las obligaciones y deberes que se deriven del contrato, salvo aquellos que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado. También puede darse esta situación cuando el tomador del seguro es titular de una asociación de empresarios de un determinado sector, o una sociedad que contrate un seguro para una de sus filiales. En tales supuestos el tomador deberá pagar la prima del seguro y cumplir con las obligaciones estipuladas en la póliza propias del tomador.

La situación anterior en los seguros de responsabilidad medioambiental no se suele dar, ya que lo habitual es que sea la propia persona titular del interés objeto del contrato de seguro quien suscriba el contrato.

⁷⁵¹ “El tomador del seguro puede contratar el seguro por cuenta propia o ajena. En caso de duda se presumirá que el tomador ha contratado por cuenta propia. El tercer asegurado puede ser una persona determinada o determinable por el procedimiento que las partes acuerden.

Si el tomador del seguro y el asegurado son personas distintas, las obligaciones y los deberes que derivan del contrato corresponden al tomador del seguro, salvo aquellos que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado. No obstante, el asegurador no podrá rechazar el cumplimiento por parte del asegurado de las obligaciones y deberes que correspondan al tomador del seguro.

Los derechos que derivan del contrato corresponderán al asegurado o, en su caso, al beneficiario, salvo los especiales derechos del tomador en los seguros de vida”.

a) Obligaciones del tomador y asegurado

En el seguro medioambiental, el sujeto que asume la responsabilidad es el “operador”, definido en la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental en su art. 2-10.

Sus principales obligaciones están establecidas en los arts. 10 y 11 de la LCS.

Como tomador del seguro tiene el deber de la declaración y delimitación de riesgo, pues en base a dicha obligación se puede determinar el coste de la prima. La LCS en su art. 10 párrafo primero⁷⁵², regula esta declaración con el fin de que los datos que aporta el tomador sean ciertos y no se oculte falsedad alguna sobre el riesgo que pueda afectar a la esencia propia del contrato.

El tomador deberá hacer constar que la garantía que cubre los daños que pueda originar por su actividad industrial y económica está contemplada en la póliza del seguro. Además, deberá cumplir otras obligaciones, como hacer efectivo el pago de la prima dentro del plazo que se haya estipulado en el contrato.

Tiene igualmente que cumplir con otras obligaciones que resultan del contrato de seguro, como prestar informes acerca de circunstancias que resultan trascendentales para que el asegurador establezca una visión completa del estado del riesgo y de todas las circunstancias que puedan agravarlo. Igualmente tiene el deber de ofrecer toda la información del siniestro -si ocurriera-, la notificación de la transmisión del objeto asegurado y la existencia de pluralidad de seguros si la hubiese.

⁷⁵² “El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él”.

b) Ámbito de aplicación

El art. 25-1 de la LRM al referirse al ámbito de aplicación cubierto por la garantía, se limita sólo a decir: “*estará destinado específica y exclusivamente a cubrir las responsabilidades medioambientales del operador que se deriven de su actividad económica o profesional*”. De lo que se deduce que sólo cubre aquella actividad autorizada que éste realice.

En la praxis la mayoría de los operadores realizan varias actividades dentro de la empresa y esta puede efectuarse en diversos lugares. El art. art. 40-2 del Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre, al referirse al operador cuando este desarrolle su actividad en más de una instalación, le brinda al operador elegir entre dos opciones: a) La constitución de instrumentos de garantía independientes para cada instalación y b) La inclusión, en un mismo instrumento de garantía, de la actividad desarrollada por todas las instalaciones.

Debemos puntualizar que el aludido apartado fue modificado por el Real Decreto 183/2015, de 13 de marzo, “por el que se modifica el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, aprobado por el Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre”, quedando redactado de la forma siguiente:

“Cuando el operador desarrolle su actividad en más de una instalación, con independencia de que esté sujeta a la misma o a distintas autorizaciones, podrá elegir entre estas dos opciones:

“a) La constitución de instrumentos de garantía independientes para cada instalación.

b) La inclusión, en un mismo instrumento de garantía, de la actividad desarrollada por todas las instalaciones. El análisis de riesgos que sirva de punto de partida para la fijación de la cuantía de este instrumento de garantía deberá realizarse para cada instalación o, si se opta por un único documento, particularizarse para cada instalación, conforme a todos los requisitos establecidos en este reglamento para el análisis de riesgos.

c) Excepcionalmente, cuando el grado de homogeneidad de las instalaciones y de sus riesgos asociados lo permitan, y así se derive de su

análisis de riesgos, un operador podrá garantizar un conjunto de instalaciones de las que sea titular a través de un único instrumento de garantía, cuya cuantía será la más alta de las resultantes tras calcular la garantía que corresponda a cada una de dichas instalaciones.

En los supuestos de los apartados b) y c), el instrumento de garantía incorporará una cláusula con el objeto de asegurar que, por ocurrir un siniestro en alguna de las instalaciones, las garantías no quedan reducidas o agotadas para el resto. Asimismo, en estos casos la declaración responsable de haber constituido una garantía financiera se podrá presentar ante la autoridad competente de la comunidad autónoma en que se encuentre el domicilio social del operador o en que se ubique la instalación con la cuantía de garantía financiera más alta. El operador comunicará a la autoridad competente en el territorio de las restantes instalaciones la constitución de la garantía financiera”.

A la vista de la redacción de este último párrafo, en los supuestos donde varias actividades queden cubiertas por una misma garantía, ésta deberá contener una cláusula que especifique, que en caso de siniestro de una o varias actividades, la garantía que las ampara no queda reducida ni agotada para el resto.

c) Elementos fundamentales del contrato de seguro

En el contrato de seguro siempre se han distinguido cuatro elementos como son el riesgo, el siniestro, la suma asegurada y el interés.

- “Riesgo”, éste es el componente principal del contrato⁷⁵³, puesto que si no existe riesgo el contrato será declarado nulo en base a lo preceptuado en el art. 4 de la LCS. Su función es cuantificar e identificar las causas potenciales que puedan originar pérdidas al operador, entre ellas podemos citar los costes de los daños medioambientales.

⁷⁵³ Vid. En este mismo capítulo punto 10, desarrollamos el tema con mayor amplitud.

- “Siniestro”⁷⁵⁴, se puede decir que es la fase final de la producción del evento asegurado. El siniestro medioambiental es el perjuicio causado a un recurso natural, en virtud del cual, el asegurado se ve en la necesidad de adoptar medidas y efectuar determinados gastos para prevenirlo, así como para atenuar sus consecuencias.

- “Suma asegurada”⁷⁵⁵, en materia de contratación de seguros es el valor que se le atribuye por parte del tomador a los bienes cubiertos por la póliza de seguro, cantidad económica que está obligado el asegurador a pagar en caso de que se produzca el siniestro.

En el caso de la responsabilidad medioambiental, la suma asegurada queda a criterio del operador. Para determinarla, aplicará a cada caso concreto los criterios y metodología que establezca el reglamento de valoración de daños, si bien es verdad, que el apartado primero del art. 30 de la LRM establece los límites cuantitativos de dicha garantía, lo que al respecto dispone lo siguiente:

La cobertura de la garantía financiera obligatoria nunca será superior a 20.000.000 de euros. En cualquier caso, la constitución de esta garantía por la cobertura máxima no exime a los operadores de comunicar la constitución de dicha garantía financiera a la autoridad competente conforme al procedimiento previsto en el artículo 24.3.

En la relación entre la suma asegurada y el valor del interés, el Prof. VICENT CHULIÁ⁷⁵⁶, nos señala diversas situaciones: seguro pleno o coincidencia entre ambos; póliza estimada o de común acuerdo entre el valor

⁷⁵⁴ “En el contrato de seguro, concreción del riesgo cubierto en dicho contrato y que determina el nacimiento de la prestación del asegurador”. Vid. Diccionario de la Real Academia Española. Edición del Tricentenario, actualización 2018, término “siniestro” núm. 5. Der. <https://www.dle.rae.es/?id=XyrEzmC>.

⁷⁵⁵ “Art. 27 de la LCS “La suma asegurada representa el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurador en cada siniestro”.

⁷⁵⁶ VICENT CHULIÁ.: *Introducción al Derecho...*, cit., pág. 918.

asignado y el interés asegurado; la suma asegurada inferior al valor del interés, y por último, sobre seguro o suma asegurada superior al valor del interés.

- “Interés”, es un requisito indispensable para la validez del contrato⁷⁵⁷. En los seguros de daños es la relación de contenido económico entre la persona y un bien asegurable por parte de quien desea cubrir algún tipo de riesgo, y en el caso del seguro de responsabilidad medioambiental, es generar una obligación de reparación como consecuencia de un daño que se pueda producir por el ejercicio de algunas de las actividades del operador.

Resumiendo, debe entenderse como tal la posición que adopta el asegurado respecto de un posible deterioro de un bien de su propiedad que le hace susceptible de un daño al producirse el evento. En parecidos términos se expresa el profesor URÍA⁷⁵⁸. El interés asegurable deberá ser lícito, puesto que los opuestos a la Ley no son asegurables. Es decir, para que el interés sea asegurable, es necesario que se trate de un interés legítimo y su estimación pueda valorarse económicamente.

3. CARACTERÍSTICAS DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL

El contrato de seguro medioambiental presenta las siguientes características:

Debemos precisar que nos encontramos ante un contrato de seguro de características especiales, lo que obliga a un tratamiento específico debido a su manifestación a largo plazo o incluso de carácter permanente. Ello lo hace en cierta manera diferente al seguro de responsabilidad civil en general, simplemente

⁷⁵⁷ Vid. Art. 25 LCS.

⁷⁵⁸ URÍA: *Derecho Mercantil...*, cit., pág. 655.

por el hecho de que su fundamento principal se basa en la cobertura de un bien público, y éste no activa los fundamentos de derecho sobre los que descansa la responsabilidad civil, más bien lo hace decantándose con frecuencia hacia el ámbito del Derecho administrativo.

-Con carácter general se configura como un contrato de adhesión, el cual ofrece escasa participación al tomador o asegurado, puesto que las cláusulas que contiene están ya preestablecidas por la empresa aseguradora, no pudiendo el asegurado discutir su contenido, tan sólo puede aceptar o rechazar el contrato impuesto por el asegurador. Sólo podrá escoger las cláusulas adicionales ofrecidas por el asegurador. Para los seguros de grandes riesgos medioambientales, nos referimos a lo dicho más adelante en el epígrafe c) titulado “Condiciones especiales”.

-Es consensual, dado que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes y produce sus efectos desde el mismo momento en que se ha realizado el acto. Según el Prof. VICENT CHULIÁ⁷⁵⁹, la doctrina ha estado dividida sobre la interpretación de la LCS referida a si dicho contrato es consensual o formal.

-Es bilateral en el sentido que origina derechos y obligaciones recíprocas para ambas partes. En este sentido, ya indicaba GARRIGUES⁷⁶⁰ incluso antes de la promulgación de la LCS, *“el tomador de seguros se obliga a pagar la prima y el asegurador se obliga a una prestación pecuniaria: si bien esta prestación está subordinada a un evento incierto, cual es la realización del siniestro”*.

-Es oneroso, puesto que la prestación por parte del asegurador consiste en la obligación de abonar la cantidad estipulada si se verifica el siniestro, y se impone al tomador del seguro la obligación de pagar la prima, y al asegurador la

⁷⁵⁹ Vid. VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho ...* cit., pág. 908.

⁷⁶⁰ GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho Mercantil Tomo IV. 1997...*, cit. pág. 261.

asunción del riesgo de la que deriva la prestación del pago de la indemnización, quedando liberado el asegurador de este acto si no se ha pagado la prima antes del siniestro.

-Aleatorio porque el tomador se somete al pago de la prima, y mientras la esté pagando a cambio recibirá una indemnización si sucede el siniestro; es decir, tanto el asegurado como el asegurador están sometidos a una contingencia que puede representar para uno una utilidad y para el otro una pérdida, ignorándose el momento de su conclusión si se verifica el siniestro. Esta característica del contrato está recogida en el art. 4 de la LCS y desde la concepción clásica desde siempre se concebía dentro de los contratos aleatorios o de suerte⁷⁶¹.

-De ejecución continuada por cuanto los derechos de las partes o los deberes asignados a ellas se van desarrollando en forma continua, a partir de la celebración del contrato hasta su finalización por cualquier causa.

4. FORMA DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL: LA PÓLIZA

La póliza es el documento principal del contrato de seguro en el que se reflejan por escrito las normas que, de forma general, particular o especial, regulan las relaciones contractuales convenidas entre la parte del asegurador y del asegurado.

La Ley 50/1980 del Contrato de Seguro, en su art. 8 establece las condiciones mínimas que debe contener la póliza del contrato de seguro, las cuales

⁷⁶¹ “Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado”.

sirven para individualizar el riesgo objeto de la cobertura. De entre ellas destaca la suma asegurada que, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 27 del mismo cuerpo legal, dice: *“La suma asegurada representa el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurador en cada siniestro”*. Esta representa el máximo de la cobertura pactada entre las partes del contrato y por tanto la cantidad económica máxima que el asegurador está obligado a satisfacer en caso de siniestro del bien asegurado.

En materia medioambiental situamos las llamadas “condiciones especiales”, las cuales hacen referencia a una determinada modalidad de contrato en función de su cobertura⁷⁶².

La inexistencia de dicho documento afectaría a la propia vida del seguro, ya que sólo es válido desde el mismo momento en que ha sido emitido y aceptado por ambas partes -asegurador y asegurado-. Es decir, a partir de ese instante nacen los derechos y obligaciones que del mismo se derivan. En la praxis es frecuente distinguir partes diferenciadas de ella, cuya denominación está íntimamente ligada a su contenido.

La póliza deberá contener la identificación de las partes contratantes, del asegurado y beneficiario, y en el caso concreto del seguro medioambiental, la descripción completa del riesgo que se cubre. Además, se especificarán las obligaciones y derechos de las partes contratantes y las condiciones en que se contrata el seguro, ya que en caso de controversia será el principal medio probatorio válido para exigir las acciones que correspondan.

Debemos precisar sobre sobre esa materia, que la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, modifica el apartado 3 del artículo 8 de la LCS, en el que se

⁷⁶² Vid. ZUBIRI DE SALINAS, M.: *El seguro de responsabilidad por daños...*, cit, pág. 200.

especifica cómo ha de quedar reflejada la naturaleza del riesgo, quedando redactado como sigue:

“Naturaleza del riesgo cubierto, describiendo, de forma clara y comprensible, las garantías y coberturas otorgadas en el contrato, así como respecto a cada una de ellas, las exclusiones y limitaciones que les afecten destacadas tipográficamente”.

Se trata de un documento, cuyo contenido mínimo está recogido en el art. 8 de la LCS, que obliga a individualizar o determinar el riesgo. En ella se concretan las condiciones generales, particulares y las especiales del contrato de seguro.

a) Condiciones generales

Son aquéllas establecidas para ser aplicadas a todos los contratos de seguros de una misma clase expedidos por la entidad aseguradora. Estas representan el conjunto de reglas que establece el asegurador para regular la operación jurídica de cada contrato que emita, las condiciones generales son uniformes para la mayoría los contratos de seguros de un mismo tipo emitidos por la misma empresa de seguros.

No pueden tener carácter lesivo para el asegurado y se redactarán de forma clara y precisa⁷⁶³. En la práctica habitual el asegurador es el que establece las condiciones generales, ello nos lleva a preguntarnos si a tales condiciones, en los casos referidos a los seguros de responsabilidad civil por daños al medioambiente, les puede ser aplicada la Ley 7/1998, de 13 abril, sobre las Condiciones generales de Contratación -en adelante LCGC-.

⁷⁶³ Vid. artículo 3 de la LCS.

Estimamos que sí le puede ser aplicada la citada Ley, puesto que si nos atenemos a lo preceptuado en su art. 2-1, al referirse al ámbito subjetivo establece: *“La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica –adherente”* y en su apartado 3º, define quien puede ostentar dicha figura *“El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad”*.

De la misma opinión es la profesora ZUBIRI DE SALINAS⁷⁶⁴, considera que el adherente -empresario o profesional- puede suscribir un contrato de seguro que cubra los riesgos medioambientales de su empresa.

El hecho de que se acepten las cláusulas generales por ambas partes no implica que no se puedan agregar otras negociadas, siempre que las mismas no traspasen los límites mínimos establecidos por las generales.

b) Condiciones Particulares

Este tipo de condiciones denominadas “particulares”, son distintas de las generales⁷⁶⁵, las cuales se negocian entre las partes -asegurador y tomador o asegurado-. Sirven para individualizar el riesgo objeto de la cobertura del seguro, y respecto de las cuales surgen las voluntades que generan el acuerdo de los sujetos contratantes, y sirven para concretar el correspondiente contrato de seguro.

⁷⁶⁴ Vid. ZUBIRI DE SALINAS. M.: *El seguro de responsabilidad por daños...*, cit., pág. 201.

⁷⁶⁵ Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito. Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos en su art. 3 de la Ley. de Contrato de Seguro.

La LCS en su art. 3-1⁷⁶⁶ alude a la necesidad de formalizar el contrato de seguro por escrito y a que las condiciones generales y particulares que van a regir en el contrato sean aceptadas por ambas partes.

Estas condiciones particulares prevalecen sobre las generales por su carácter específico. Sin embargo, hay autores que discrepan de alguna forma matizando que cuando las condiciones generales son más beneficiosas que las particulares, las primeras deberán prevalecer sobre las segundas. La jurisprudencia ha reiterado la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales siempre que resulten más beneficiosas para el asegurado.

El TS señaló que las condiciones particulares concertadas para un contrato determinado son las que real y verdaderamente revelan la deliberada y manifiesta intención de las partes contratantes, derogando o anulando lo establecido en las condiciones generales. -Sentencia del Tribunal Supremo – Sala de lo Civil – 15 julio de 2008. Cendoj 28079110012008100587-. Referida a los requisitos de validez de los derechos del asegurado.

c) Condiciones Especiales

Estas condiciones suelen introducirse en determinadas clases de pólizas de acuerdo con su función específica, la naturaleza de los objetos o las personas aseguradas, conocidas en la práctica aseguradora como “condiciones especiales”. Se usan en los contratos de seguros de responsabilidad civil empresarial y medioambiental. En ellas se especifica la modalidad del contrato en función de su

⁷⁶⁶ “Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito”.

cobertura y alcance, cláusulas que deben estar destacadas de un modo especial, y de cuyo contenido ha debido ser informado debidamente el tomador, y expresamente aceptadas y firmadas por él, tal como determina el art. 3 de la LCS.

Al igual que en la póliza por responsabilidad civil, son mínimas las diferencias entre las del seguro por dicha responsabilidad y las de responsabilidad por medioambiente, con la diferencia de que en esta última nos estamos refiriendo a la responsabilidad por los daños ocasionados específicamente por las actividades económicas-industriales de los operadores, que bien pueden ser actividades terrestres, marítimas o aéreas.

5 LA PRIMA

La prima es otro de los elementos principales del contrato de seguro. Es la cantidad económica que debe pagar el tomador como contraprestación a la obligación de que el asegurador asuma el pago de la indemnización por los costes de los daños ocasionados en caso de siniestro.

Con la celebración de un contrato de seguro se produce una contraprestación por parte de la empresa aseguradora. A cambio de una cantidad económica el asegurador se compromete a cubrir el riesgo asegurado, es decir, en virtud de este intercambio la entidad aseguradora acepta el riesgo por el que el asegurado tiene interés a cambio de un precio.

La prima forma parte esencial del contrato de seguro y también en los seguros de responsabilidad medioambiental. La misma está determinada en las condiciones particulares de la póliza en función de los intereses que las partes hayan acordado en el contrato, pudiendo ser abonada en un plazo único o en distintos períodos de tiempo según lo pactado.

Por lo que respecta a su fijación, se deben tener en cuenta diversos factores, entre ellos, la probabilidad y la dimensión del riesgo. Cuanto mayor sea la posibilidad y su dimensión, mayor será la prima que tendrá que abonar el tomador del seguro. Asimismo, se incrementará la prima cuando se aprecien deficiencias en las medidas de prevención del riesgo.

Teniendo en cuenta que la prima es la que contribuye a formar el fondo el cual va a servir para atender el pago de la indemnización, ésta deberá ser lo suficientemente amplia para permitirle a la entidad aseguradora satisfacer el conjunto de sus obligaciones derivadas de los contratos de seguros⁷⁶⁷. De lo que se deduce, tal como manifiesta la Prof^a. ZUBIRI SALINAS⁷⁶⁸ que “*La cuantificación de las primas en función del riesgo constituye un elemento importante para la cobertura de la responsabilidad en el marco de un contrato de seguro*”.

En nuestra opinión consideramos que la prima tiene la suficiente importancia, por jugar un relevante papel en el campo de la sensibilidad social, puesto que, si la misma es rebajada por la aplicación de diversas bonificaciones como consecuencia de una buena gestión del medio ambiente por parte de la empresa, o por la aplicación de un sistema (“bonus-malus”⁷⁶⁹) similar al usado en los seguros de automóvil, no solamente afectaría a su reducción, sino que produciría un efecto más beneficioso para la empresa, en el sentido de que ésta sería calificada ante la opinión pública, como buena gestora en asuntos medioambientales para conseguir el desarrollo sostenible. Ello trae consigo que la empresa se acredite en el mercado como sensibilizada por la problemática medioambiental, y por la preocupación de que el riesgo de su actividad no se

⁷⁶⁷ Vid. Art. 25-3 de TRLOSSP.

⁷⁶⁸ Vid. ZUBIRI SALINAS, M. : *El seguro de responsabilidad por daños...*,cit. pág. 75.

⁷⁶⁹ Mediante cual se efectúan bonificaciones o aumentos en las primas de las pólizas, siempre que a las mismas les haya afectado o no algún siniestro y de acuerdo con unas normas previamente establecidas.

materialice, lo cual le situaría en mejor posición que sus competidores en el mercado de cara al consumidor⁷⁷⁰.

En caso de impago de la prima por culpa del tomador del seguro surgirán los efectos establecidos en el art. 15 de la LCS. En él se establece un régimen completo por el impago de la misma. En dicho supuesto, las consecuencias por tal hecho están fijadas en el citado artículo, siempre teniendo presente que debemos distinguir entre el impago de una prima única de las siguientes sucesivas. En el caso de la primera, el asegurador tiene derecho a resolver el contrato o exigir el pago de la misma por vía ejecutiva en base al art. 1124-párrafo segundo del CC.

Por lo que respecta al impago de las siguientes primas sucesivas después de la primera, las consecuencias ya son diferentes.

En primer lugar, el asegurador puede exigir el pago de la prima en base a las condiciones estipuladas en la póliza.

En segundo lugar, la cobertura quedará suspendida a partir de un mes después de su vencimiento.

Por último, si el asegurador no reclama el pago en seis meses el contrato quedará extinguido, puesto que así está establecido en el art. 15 de la LCS⁷⁷¹.

⁷⁷⁰ En definitiva, nos referimos al “Fondo de comercio” o *goodwill*, como el conjunto de bienes materiales e inmateriales, organizados por el empresario que constituyen la unidad económica-comercial de la que se vale la empresa para cumplir sus fines.

⁷⁷¹ “*Si por culpa del tomador la primera prima no ha sido pagada, o la prima única no lo ha sido a su vencimiento, el asegurador tiene derecho a resolver el contrato o a exigir el pago de la prima debida en vía ejecutiva con base en la póliza. Salvo pacto en contrario, si la prima no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación.*

En caso de falta de pago de una de las primas siguientes, la cobertura del asegurador queda suspendida un mes después del día de su vencimiento. Si el asegurador no reclama el pago dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de la prima se entenderá que el contrato queda extinguido. En cualquier caso, el asegurador, cuando el contrato esté en suspenso, sólo podrá exigir el pago de la prima del período en curso.

Si el contrato no hubiere sido resuelto o extinguido conforme a los párrafos anteriores, la cobertura vuelve a tener efecto a las veinticuatro horas del días en que el tomador pagó su prima”.

6. RIESGO MEDIOAMBIENTAL

A) Concepto

El riesgo constituye uno de los factores principales dentro de la actividad aseguradora y es el elemento esencial del contrato de seguro⁷⁷², pues no habrá contrato si no se cubre un riesgo real.

En la terminología del seguro, se emplea el concepto de riesgo como “una probabilidad de concurrencia de un suceso incierto y futuro, capaz de ocasionar un daño del cual surja una necesidad patrimonial”. Con ello se pretende expresar dos ideas distintas: una, el riesgo como objeto asegurado⁷⁷³ y otra, como una concurrencia por azar de un posible acontecimiento cuya aparición real o existencia se previene y se garantiza en la póliza⁷⁷⁴.

La Directiva 96/82/CE del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativa al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas, en su art. 3-7 define el riesgo como “*La probabilidad de que se produzca un efecto específico en un período de tiempo determinado o en circunstancias determinadas*”. Idéntica definición aporta en su artículo 3 sobre las definiciones el Real Decreto 1254/1999, de 16 de julio, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas.

⁷⁷² “El contrato de seguro será nulo, salvo en los casos previstos por la Ley, si en el momento de su conclusión no existía el riesgo o había ocurrido el siniestro”.

⁷⁷³ El Prof. VICENT CHULIÁ, “considera el riesgo asegurable como: “todo suceso incierto, pero estadísticamente culpable, que permite a una empresa de seguros prometer la indemnización de un daño o el pago de un capital o renta de forma matemáticamente segura, previa la correspondiente autorización administrativa”. En VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho ...*, cit., pág. 914.

⁷⁷⁴ El Prof. URÍA, considera este mismo riesgo como “un riesgo individualizado en cada caso a través de un conjunto de circunstancias de tiempo, lugar y causa del daño”. URÍA, R. *Derecho Mercantil*. Edit. Marcial Pons. Madrid 1999, pág. 652.

La LRM define el riesgo en su artículo 2-3 como “*Función de probabilidad de ocurrencia de un suceso y de la cuantía del daño que pueda provocar*”.

El concepto aportado por la Norma UNE⁷⁷⁵ 150008:2008 EX, sobre el análisis y evaluación del riesgo ambiental, lo considera como el “resultado de una función que relaciona la probabilidad de ocurrencia de un determinado escenario de accidente y las consecuencias negativas del mismo sobre el entorno natural humano y socioeconómico”.

Desde la perspectiva ISO 14001:2015 -es-⁷⁷⁶, en su nota 4 se concreta “Con frecuencia el riesgo se expresa en términos de una combinación de las consecuencias de un evento -incluidos cambios en las circunstancias- y la ” *probabilidad*”-como se define en la Guía ISO 73:2009, 3.6.1.1- asociada de que ocurra”. Es decir, lo define como un efecto de incertidumbre, por lo que implica tanto efectos potenciales negativos como positivos.

De lo expuesto se deduce que el riesgo está profundamente relacionado con el daño, y éste puede ser originado por diversos factores, ya sean éstos por la propia naturaleza -v.gr. terremotos, maremotos -tsunamis-huracanes, volcanes y otros- o por la acción del hombre -v.gr. todo tipo de contaminación, pérdida de superficie natural, desechos radioactivos etc.-

B) Caracteres del riesgo

Los caracteres esenciales del riesgo son:

-Que el “riesgo” sea incierto o aleatorio cuando tiene una relativa incertidumbre, esto es, que exista la duda de que pueda o no suceder, puesto que,

⁷⁷⁵ Las Normas UNE son las Normas españolas, creadas por el organismo AENOR -Asociación Española de Normalización-. Las Normas UNE se crean en Comisiones Técnicas de Normalización.

⁷⁷⁶ www. Iso.org. Sistemas de gestión ambiental. Punto 3 Términos y definiciones, punto 3-2-10.

si tenemos certeza o conocimiento de su existencia real, puede hacer desaparecer la aleatoriedad que es el principio básico del seguro.

-Que sea concreto, ya que, para ser asumido por la entidad aseguradora, antes tendrá que analizarlo y valorarlo desde dos puntos de vista: cualitativo, relacionado con el valor estimativo, y cuantitativo coherente con su evaluación, con el valor comercial del bien y con el correspondiente análisis estadístico.

- Que sea posible, puesto que el siniestro cuyo acaecimiento se protege mediante el seguro, debe tener la posibilidad de que suceda, porque de otro modo no existiría inseguridad.

La posibilidad o probabilidad tiene dos limitaciones: la frecuencia y la imposibilidad. Es decir, que sea capaz de causar un daño del cual surja la responsabilidad medioambiental. Se trata pues, de un evento posible ya que sin esa posibilidad no existiría inseguridad.

- Tendrá que ser fortuito, pues debe proceder de un acto o acontecimiento totalmente ajeno a la voluntad del individuo.

- Debe ser lícito, es decir que el hecho en sí no esté penado por la ley, no es posible asegurar daños sobre cosas que pueden servir para ser utilizadas ilícitamente. -v. gr. tener en propiedad un medio de transporte para uso ilícito como puede ser el transporte de contrabando o cualquier otra actividad ilícita-.

Un riesgo es lícito cuando no sea contrario a la legislación, reglas morales o de orden público, ni se vaya a actuar en perjuicio de terceros ya que el seguro sería nulo.

LCS considera como grandes riesgos a efectos del seguro los establecidos en los apartados a), b) y c) de su art. 107-2.

El riesgo puede ser más o menos peligroso en función de la probabilidad de que el evento se produzca y de la frecuencia real con que se realiza. el riesgo empieza donde la confianza en nuestra seguridad termina, y deja de ser relevante cuando ocurre la catástrofe⁷⁷⁷.

Por último, nos referiremos a la ubicación del riesgo en el contrato de seguro. Si concebimos el seguro en función de su cobertura o asunción del riesgo no es difícil adivinar cuál es la relación entre el riesgo y la causa del contrato. El Prof. URÍA concibe el seguro como contrato de indemnización y la causa de este irá ligada a la función indemnizatoria.

El tratamiento legal del riesgo medioambiental está recogido en la Directiva 2005/35/CE de Responsabilidad Medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños⁷⁷⁸. En su párrafo b) del art. 6, establece la obligación de reparar el daño ocasionado adoptando las medidas reparadoras necesarias de conformidad con su art. 7; el daño se puede originar como consecuencia de la materialización de los riesgos ambientales asociados a la actividad de una determinada empresa.

C) Evaluación del riesgo

Una vez estimado el riesgo se lleva a cabo la evaluación, proceso mediante el cual se emite un juicio sobre la totalidad de este y de su aceptabilidad y, a la vista de dicho análisis, se procede a la toma de decisiones al respecto.

La evaluación del riesgo tiene como objetivo principal identificar los peligros que puede generar una actividad industrial, principalmente de aquellas empresas consideradas potencialmente contaminantes o dañinas para el medio

⁷⁷⁷ Vid. Boletín de la A.G.E. núm. 30 del 2000, pág. 10.

⁷⁷⁸ Art. 8-1. “*El operador sufragará los costes ocasionados por las acciones preventivas y reparadoras optadas en virtud de la presente Directiva*”.

ambiente. Consiste pues, en el uso de datos y observaciones teóricas y prácticas que se llevan a cabo por personal técnico sobre la manipulación y examen del objeto a asegurar.

De dicho análisis diremos que se trata de un procedimiento técnico complejo, que debe tratarse siempre a través de una metodología concreta que permita estimar y cuantificar el riesgo. En él se recoge información de una variedad de datos sobre distintas disciplinas como pueden ser epidemiología, química, ingeniería y ciencias del medioambiente, con el objeto de poder calcular la efectividad de las medidas preventivas implantadas para evitar que sucedan, o minimizar en todo lo posible sus consecuencias, proponiendo las mejoras pertinentes para su reducción.

Podemos considerar la información que aporta el análisis como una herramienta eficaz para la lucha contra el deterioro medioambiental.

A través del análisis de riesgos medioambientales que se haga a la actividad en cuestión, se pueden estimar los daños generados al medio ambiente, administrar los futuros y jerarquizar su medida. Así se aseguraría que las decisiones que se tomen por parte del operador, sean las correctas para la protección del medio ambiente, beneficiándose tanto el operador como la propia sociedad, pues con la aplicación de sus programas y acciones como mecanismos de gestión contribuirían a reducir considerablemente el riesgo de daños ambientales.

Las entidades competentes⁷⁷⁹ a las que la LRM les atribuye capacidad legal para otorgar la concesión de autorizaciones a los operadores para el inicio

⁷⁷⁹ El organismo oficial en España competente en materia de medio ambiente es el Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino. Aunque las Comunidades Autónomas cuentan con sus correspondientes Consejerías de Medio Ambiente, que tienen muchas transferencias cedidas en esta materia, incluidas legislativas. Por ello, muchos de los trámites y disposiciones relativos a la evaluación del impacto ambiental y su control se llevan a cabo desde cada Comunidad Autónoma. Debemos decir que hay también municipios que cuentan con sus propias ordenanzas en la materia.

de sus actividades, antes de proceder a su otorgamiento, deberán someter a la empresa a un sistema de gestión ambiental coherente con las políticas de prevención de riesgos, consistente en: identificar, prevenir y valorar los efectos de la actividad⁷⁸⁰ que va a desarrollar, y además, efectuar una inspección de la actividad con el fin de calificar, y en su caso, evitar el riesgo a un grave daño que se pueda ocasionar al medio ambiente. Es decir, el fin principal que se persigue es impedir que dicha actividad sea potencialmente contaminante y degradante para dicho medio.

Esta tarea se lleva a cabo por medio de los procedimientos anteriormente expuestos. No debemos olvidar en este caso hacer referencia al primer párrafo del art. 18 de la LRM⁷⁸¹.

Esta imposición administrativa se ve aumentada con la aprobación del Real Decreto 2090/2008⁷⁸² de 22 de diciembre, Reglamento que desarrolla la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental⁷⁸³.

Debido a los distintos métodos de evaluación que se practicaban y por carecer de uniformidad de criterios de aplicación entre ellos, el resultado no podría ser más desigual, lo que solía llevar a deducciones no coincidentes y poco efectivas para la evaluación de un riesgo potencial que podría dañar gravemente al medio ambiente.

⁷⁸⁰ Creemos que estas actuaciones son de suma importancia para conocer con exactitud los riesgos que puede generar la actividad de la empresa, y así poder establecer las metas y objetivos para mantener un medioambiente sostenible.

⁷⁸¹ “La autoridad competente, cuando considere que existe amenaza de daños o de producción de nuevos daños, podrá adoptar en cualquier momento y mediante resolución motivada dictada de conformidad con lo establecido en el capítulo VI, cualquiera de las siguientes decisiones [...]”.

⁷⁸² Vid. Introducción al Real Decreto apartado dedicado a su capítulo III, párrafo 5º, en él se refiere a la elaboración del análisis de riesgos y la metodología a seguir.

⁷⁸³ Vid. Capítulo II y concretamente el art. 15 del Real Decreto 2090/2008 de 22 de diciembre.

Con el fin de tratar de evitar tal realidad, en junio del año 2000 se publicó la norma experimental UNE 150008:2000 EX⁷⁸⁴, que se elevó a definitiva en marzo de 2008 como UNE 150008:2008 de Análisis y Evaluación del Riesgo Medioambiental, cuyo principal objetivo fue unificar criterios para efectuar los análisis del riesgo medioambiental, especificar el método para analizar y evaluar el riesgo ambiental, así como establecer las bases para una gestión adecuada y facilitar la toma de decisiones en los ámbitos que procedan.

Con ello se pretende proveer de todo tipo de información que se considere necesaria para que los trabajos de control de riesgos medioambientales sean compatibles con un sistema de evaluación unificado, aceptado por todas las entidades que intervengan en todo el proceso.

La norma se define como un proceso para determinar los criterios de identificación, análisis y evaluación del riesgo medioambiental de una organización, independientemente de su tamaño y actividad, siendo aplicable a emplazamientos, actividades y organizaciones de cualquier tipo y naturaleza. Cubre tanto la operación en condiciones normales como en situaciones accidentales/incidentales.

El resultado de la evaluación le sirve al operador para conocer con mayor exactitud el grado de repercusión sobre el entorno natural que su actividad genera y, de este modo, tomar las medidas que puedan mejorar su comportamiento hacia el mismo.

⁷⁸⁴ Esta norma trata de la evaluación y análisis del riesgo medioambiental, fue una norma pionera que sirvió como una herramienta útil a las partes interesadas, pero a causa de continuos cambios se ha hecho necesaria su revisión.

D) Riesgo asegurable

Se puede definir como aquél que por su naturaleza es susceptible de ser asegurado. Para la Prof.^a ZUBIRI DE SALINAS, el riesgo asegurable es el que amenaza a un interés asegurable⁷⁸⁵. Para que un riesgo sea asegurable es necesario que reúna una serie de particularidades, ya expuestas cuando nos hemos referido a las características del riesgo en este mismo capítulo.

La mayoría de los riesgos medioambientales son asegurables, si bien se deben tener presentes las características propias de cada caso concreto, y claro está, siempre que se cumplan los requisitos de asegurabilidad técnica, legal y que existan posibilidades comerciales.

Por lo que respecta a las razones técnicas, hay algunos supuestos ambientales que encierran la dificultad, o incluso la imposibilidad, de poder determinar el coste de la prima conforme a la diversidad y al carácter excepcional del riesgo ambiental a asegurar.

Un riesgo tiene contenido económico cuando la realización del riesgo ha de producir una necesidad económica que se satisface con la indemnización correspondiente.

E) Riesgos inasegurables

Anteriormente, al referirnos a las características del riesgo, citábamos algunas esenciales del mismo, tales como: que sea cierto, posible, concreto, lícito, fortuito y que tenga contenido económico.

⁷⁸⁵ Vid. ZUBIRI DE SALINAS. M.: *El Seguro de Responsabilidad...*, cit., pág. 224.

Podemos considerar como inasegurable, aquél que carece de algún elemento o caracteres del riesgo que impide que se pueda asegurar, es decir, la amenaza del interés que se pretende asegurar, no se podría llevar a cabo.

Entre los motivos por los cuales los riesgos de responsabilidad civil no pueden asegurarse podemos citar, en primer lugar, los supuestos considerados de “fuerza mayor”, ésta es una de las principales causas de exoneración que están establecidas en la mayoría de los textos legales.

Nuestro Código civil en su art. 1105 del CC⁷⁸⁶ contiene una definición descriptiva del concepto de fuerza mayor o caso fortuito, de tal consideración es lógico que en las pólizas de seguro lo excluyan. Ello no quita para que algunos de los supuestos excluidos, no deban ser protegidos de indemnización. Para tal fin, el Consorcio de Seguros de acuerdo con el art. 6-1⁷⁸⁷ del Real Decreto Legislativo de 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, establece que se indemnizarán por cuenta de esta entidad pública.

La LRM en ninguna de las definiciones citadas en su art. 2, menciona el concepto de “fuerza mayor”, ni aparece tal expresión en todo el texto de la Ley, lo que no es óbice para que sea admitida la fuerza mayor como causa de exoneración, pues en su art. 3 apartados 4 y 5⁷⁸⁸ excluye del ámbito de la ley citada

⁷⁸⁶ Art. 1105 del CC “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que previstos, fueran inevitables”.

⁷⁸⁷ Art. 6-1 “El Consorcio, en materia de riesgos extraordinarios, tendrá por objeto indemnizar, en la forma establecida en este Estatuto Legal, en régimen de compensación, las pérdidas derivadas de acontecimientos extraordinarios acaecidos en España y que afecten a riesgos en ella situados”.

⁷⁸⁸ 4. “Esta ley no se aplicará a los daños medioambientales ni a las amenazas inminentes de que tales daños se produzcan cuando hayan sido ocasionados por alguna de las siguientes causas: a) Un acto derivado de un conflicto armado, de hostilidades, de guerra civil o de una insurrección. b) Un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible. c) Las actividades cuyo principal propósito sea servir a la defensa nacional o a la seguridad internacional, y las actividades cuyo único propósito sea la protección contra los desastres naturales”.

5.” Esta ley no se aplicará a los siguientes daños: a) A los daños medioambientales ni a las amenazas inminentes de que tales daños se produzcan cuando tengan su origen en un suceso cuyas consecuencias

una serie de daños medioambientales cuando los mismos hayan sido ocasionados por las causas aludidas en dichos apartados.

La jurisprudencia se ha pronunciado claramente a favor de otro supuesto como es el riesgo de desarrollo -llamado estado de la ciencia-, así tenemos cómo algunas sentencias evacuadas por la sala 3ª y 4ª del TS se han pronunciado claramente al considerar estos riesgos como de fuerza mayor⁷⁸⁹.

En este sentido la Profª. GOMIS CATALÁ.⁷⁹⁰, considera que la fuerza mayor abarca dos eventos extraordinarios: uno, son los considerados actos de guerra y similares, los cuales son acciones de naturaleza política, que son totalmente ajenos al control del agente que practica una acción de riesgo; y otro, se refiere a los actos ocasionados por la naturaleza, los cuales son excepcionales, inevitables e irresistibles.

Para la mayoría de la doctrina se trata de un acontecimiento que tiene lugar a partir de un hecho, que es de naturaleza extraña y que, por tal motivo, es ajeno al control del afectado. El diccionario de la Lengua Española define la “*fuerza*

en cuanto a responsabilidad o a indemnización estén establecidas por alguno de los convenios internacionales enumerados en el anexo IV, incluidas sus eventuales modificaciones futuras, vigentes en España. b) A los riesgos nucleares, a los daños medioambientales o a las amenazas inminentes de que tales daños se produzcan, causados por las actividades que empleen materiales cuya utilización esté regulada por normativa derivada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, ni a los incidentes o a las actividades cuyo régimen de responsabilidad esté establecido por alguno de los convenios internacionales enumerados en el anexo V, incluidas sus eventuales modificaciones futuras, vigentes en España”.

⁷⁸⁹ Vid. Sentencia del 25/11/2000 de la Sala 3ª, en la cual se estima que resulta imposible, según el estado de la ciencia y de la técnica, conocer en el momento de la transfusión si la sangre estaba contaminada... y por tanto la Administración no está obligada a repararlo, al no concurrir el requisito exigible por la doctrina jurisprudencial para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración. Parecidas circunstancias son en lo que se basa la Sala 4ª en un caso de hepatitis crónica de un trabajador como consecuencia de una transfusión. La Sala considera que ocurre fuerza mayor en el acto de la transfusión, exonerando de responsabilidad indemnizatoria en los supuestos de transfusiones nocivas en las que el estado de la ciencia de las técnicas médicas no permitían detectar el virus.

⁷⁹⁰ Vid. GOMIS CATALÁ. L.: *Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*. Edit. Aranzadi. Pamplona 1998, pág. 131.

mayor”⁷⁹¹ como “*la que por no poder prevenir o resistir, exime del cumplimiento de alguna obligación*”, este concepto como el aportado por la mayoría de autores, constituye el motivo de exoneración por excelencia presente en todos los ordenamientos jurídicos; tradicionalmente la “fuerza mayor” ha sido considerada como los fenómenos que dan lugar a la exoneración de responsabilidad civil.

Al tratarse de un hecho externo al ámbito de control del demandado, imprevisible e inevitable, el cual rompe el lazo de unión entre el hecho y el agente causante, estimamos que sea ésta la base en la cual todos los ordenamientos jurídicos se apoyan para exonerar de responsabilidad medioambiental al operador demandado, incluso aunque se acredite culpa o negligencia⁷⁹².

No se cubrirá igualmente el daño originado por el propio asegurado, dado que éste no genera responsabilidad frente a sí mismo. Lo mismo sucede con los daños dolosos provocados por el asegurado -art. 19 de la LCS⁷⁹³- , por así establecerlo expresamente el precepto mencionado. Ello no es motivo para que un tercer perjudicado pueda ejercer las acciones que le correspondan en base a lo preceptuado en el art. 76 de la misma Ley.

En lo que respecta a la responsabilidad medioambiental la Directiva 35/2004 en su letra a) del art. 8-4 establece dos supuestos de exoneración, a saber: uno por autorización expresa por parte de las autoridades competentes -posesión de la autorización- letra a)⁷⁹⁴ del artículo citado; otro, por el estado de los

⁷⁹¹ Vid. El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española vigésima segunda edición 2001.

⁷⁹² Vid. Artículos 457,1105, 1602 y 1625 de nuestro Código civil. También lo recoge la Ley de responsabilidad medioambiental alemana en su art. 4. Señala que no procede la obligación de indemnizar cuando el daño se origina por fuerza mayor.

⁷⁹³ “*El asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado*”.

⁷⁹⁴ “*a) Una emisión o un hecho autorizados mediante autorización expresa, y plenamente ajustados a las condiciones en ella fijadas, otorgada de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias nacionales aplicables que incorporan las medidas legislativas adoptadas por la Comunidad especificadas en el Anexo III, tal como que se apliquen en la fecha de la emisión o del hecho en cuestión*”.

conocimientos en el momento en que se causó la contaminación -estado del arte) letra b)⁷⁹⁵. En ambos casos, se exige que el operador pruebe su ausencia de culpa.

Estos mismos supuestos de exoneración están recogidos en el art. 14-2 de la LRM, con la salvedad de que, en ambos presupuestos, el operador tendrá derecho a recuperar los costes que sean imputables a las medidas de reparación con arreglo a los términos establecidos en la normativa autonómica.

F) Riesgos excluidos

En materia de contratación de seguros, cuando se refiere a los riesgos excluidos, se está aludiendo a futuros eventos que técnicamente serían asegurables, y que por diversos motivos, ambas partes dentro del ámbito de libertad contractual que les asiste⁷⁹⁶, acuerdan excluirlas de la cobertura del seguro. Hay, pues, exclusión cuando el asegurador manifiesta explícitamente su voluntad de no cubrir el riesgo desde el principio del contrato, dicha exclusión debe figurar expresamente en las condiciones generales o particulares del contrato. En caso de acaecer, exime al asegurador de la obligación de satisfacer prestación alguna.

⁷⁹⁵“Una emisión o actividad, o cualquier forma de utilización de un producto en ejercicio de una actividad, respecto de las cuales el operador demuestre que no se habían considerado potencialmente perjudiciales para el medioambiente según el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento en que se produjo la emisión o tuvo lugar la actividad”.

⁷⁹⁶ Vid. Art. 1255 del CC. En el citado artículo se establece la libertad de pactos, con la limitación de que los acuerdos a los que lleguen las partes no sean contrarios a las leyes, ni la moral, ni el orden público.

Existen otros riesgos que cuando se encuentran amparados por otro tipo de seguros de responsabilidad civil, son excluidos de la nueva póliza de seguros que se suscriba por estar éstos ya cubiertos por otra modalidad de seguro.

Entran dentro de estas exclusiones las actividades que se puedan realizar fuera del propio edificio donde se llevan a cabo las actividades industriales. Como ya se ha dicho anteriormente, es el propio asegurador el que las puede excluir del contrato de seguro.

Forman, igualmente, parte de las exclusiones los incumplimientos dolosos deliberados o la falta de mantenimiento, los daños propios y los asimilados.

7. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y MEDIOAMBIENTAL POR CONTAMINACIÓN

La creciente sensibilidad de la sociedad por el deterioro del medio ambiente, así como las numerosas normas jurídicas aplicadas a las actividades industriales que se juzgen que puedan generar mayor daño a este medio, ha sido el motivo por el cual algunas compañías importantes de seguros -Zúrich y Mapfre entre otras- tomaron la decisión de incorporar un nuevo producto a su oferta de seguros medioambientales, denominado “Seguro de Responsabilidad Civil y Medioambiental por Contaminación”.

Opinamos que esta nueva forma de seguro es una de las más apropiadas para proteger el entorno natural en el que se desarrolla la actividad del operador, el cual podrá protegerlo frente a los daños que pueda causar al medio ambiente, a las personas y a sus propiedades, así como emisiones molestas y materiales que pueda originar frente a terceros -v.gr. costes de evitación, de prevención, de reparación, de limpieza del suelo contaminado y contaminación derivada del

transporte de residuos contaminantes-, los cuales se proyectan a lo largo del tiempo, siendo en algunas ocasiones sus consecuencias nocivas desconocidas.

Las dificultades en que se encuentran las compañías aseguradoras para rentabilizar este tipo de pólizas les obligan a ofrecer a los operadores una amplia gama de coberturas que les permitan obtener protección en caso de que se produzcan daños medioambientales por contaminación, y que además de cumplir con sus responsabilidades legales, dichos operadores puedan proseguir con sus actividades económicas o profesionales sin perjudicar la expansión de la empresa.

En la praxis básicamente la póliza más demandada por los operadores es aquella que contiene dos modalidades de aseguramiento, una, la RC por contaminación,⁷⁹⁷ y otra, la responsabilidad medioambiental, estructurándose en dos diferentes módulos de cobertura tales como:

- Responsabilidad Medioambiental, donde se incluyen las medidas para restituir al medio ambiente a su estado básico, incluidos los costes de prevención, evitación y reparación -Modulo A-.

- Responsabilidad Civil por contaminación. Este tipo de seguros protege a la empresa de los daños medioambientales que pueda ocasionar en el desarrollo de sus actividades. Además, cubre los daños a terceros cuando las causas de los mismos sean originadas por una emisión de sustancias contaminantes -Modulo B-.

Esta última cobertura, no asegura las responsabilidades contempladas en el Anexo III de la LRM, pero sí los daños ocasionados a las personas, propiedades y perjuicios económicos derivados de la contaminación.

⁷⁹⁷ Son varias las entidades aseguradoras que han desarrollado este tipo de seguros, que protege al operador frente a los daños que pudiera originar por su actividad empresarial al medio ambiente y frente a los daños corporales y materiales por contaminación.

Surge de modo adicional a la responsabilidad medioambiental establecida por la LRM y garantiza las responsabilidades de daños a terceros, es decir, los llamados “tradicionales” -personas, bienes y derechos-⁷⁹⁸ causados por contaminación. Además, incluye la responsabilidad civil por accidentes de trabajo, puesto que se refiere a las lesiones que se ocasionen a los trabajadores por contaminación a los que les serán aplicables condiciones especiales.

En este módulo B, debemos precisar que la garantía del seguro cubre los daños ocasionados a terceros,⁷⁹⁹ cuando los mismos sean como consecuencia de una contaminación originada según establece el art. 32-2⁸⁰⁰, siempre que el hecho sea causalmente imputable al asegurado.

⁷⁹⁸ La Profesora ZUBIRI DE SALINAS, al hacer referencia al seguro de daños al medio ambiente como seguro de responsabilidad civil en general, matiza. “Básicamente hay dos tipos de seguros. El seguro de responsabilidad civil por contaminación con sus condiciones generales y especiales según el tipo de actividad y el seguro combinado de contaminación, que une al seguro de responsabilidad frente a terceros por los daños derivados de la contaminación un seguro de daños al suelo propio del asegurado cuando así lo exija, por resolución firme, la Administración pública competente o cuando tenga que efectuarse la limpieza de suelo de terceros y dicha limpieza no podrá efectuarse sin limpiar el suelo asegurado”. Vid. *Seguro de Responsabilidad Civil por Daños...*cit, pág. 56.

⁷⁹⁹ Debemos advertir, al tratarse de una cobertura de responsabilidad civil, el concepto de terceros, puede presentar algunas dificultades -v.gr. el subsuelo es de titularidad pública, por el contrario, el suelo propiamente dicho pertenece a la empresa sobre el que está ubicada-. En principio el alcance de la propiedad del suelo con relación al subsuelo está reconocido en el art. 350 del Código Civil, “*El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvadas las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas y en los reglamentos de policía*”..

⁸⁰⁰ LRM. Art. 32-2 “*A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se considerará hecho generador la contaminación que se produzca de forma accidental y aleatoria, es decir, que sea extraordinaria y que no se haya generado por ninguna de las siguientes causas:*

- a) De forma intencionada.*
- b) Como consecuencia normal y prevista de la posesión de edificios, instalaciones o equipos al servicio de la actividad autorizada.*
- c) Como consecuencia de un hecho previsto y consentido por el operador, ocurrido dentro del recinto en el que se lleva a cabo dicha actividad o en el ámbito geográfico para el que la actividad ha sido autorizada.*
- d) Por incumplimiento conocido por el asegurado, o que no podía ser ignorado por el mismo, de la normativa obligatoria aplicable a la actividad asegurada, tanto en materia medioambiental, como en cualquier otra materia.*
- e) Por mala utilización consciente o falta o defecto de mantenimiento, reparación o reposición de las instalaciones o mecanismos y sus componentes.*
- f) Por abandono o falta prolongada de uso de instalaciones, sin tomar las medidas adecuadas para evitar el deterioro de sus condiciones de protección o seguridad.*

La ventaja de este tipo de póliza es que cumple con los requisitos exigidos por las autoridades competentes en materia de medio ambiente. Además, se puede agregar una garantía adicional sobre el coste de la limpieza de suelos contaminados propios del asegurado, aminoración y evitación de nuevos daños.

Como todo contrato de responsabilidad civil, se perfecciona con el consentimiento de las partes contratantes, entrando en vigor la fecha en que en la póliza se estipule.

A) Sumas aseguradas

La compañía aseguradora necesita conocer la suma asegurada o el alcance de la cobertura del riesgo que se pretende asegurar. Lo usual es que la misma sea pactada entre las partes, y tendrá que estar reflejada en la póliza, tal como determina el art. 8-5 de la LCS. Su función consiste en operar como límite máximo de cobertura por parte de la compañía aseguradora.

Al respecto el art. 27 de la LCS establece *“la suma asegurada representa el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurador en cada siniestro”*. En el supuesto de que la indemnización fijada en el momento de declarar la responsabilidad civil por daños sobrepase dicho límite, el exceso correrá a cargo del asegurado. De ahí, en los casos de responsabilidad por contaminación, la importancia que adquieren las cláusulas especiales *“claim made”* que contenga la póliza, éstas deberán ser aceptadas expresamente por el asegurado de acuerdo con lo que establece el art. 3 de la LCS.

g) Como consecuencia de alborotos populares, motines, huelgas, disturbios internos, sabotaje y actos de terrorismo o de bandas armadas.

Artículo 33. *“Fondo de compensación de daños medioambientales”*.

Se fijan sumas aseguradas independientes para cada tipo de responsabilidad: la responsabilidad medioambiental -módulos A)- y para la responsabilidad civil por contaminación – (modulo B) respectivamente.

En el módulo A) se fijan las siguientes prestaciones: gastos por acciones del asegurado para evitar el riesgo inminente de un daño medioambiental, y gastos en que se incurra en concepto de reparación complementaria y compensatoria.

Por el contrario, para el módulo B) cuando se contrate, serán garantizadas las prestaciones correspondientes dentro de la suma asegurada para el módulo v.gr. daños corporales y daños materiales

B) Ámbito temporal

La duración del contrato deberá estar estipulada en las condiciones particulares del mismo, expirando en la fecha que figure en la póliza, que no podrá fijar un plazo superior a diez años -art. 22-1 LCS-. Bien es verdad, que se puede establecer que el mismo se prorrogue mediante cualquiera de estas modalidades - prórroga expresa⁸⁰¹ y prórroga tácita⁸⁰²-.

En este tipo de seguro, conocer con precisión cuál es el bien asegurado y el tiempo de duración del contrato de seguro es fundamental, lo que sí es cierto es que la fecha comienza a partir de la primera manifestación constatable de la contaminación, es decir, desde el momento en que se descubren sus efectos – art. 32-1- b)⁸⁰³ LRM-.

⁸⁰¹ En este tipo de modalidad se podrá prorrogar una o varias veces, cuyo periodo no podrá superar a un año cada una de las veces que se prorrogue.

⁸⁰² En este supuesto, se considerará automáticamente prorrogado por un tiempo de un año. Pudiéndose oponer a la misma cualquiera de las partes -asegurador y tomador- siempre que le notifique a la otra su decisión de extinguirlo en un plazo de dos meses de anticipación al vencimiento del seguro en curso.

⁸⁰³ “*Que la primera manifestación constatable de la contaminación se haya producido dentro del periodo de la garantía o dentro del plazo de tres años a contar desde la terminación de la misma. Se entiende por primera*

C) Características de la cobertura

Este nuevo producto incluye las siguientes coberturas:

-Costes de reparación primaria, compensatoria y complementaria (medidas para restituir el medio ambiente a su estado básico).

-Costes de prevención. Ante una amenaza inminente de daño medioambiental, se adoptan medidas de prevención para impedir que puedan producirse.

-Costes de evitación. Ocasionado el daño medioambiental, se adoptan las medidas necesarias para impedir daños mayores.

-Costes derivados de la descontaminación del propio suelo. (Saneamiento del suelo, agua superficial o subterránea, así como la retirada de residuos generados).

La cobertura recoge los costes de limpieza, incluidos hasta el 10% de la suma asegurada en la garantía de responsabilidad medioambiental, y garantiza los gastos de descontaminación del suelo que ocupa la actividad, prestación que queda expresamente excluida del módulo A).

Se ha separado esta cobertura porque la contratación de la misma requerirá de información complementaria y se aplicarán criterios específicos de evaluación de riesgos.

Costes derivados de la contaminación por transporte de mercancías peligrosas. Se trata del desplazamiento de material contaminante por cualquier medio de transporte incluyendo los traslados a los lugares establecidos para su eliminación.

manifestación el momento en que se descubra por primera vez la existencia de una contaminación, tanto si entonces se considera peligrosa o dañina como si no es así”.

Entre las ventajas que aporta este tipo de seguro hay que destacar que: a) se trata de un producto flexible, ya que se adapta a las necesidades de cada empresa y b) proporciona una cobertura retroactiva de 1 año, y la posibilidad de asegurar en una sola póliza más de una situación de riesgo.

El producto cuenta con una amplia gama de coberturas, en general ampara la responsabilidad del asegurado por los daños causados por la contaminación medioambiental.

Sobre el particular diremos que nos estamos refiriendo a la contaminación directamente atribuible a la actividad industrial del propio operador -tomador- que se origine de forma accidental y aleatoria.

8. POOL DE RIESGOS MEDIOAMBIENTALES.

El incremento del desarrollo tecnológico, junto con la progresiva concienciación ciudadana por la defensa del medio ambiente gravemente amenazado por la contaminación, ha originado la exigencia de la responsabilidad civil que alcanza su expresión más radical con la responsabilidad objetiva e ilimitada por daños medioambientales generados por la industria moderna. En tal sentido, la sociedad demanda que se haga efectivo el principio de “quien contamina paga” reconocido en el art. 191-2⁸⁰⁴ del Tratado Fundacional de la UE.

⁸⁰⁴ “La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga”. Diario Oficial de la Unión Europea de 30-3-2010.

Debemos precisar antes que en nuestro país, ya existía esta modalidad de seguro en Estados como:

-El norteamericano -EE.UU- que consistía en una asociación de reaseguradores creada en 1981 con el nombre “Pollution Liability Insurance Agency” conocido vulgarmente por “Pila”. Proporciona ayuda financiera a los propietarios de terrenos contaminados para limpiezas y actualizaciones.

-El pool francés “Assurpol”⁸⁰⁵, su duración prevista es de veinte años, y con el objeto de gestionar el correaseguro por cuenta común de los riesgos de daños contra el medio ambiente, originados por determinadas instalaciones industriales y comerciales.

-Pool italiano “Pool R.C. Inquinamento”⁸⁰⁶, es una agrupación de compañías de reaseguros constituida en 1979, que opera en el ámbito de la responsabilidad civil por riesgos ambientales.

A) Pool español

Las compañías de seguros españolas, debido a los grandes desembolsos económicos que suponía hacer frente a los costes por responsabilidad civil por contaminación, vieron la necesidad de asegurar los riesgos que pudieran originar los operadores que realizaban actividades que entrañaban graves peligros para el medio natural. Por ello entendieron que era necesario crear una agrupación de

⁸⁰⁵ Se crea en 1979. Consta de dos categorías de miembros, una compuesta por compañías de seguros francesas o extranjeras y otra por compañías de reaseguros de distintas nacionalidades. Una de sus principales características es su gran capacidad económica para cubrir siniestros y sus amplias garantías encontrándose entre las más grandes del mercado mundial.

⁸⁰⁶ En Italia a partir del año 1980 la cobertura de contaminación se asegura a través del Pool de inquinamento, está constituido por reaseguradores alemanes y suizos.

compañías de seguros⁸⁰⁷ con recursos y capacidad económica suficiente que pudiese dar cobertura a esos tipos de riesgo.

Para tal fin, un grupo de entidades aseguradoras crea el 16 de mayo de 1994 el Pool Español de Riesgos Medioambientales -en adelante PERM-⁸⁰⁸. Está formado por las principales compañías de seguros y de reaseguros tanto nacionales como extranjeras, eligiendo para su funcionamiento la fórmula asociativa⁸⁰⁹ por considerarla la más idónea, ya que en otros países como Italia, Holanda y Francia sus efectos fueron positivos.

Además de lo anterior, puede adoptar las formas mercantiles de sociedad anónima, mutua o cooperativa de prima fija, quedando excluidas las mutualidades de previsión social a pesar de que la ley anteriormente citada no las excluye expresamente.

Se trata de una entidad independiente con personalidad jurídica propia, para administrar un convenio⁸¹⁰ que acoge tanto a compañías aseguradoras como reaseguradoras, con el fin de reasegurarse entre las compañías que forman el grupo asegurador, y poder así afrontar conjuntamente el elevado riesgo crediticio que supone el compensar los daños económicos ocasionados al medio ambiente, y avanzar en lo posible en la cobertura de las necesidades del mercado, comenzando a operar el día primero de enero del siguiente año de su constitución.

⁸⁰⁷ Debemos precisar que en el año 1982 surge la idea de diseñar por parte de la Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras -UNESPA- de crear un seguro que cubra todos los riesgos por accidente de contaminación del agua, aire o suelos a los empresarios cuya actividad fuese proclive a contaminación ambiental, puesto que en nuestro país hasta el año 1980 las pólizas que se suscribían por responsabilidad civil no hacían mención alguna sobre los riesgos de contaminación.

⁸⁰⁸ Definición aportada por su propia página de internet -www.perm.es- *El Pool español de riesgos medioambientales. "Es una Agrupación de Interés Económico para administrar un Convenio de correaseguro, para la suscripción conjunta de los riesgos medioambientales"*.

⁸⁰⁹ Las citadas compañías optan por la fórmula asociativa por considerarla la más idónea y operativa, puesto que ya había sido puesta en práctica y con efectos positivos en los mercados de países como Francia, Holanda, Italia y Dinamarca.

⁸¹⁰ Cabe hacer notar que las compañías que componen el convenio, las aseguradoras, pueden tener doble condición: aportar las operaciones de los seguros y ser aceptantes de reaseguro de estas, por el contrario, las de reaseguros actúan como participes de reaseguro.

a) Características del Pool español

El Pool español “es una Agrupación de Interés Económico constituida en 1994 para administrar un Convenio de correaseguro, para la suscripción conjunta de los riesgos medioambientales”⁸¹¹.

Opera en régimen de transparencia fiscal, ya que los beneficios y las pérdidas que genera son trasladados a las compañías que forman parte de la Agrupación⁸¹².

El Pool español se constituyó para administrar un convenio entre corredores de seguros, en el que participan tanto las compañías de seguros como las de reaseguros, con el fin de reasegurarse entre las compañías de seguros que forman el grupo, y así afrontar conjuntamente el elevado riesgo crediticio que supone el compensar los daños ocasionados al medioambiente, y avanzar en lo posible en la cobertura de las necesidades de este mercado.

En su inicio, su objetivo fue reasegurarse entre las empresas aseguradoras del grupo, con el fin de disponer del suficiente capital para afrontar conjuntamente el elevado riesgo crediticio derivado de los daños medioambientales.

Tiene como principal actividad la de avanzar en las coberturas de las necesidades que puedan surgir en el mercado del seguro de medioambiente, así como el aseguramiento de los riesgos medioambientales, lo que encierra un interés público de destacado valor.

⁸¹¹ Definición obtenida de la página: <http://www.perm.es>

⁸¹² Agrupación formada por veinticinco entidades de seguro directo y de reaseguro. Las compañías aseguradoras son:

Alianza de Seguros; AXA Seguros; MAPFRE España; Patria Hispania; Bilbao Seguros; CASER; Grupo Catalana Occidente; ASEFA; MGS; Unión Alcoyana seguros; FIATC Seguros; Generali Seguros; HDI Seguros; Helvetia Seguros; Plus Ultra Seguros; MUSSAP, REALE Seguros Generales;

Las compañías de reaseguros son: Consorcio Comp. de Seguros; MAPFRE RE.; MÜNCHENER RÜCK; Nacional de reaseguro; SCOR Global P&C; SWISS-RE; AXA seguros y ODYSSEY RE. Información obtenida en la página web, <http://www.perm.es>.

Son varios los productos específicos que ofrece el Pool español para cada caso concreto. Debemos destacar por su importancia el denominado “Seguro Combinado de Contaminación”, que constituye una importante herramienta para dar cobertura a los daños a terceros por contaminación y al riesgo del propio suelo por el mismo motivo. Siendo sus principales características las dos garantías que ofrece, ambas bien diferenciadas:

-Cubrir la responsabilidad civil del asegurado por las reclamaciones por daños causados a terceros o a sus propiedades.

-Asegurar la responsabilidad por contaminación del suelo que abarca la protección de las pérdidas por contaminación del mismo donde esté ubicada la empresa. En estos supuestos, la responsabilidad no está regulada en la LRM, por ello, puede ser exigida mediante la vía tradicional por el causante del daño y los terceros perjudicados.

El PERM presenta una semejanza con el pool francés -Assurpol- por dos motivos fundamentales: por sus antecedentes, puesto que proviene del francés, y por las características de las pólizas de este seguro que se asemejan las que se utilizan en ambos mercados aseguradores.

Los objetivos principales que persigue el PERM son:

-Elaborar productos para asegurar los riesgos derivados de la contaminación, cuyas condiciones de seguro han sido previamente consensuadas y revisadas por las Entidades aseguradoras que forman el grupo.

-Poner a disposición de sus socios diversos tipos de seguros específicos que puedan solucionar los problemas que se deriven de la responsabilidad medioambiental y de la responsabilidad civil por daños causados a terceros por contaminación.

- Centralizar la gestión, administración y control de dichos seguros en la Agrupación constituida al efecto. Debemos precisar que no es la Agrupación PERM la que lleva a efecto la contratación del seguro, se realiza a través de una de las compañías aseguradoras que formen parte de la asociación, la cual valorará el riesgo y la función de la actividad de que se trate para conocer con exactitud las posibilidades de riesgo de la actividad que se pretende asegurar.

- Poner en común capacidades de asunción de riesgos para su utilización conjunta en régimen de reaseguro por las compañías aseguradoras y reaseguradores de prestigio consolidado.

-Suscribir las operaciones de seguro de las modalidades creadas por el Pool, conforme a las condiciones técnicas acordadas, reasegurándolas a dicha entidad.

- Centralizar la información, desarrollar criterios de valoración de riesgos medioambientales y liderar la innovación sobre coberturas, técnicas de evaluación de riesgos y resolución de siniestros.

-Colaborar con las distintas Administraciones públicas con el propósito de lograr acuerdos con respecto a la coordinación sobre seguridad y calidad del medio ambiente, igualmente con otras instituciones y entidades, aseguradoras y no aseguradoras, en su área de competencia.

b) Ámbito temporal

En este punto se recurre al principio básico de la técnica aseguradora, el tiempo de validez de este, se refleja en la póliza mediante las cláusulas limitadoras.

Sobre el ámbito temporal y territorial de la cobertura del seguro, surgen divergencias a la hora de la presentación de la demanda por un siniestro, puesto que en la mayoría de las ocasiones no coincide el momento en el que se ha originado el daño con la manifestación del mismo. En este tipo de seguro, la fecha del siniestro es la del momento del primer descubrimiento de la contaminación.

Para dar solución al problema, la LRM en su art. 32-1, aporta una norma consistente en limitar el ámbito temporal de la garantía para que queden incluidas ciertas responsabilidades siempre que se den las circunstancias establecidas en sus párrafos a), b) y c), las cuales pueden dotarse de un contenido más amplio. De hecho, la LRM establece un plazo más amplio que el determinado en el párrafo segundo del art. 73 de la LCS⁸¹³.

Por consiguiente, los siniestros que se originen dentro del periodo de tiempo establecido en la póliza son los que quedan amparados por la cobertura especificada en la misma, para lo cual debemos tener en cuenta las siguientes condiciones:

-La garantía es retroactiva. Cubre los hechos y daños que no se hayan conocido hasta después de la entrada en vigor del seguro, incluso si se habían generado antes. En ciertos casos y circunstancias, puede limitarse o suprimirse el periodo de retroactividad.

-Que la reclamación del perjudicado⁸¹⁴ se inicie dentro del período de validez del seguro o en los tres años siguientes a contar desde la terminación de la garantía⁸¹⁵. Es decir, se da un periodo de tres años, después de cancelada la

⁸¹³ “Serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al artículo 3 de la presente Ley que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración. [...]”

⁸¹⁴ Dicha reclamación podrá iniciarse, bien mediante procedimiento administrativo, escrito del asegurador o asegurado, o bien por procedimiento judicial.

⁸¹⁵ Vid. Art. 32-1- b) LRM.

póliza, para la recepción de las reclamaciones de siniestros comprendidos dentro del periodo de cobertura.

c) Ventajas del Pool

Las principales ventajas que aporta el Pool español son:

-En primer lugar, contar con una gran capacidad económica, suficiente para afrontar las responsabilidades medioambientales frente a las entidades aseguradoras individualizadas. Por ello, el Pool nos ofrece la garantía y la capacidad económica de un buen número de compañías aseguradoras y reaseguradoras de reconocido prestigio, tanto a nivel nacional como internacional. Esto permite hacer frente a grandes siniestros, que posiblemente las empresas implicadas en ellos no podrían afrontar por los grandes costes que se generan, lo que se logra a través del movimiento asociativo de las compañías aseguradoras.

-En segundo lugar, con respecto a las indemnizaciones u otros gastos a los que tenga que hacer frente el operador, no agotan la cantidad estipulada para dar cobertura de la responsabilidad medioambiental, ya que ambas garantías financieras son independientes.

-En tercer lugar, capacidad de evolución debido a la acumulación de experiencia de su personal especializado en la materia, para solucionar los inconvenientes que puedan surgir en la contratación de un seguro, considerando cada caso concreto.

-En cuarto lugar, la uniformidad en las condiciones del contrato, lo que aporta seguridad jurídica a los asegurados, estableciendo un modelo de contratación único en el mercado cumpliéndose el principio de transparencia informativa.

Finalmente, a diferencia de los fondos de compensación, los pools no requieren la realización de pagos por adelantado.

De todo lo expuesto, vistas las ventajas y desventajas que ofrece este tipo de seguro, el “Pool español de riesgos medioambientales” dispone de seguros específicos que dan solución a las responsabilidades que dimanen de los daños al medio ambiente. Actualmente, la responsabilidad Medioambiental y la Responsabilidad Civil por Contaminación está contenida en un solo contrato con los siguientes módulos:

- Modulo A), con una cobertura básica que reúne las condiciones necesarias para hacer frente a las responsabilidades exigidas por la LRM, excluyendo los gastos de contaminación del suelo.

- Módulo B), se trata de un seguro complementario de responsabilidad civil por contaminación, que figura en el mismo contrato pero que con una suma aseguradora aparte, se pueden cubrir las reclamaciones por daños a las personas y sus bienes ,es decir, los llamados “daños tradicionales” y los perjuicios económicos derivados de la contaminación, v.gr. la contaminación del suelo.

9. EL SEGURO D&O

INTRODUCCIÓN

La actividad empresarial en el mundo globalizado e industrializado en el que vivimos exige tomar importantes decisiones que en las sociedades de capital son asumidas por los administradores sociales⁸¹⁶ y altos directivos. Ambos

⁸¹⁶ Al referirnos a los administradores, lo hacemos igualmente extensible a los administradores de hecho, puesto que la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, en su art. 236-3 equipara definitivamente la figura del

colectivos están sujetos a tomar decisiones importantes en el ámbito de sus competencias, actividad que conlleva riesgos y nuevas y diferentes responsabilidades, pudiendo verse perjudicados sus patrimonios personales por la reclamación de un tercero.

La reforma de la LSC operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo, que le adiciona un régimen de responsabilidad más exigente a los administradores conlleva en algunas ocasiones tener que hacer frente a las demandas contra su persona por sus actuaciones y de cuyas consecuencias es responsable.

Ante este nivel de exigencia, consideramos de interés contratar en nuestro mercado asegurador un seguro de Responsabilidad Civil de Administradores y Directivos conocidos por D&O-abreviatura de *directors and offices*-⁸¹⁷, para garantizar a ambos colectivos solvencia y tranquilidad por aquellas decisiones que tomen en el ámbito de sus funciones que puedan constituir un grave riesgo en sus patrimonios, derivadas de las responsabilidades en que pueden incurrir, frente a las reclamaciones de terceros, incluso cubrir la responsabilidad por deudas tributarias.

administrador de hecho al de derecho *“La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”*.

⁸¹⁷ Abreviatura aceptada por nuestras compañías aseguradoras para referirse a los administradores y altos directivos de las sociedades de capital. Tiene su origen en los EE.UU. y es en los años 60 cuando se implanta definitivamente en esta nación. En España -año 2017-, cumple 27 años desde que se contrató la primera póliza a consecuencia del régimen de responsabilidad establecido para administradores y directivos en el art. 133-1 de la derogada LSA *“ Los Administradores responderán frente a la Sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley, a los Estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo ”*.

A) Interés en la contratación.

En ciertos casos referidos a la administración de la sociedad y al medio ambiente puede resultar de interés contratar un seguro de responsabilidad para los administradores y personas que pueden resultar afectadas por la responsabilidad medioambiental, tal como se ha indicado en los capítulos anteriores.

La finalidad será servir para ampliar la cobertura de las responsabilidades del administrador, ya que los deberes de los administradores de las sociedades de capital en general -arts. 225. y ss.-, se han agravado, especialmente tras la *Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo*, de manera que pueden resultar más vulnerables las actuaciones de los mismos a la hora de exigírseles responsabilidad.

La cuestión será determinar si estos tipos de seguros de D&O pueden servir para cubrir también la responsabilidad medioambiental.

El Prof. IRIBARREN BLANCO⁸¹⁸ nos dice que el ámbito de la cobertura del seguro comprende la responsabilidad civil de los administradores frente a la sociedad por el daño que ésta sufra, a consecuencia del incumplimiento de los deberes del administrador y de sus directivos.

En referencia al medio ambiente, debemos advertir, tal como ya hemos indicado en varias ocasiones, que el Derecho civil no es el instrumento jurídico más idóneo para dirimir conflictos medioambientales, puesto que no ha sido creado especialmente para la protección de este medio.

Por el contrario, la responsabilidad medioambiental tiene sus propias características frente al daño civil. Por tal motivo, los conflictos que se generan no podrán ser resueltos eficazmente con la sola aplicación del Código civil por

⁸¹⁸ Vid. IRIBARREN BLANCO, M. : *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital -D&O-*, Pamplona Edit.. Civitas, 2005, pág. 153.

resultar éste insuficiente. Por ello, se acude a una norma más especializada como es el Derecho medioambiental, que regula las relaciones de Derecho público y privado tendentes a preservar el medio ambiente, y concretamente a normas específicas como la LRM, para dar solución legal de una manera más eficiente a dichos problemas.

Referirnos a esas dos normas legales es con el fin de valorar si este seguro puede ser empleado para cubrir las responsabilidades medioambientales por las que pueden verse afectados los administradores en el desempeño de sus funciones.

El interés de la sociedad por este tipo de seguros se manifiesta principalmente por la protección que le ofrece a su patrimonio, tanto en los supuestos de responsabilidad en el ámbito interno como externo. Entre los muchos actos que protege se encuentran los intereses de las personas y sus derechos, siempre que éstos se vean afectados. Tener contratado el seguro D&O garantiza a la sociedad la reintegración patrimonial de los daños que haya podido causar la actuación negligente de los administradores y de sus altos directivos.

El punto de partida para la contratación de este tipo de seguros en España se origina como consecuencia de la reforma llevada a cabo por la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, dado que, a partir de su puesta en vigor, deja de aplicarse el régimen de responsabilidad civil contenido en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 -arts. 79 al 87-, y se pasa a exigir la responsabilidad establecida en el art. 131 de la LSA de 1989, aplicable también a los administradores de las sociedades limitadas.

No debemos olvidar las novedades importantes que introdujo la Ley 26/2003, de 17 de julio⁸¹⁹, por la que se modifica el TRLSA 1564/1989 de 22 de

⁸¹⁹ Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.

diciembre. Entre ellas, las relativas a los deberes de los administradores, aportando tres nuevos artículos; 127 bis – Deber de fidelidad-, 127 ter -deber de lealtad- y 127 quáter -deber de secreto-

La distinción de estos deberes no era nada precisa, máxime cuando la doctrina ha usado indistintamente ambos términos -lealtad y fidelidad-resultando literalmente difícil separar estos significados. La Ley lo que pretendió con esta nueva estructura del artículo 127, fue situar en el mismo plano de igualdad los distintos deberes bajo las categorías de diligencia, fidelidad, lealtad y secreto.

Posteriormente, con la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2010, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital -TRLSC-, se contribuyó a poner de manifiesto el riesgo al que están sometidos los administradores y altos directivos de las sociedades de capital por sus actuaciones derivadas del ejercicio de sus funciones. Ello ayudó a acrecentar la importancia de este seguro.

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, introduce importantes cambios en la LSC, que afectan a los órganos de gobierno de la misma, incidiendo mayormente en los deberes del administrador, determinándose de forma más precisa el contenido de cada uno de ellos v.gr. art. 529 bis y ss. para las sociedades cotizadas- y al deber de diligencia -art. 225-2 y 3-, estableciendo en su apartado 2 *“Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad”*. Y en el apartado 3 *“En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones”*.

El núm. 3 del mismo precepto⁸²⁰ es todavía más explícito en el sentido de exigirle al administrador una información veraz y adecuada para una buena gestión y control de la sociedad.

Igualmente, se modifica el régimen de responsabilidad de los administradores, extendiéndose su ámbito de aplicación subjetivo, ya que éstos responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la Ley o a los Estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa⁸²¹.

Todo lo expuesto nos conduce a la necesidad de contratar por parte de la empresa los servicios que este tipo de seguro cubre, por su capacidad económica para proteger el propio patrimonio de la empresa, de sus administradores y directivos contra los imprevistos de responsabilidad que puedan surgir en el desarrollo de la actividad empresarial. Su contratación no supone un motivo de exoneración de la responsabilidad de éstos, sino que es el asegurador quien asume la cobertura del riesgo asegurado.

Se trata de un instrumento útil para la protección frente a la responsabilidad de los asegurados, y más cuando este seguro está especialmente diseñado para cubrir las responsabilidades civiles⁸²² derivadas de su gestión al frente de la

⁸²⁰ “En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones”.

⁸²¹ Sin olvidarnos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo que modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, que introdujo novedades en el Código Penal -las que no comentaremos por no ser el propósito de este trabajo-.

⁸²² Conforme al régimen de los seguros de responsabilidad civil regulados por los arts. 73 al 76 de la LSC inclusive.

empresa⁸²³. Es decir, de las responsabilidades previstas con carácter general en el art. 236 LCS.

-Esto es lo que permite calificarlo como un seguro de responsabilidad civil profesional⁸²⁴.

Ello redundará en beneficio de la empresa, puesto que proporciona mayor cobertura económica a los administradores, frente a los riesgos de que puedan ser objeto por reclamaciones de responsabilidad civil. Esto les hace sentir más protegidos, le garantiza a la empresa una gestión más dinámica, y además le sirve de estímulo para asumir un mayor nivel de riesgo en su gestión administrativa.

Al mismo tiempo, puede resultar un buen instrumento para atraer nuevos talentos que estarían dispuestos a ejercer dicha función, y además invita a que el personal ya existente en la empresa y bien cualificado que fuese propuesto para ejercer el mismo, no renuncie a él. Al administrador le da mayor seguridad en sus decisiones e iniciativas sin el desasosiego de conocer que tanto su patrimonio como el de la empresa se vean afectados⁸²⁵.

De lo dicho se desprende ser una herramienta de extrema utilidad para la gestión de la empresa al asumir mayores niveles de riesgos. Es más, resulta inclusive beneficioso para ella, lo que a criterio de IRIBARREN BLANCO es lo suficiente para justificar su pago por la propia empresa⁸²⁶.

⁸²³ Como ya se ha indicado el ámbito de responsabilidad, presupuestos y extensión de estos colectivos que van a ser objeto del seguro está definido en los arts. 236 y ss. Del R.D.L 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de Capital.

⁸²⁴ Es la responsabilidad en la que incurre la empresa o el profesional asegurado por los daños materiales, personales y sus perjuicios económicos derivados, así como los daños patrimoniales primarios, involuntariamente causados a terceros o clientes, consecuencia de los errores u omisiones cometidos en el desarrollo de su actividad profesional. Seguros CASER. <https://www.caser.es> > Seguros para Empresas > Responsabilidad Civil.

⁸²⁵ El administrador consciente del riesgo que entraña el ejercicio de su cargo, exige como condición para aceptarlo se le extienda un seguro a su favor.

⁸²⁶ Vid. IRIBARREN BLANCO *El Seguro de Responsabilidad civil de los Administradores y altos Directivos de las Sociedades de Capital -D&O-*. Edit. Thomson- Civitas, Cizur Menor. Navarra 2005, pág. 94.

Como anteriormente se ha mencionado, el objetivo principal que persigue este tipo de póliza es el de salvaguardar el patrimonio personal de los administradores y directivos ante posibles reclamaciones por actos derivados del cumplimiento de sus deberes y obligaciones en el cargo, haciendo frente a los gastos de defensa en los procesos judiciales, prestando fianzas en las que se imponga como medio cautelar civil o penal, e indemnizando a terceros perjudicados. Se trata de un riesgo individualizado que puede asegurarse como complementario de otro.

B) Competencia para contratar

Al tratarse de un seguro voluntario, la competencia para contratar el seguro y negociar las cláusulas del mismo puede ser llevada a cabo por el propio administrador -seguro por cuenta propia- o por la propia sociedad en la cual ejerce sus funciones administrativas el asegurado. En la praxis es la propia empresa la que asume la posición jurídica de tomador del seguro para sus administradores y altos directivos e incluso para sus sociedades filiales.

A la hora de su contratación, conviene resaltar el apartado 3 del artículo octavo de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato del seguro, que, tras su refirma por la Disposición final primera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, queda redactado de la siguiente forma:

“Naturaleza del riesgo cubierto, describiendo, de forma clara y comprensible, las garantías y coberturas otorgadas en el contrato, así como respecto a cada una de ellas, las exclusiones y limitaciones que les afecten destacadas tipográficamente”.

Este criterio establecido por el legislador tiene especial importancia a la hora de la contratación de una póliza D&O, por precisar qué riesgo es el que se asume por la aseguradora y qué y cómo se debe reflejar en la misma.

Por todo ello, estimamos que la contratación de ese seguro por parte de la empresa es necesaria para cubrir sus propias responsabilidades. las de sus administradores y cargos directivos.

C) Cobertura del Seguro

Como ya dijimos, el objetivo principal de este seguro es cubrir los costes económicos que se deriven de la responsabilidad de los administradores en su calidad de órganos sociales, así como de los diferentes cargos directivos ligados a la sociedad, durante la vigencia de la póliza.

Se trata de un seguro cuyas condiciones de cobertura con el tiempo han ido cambiando a favor del asegurado, y con ello el nivel de satisfacción es mayor por parte de las empresas, administradores y altos directivos.

Por ello consideramos de interés referirnos a la STS de 29 de enero de 2019⁸²⁷, que hace referencia a este tema, y en concreto se refiere a que si cubriría el daño ocasionado al patrimonio de dos administradores solidarios a los que la Agencia Estatal de Administración Tributaria -AEAT- había derivado subsidiariamente la responsabilidad de la sociedad de capital de la cual eran administradores por incumplimiento de sus obligaciones tributarias.

La sentencia resuelve el caso de dos administradores solidarios -Bruno y Apolonio- que tiene suscrito un seguro de Responsabilidad Civil de administradores y Directivos con una compañía de seguros -Zurich-, a la cual

⁸²⁷ Vid. STS162/2019. Cendoj: 28079110012019100053, fecha de resolución29/01/2019. Ponente, Ignacio Sancho Gargallo.

ambos demandan en juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Oviedo, para que asuma la responsabilidad de ambos ante las reclamaciones que le formula la Administración Tributaria en concepto del impago de unas deudas tributarias de Puente Fierros. La AEAT, acordó la responsabilidad subsidiaria de los dos administradores por el importe de 66.713,32 euros al que ascendía la deuda y los gastos de defensa de ambos que supuso un coste de 924,44 euros, como administradores de la empresa Puente Fierros S.L.

La citada compañía de seguros se opuso a la demanda, alegando que la responsabilidad de las deudas tributarias de la sociedad mercantil de la que son socios Bruno y Apolonio no están cubiertas por la póliza, conforme a lo dispuesto en el condicionado general, que contiene lo siguiente: “El asegurador pagará por cuenta de cualquier persona asegurada, toda pérdida procedente de, o a consecuencia de [...]”.

La aseguradora argumentó que no estaba incluido dentro del concepto “pérdida” el impago de impuestos, multas o sanciones, tal como consta en el apartado 2.19.1 de las condiciones generales de la póliza suscrita por los administradores. La demandada entiende que se trata de una cláusula delimitadora de riesgo.

El juez de primera instancia estimó la demanda y entendió que el apartado citado por la compañía de seguros es una cláusula limitativa de derechos, motivo por el cual falla a favor de los demandantes, y como consecuencia de ello, la compañía de seguros recurre la sentencia de primera instancia en apelación ante la Audiencia Provincial de Asturias, que estima el recurso y absuelve a la demandada sin hacer expresa imposición de costas en ambas instancias, estimando que la cláusula citada no es limitativa de derechos, sino limitadora de riesgos.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo por el administrador Apolonio en base al art. 3 de la LCS⁸²⁸ y la jurisprudencia contenida en las sentencias de la Primera Sala del TS⁸²⁹.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el administrador -Apolonio- contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, que casa y deja sin efecto.

Consideramos de gran interés este pronunciamiento del Tribunal Supremo, puesto que al considerar la cláusula alegada por la demandada como “limitativa de derechos del asegurado”, en lo sucesivo, las aseguradoras para oponerse a la cobertura de este riesgo incluido en las condiciones generales de la póliza, deberá haber sido expresamente aceptada y firmada por el asegurado o tomador del seguro.

Por ello a partir de la publicación de esta sentencia por el Tribunal Supremo, todas las compañías aseguradoras que suscriba este tipo de seguro están obligadas a cubrir las deudas en que incurran sus asegurados que haya suscripto una póliza D&O. Es decir, que la cláusula contenida en las condiciones generales del contrato que excluyan este tipo de riesgo deberá ser previamente aceptada y firmada por el asegurado.

Si además añadimos las novedades introducidas en estos últimos años en el plano legislativo, ello nos conduce a la necesidad de contratar alguno de los servicios que brinda este tipo de seguro -D&O- para proteger el patrimonio de la empresa y el de los colectivos aludidos, contra imprevistos de responsabilidad que puedan surgir a lo largo de la actividad empresarial, así como hacer frente a

⁸²⁸ Vid. Art. 3 LCS “[...] *Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito*”.

⁸²⁹ Vid. STS 853/2006, de 11 de septiembre y STS516/2009, de 15 de julio

las indemnizaciones que correspondan como consecuencia de las reclamaciones por parte de terceros, de modo que éstas queden cubiertas por el citado seguro y no por sus propios patrimonios”.

Las garantías que ofrece no sólo comprenden las indemnizaciones por responsabilidad civil de los sujetos vinculados a la sociedad (administradores y directivos) en las que pueden incurrir en el ejercicio de sus funciones, también incluyen los gastos de defensa frente a los perjudicados.

En general, las características técnicas de este seguro son similares a las de otros de responsabilidad civil. Se trata de un seguro voluntario, pues no hay ninguna norma legal que imponga su obligatoriedad. Sin embargo, las coberturas y las exclusiones difieren en algunos puntos, por ello se impone un análisis más especializado en el momento de su contratación.

Las coberturas asumidas por la compañía aseguradora, como norma general son: los gastos de defensa jurídica, incluidas las costas y los gastos judiciales, además de las indemnizaciones a las que los administradores tengan que hacer frente por reclamaciones de terceros.

En relación con el tiempo de duración del contrato, al tratarse de un factor fundamental del mismo, éste debe constar expresamente en la póliza suscrita de acuerdo con lo establecido en los arts. 8-2⁸³⁰ art. 22-1⁸³¹ de la LCS. Dado que el periodo que se establezca en la póliza, sirve para calcular la prima, y su duración durante la cual el asegurador asume la garantía que suele ser habitualmente de un año, en el caso de prórroga del mismo, esta debe ser reflejada en el anexo de la póliza.

⁸³⁰ “Duración del contrato, con expresión del día y la hora en que comienzan y terminan sus efectos”

⁸³¹ “La duración del contrato será determinada en la póliza, la cual no podrá fijar un plazo superior a diez años. Sin embargo, podrá establecerse que se prorrogue una o más veces por un período no superior a un año cada vez”.

Entre las ventajas que aporta destacamos:

-Protege el patrimonio de la propia empresa, de sus administradores y altos directivos, contra los imprevistos que surjan como consecuencia del desarrollo de la actividad empresarial.

Les hace sentirse a los dos colectivos citados más protegidos en las actuaciones que realizan, y les sirve de estímulo para asumir un nivel mayor de riesgo en todas sus actuaciones en el desempeño de su cargo.

Soporta los gastos de defensa jurídica del asegurado en cualquier tipo de procedimiento, así como el asesoramiento legal -costas, honorarios, fianzas necesarias para garantizar la libertad provisional del asegurado- y las posibles indemnizaciones a que sean condenados los asegurados -administradores-, ya sea por acción u omisión, que den origen a las exigencias de responsabilidad⁸³².

-Se extiende a cualquier reclamación contra los herederos, legatarios, representantes legales y causahabientes, de un asegurado fallecido, siempre que la reclamación derive de una actuación negligente del difunto.

-Cubre a los administradores y directivos de empresas filiales y participadas -con un máximo de 3 por cada una-, siempre y cuando aparezcan nominadas en la póliza.

- Su cobertura incluye las costas y gastos legales ocasionados en defensa de los asegurados, como consecuencia de una reclamación que tenga su origen directa e indirectamente en un daño a los recursos naturales, incluso cualquier reclamación contra un asegurado por daños causados tanto a la sociedad o a sus accionistas que tenga su origen en un daño a los recursos naturales.

⁸³² Vid. <https://www.zurich.es/.../ZurichSegurosResponsabilidadCivilDirectivosco>

-El perjuicio financiero causado por un daño a los recursos naturales, siempre que el perjudicado no haya sufrido un daño personal o material derivado de dicho daño, hasta un límite del 10% de indemnización con un máximo de 200.000 euros por periodo de seguro.

D) Exclusiones

Como en todo seguro de responsabilidad civil, las partes de mutuo acuerdo pueden excluir algunos tipos de responsabilidad⁸³³ para no incrementar la prima de riesgo, teniendo en cuenta que dicha precisión tendrá que estar expresamente reflejada en la póliza tal como dispone el art. 8 de la LCS.

Entre las exclusiones que pueda contener la cobertura del citado seguro, citaremos las más significativas:

-Cualquier reclamación del asegurado que sea declarada por sentencia firme como fraudulenta o dolosa, así como los beneficios, ventajas o remuneraciones ilícitas o fraudulentas obtenidos por el asegurado sin tener derecho legal a las mismas, en virtud del art. 19 LCS⁸³⁴.

-Las reclamaciones por daños materiales o personales a excepción de los gastos que ocasione su defensa jurídica.

-La obtención de beneficios por parte del asegurado por su intervención en tasación de acciones utilizando para ello información confidencial.

⁸³³ Art. 73- párrafo segundo de la Ley de Contrato de Seguro “Serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al artículo 3 de la presente Ley que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación [...]”

⁸³⁴ “El asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado”.

-Ser indemnizado cuando la reclamación derive de otra reclamación que esté cubierta por la misma póliza.

-No es posible usar esta modalidad de seguro para conflictos internos generados en el ámbito de la empresa.

Por último, se excluyen las responsabilidades derivadas de actuaciones fuera del ámbito de su actividad como administrador o directivo, las cuales sirven al mismo tiempo para delimitar sus coberturas.

En definitiva, de todo lo indicado podemos concluir que el alto nivel de riesgos al que está sometido el administrador social hace necesaria la contratación de este tipo de seguros, pues le garantiza su propio patrimonio y asegura a un tercero el cobro de los costes por el daño que aquel le haya podido ocasionar. Como ejemplo de ello, citamos la STS Sala de lo Civil de 29/01/2019⁸³⁵, condenando a la entidad aseguradora Zurich insurance PLC -sucursal España- a asumir la responsabilidad de los administradores por la suma de 66.713,32 euros, más el interés previsto en el art. 20 de la LCS y a hacerse cargo de los gastos de la defensa jurídica de ambos por la cantidad de 924,44 euros -ya citado anteriormente-.

Con respecto a los daños a terceros sin previa relación jurídica con la sociedad, como pueden ser los daños medioambientales, debemos tener presente que, en el ejercicio de su función el consejo de administración, pese a ser un órgano ejecutivo, no ejecuta siempre sus propias decisiones, puede delegarlas.

⁸³⁵ Cendoj. 28079110012019100053. Sección 1ª. Madrid. En la sentencia de apelación recurrida en casación por uno de los administradores -Apolonio- en base a un único motivo. Formula el motivo y a continuación en su segundo párrafo dice: "En el desarrollo del motivo se razona que "el ámbito natural de un contrato de seguro de responsabilidad de administradores y directivos es el de salvaguardar su patrimonio personal frente a reclamaciones personales derivadas de actos incorrectos en su gestión societaria. [...] resulta evidente que excluir repentinamente la declaración de responsabilidad subsidiaria por deudas tributarias de su ámbito de cobertura no se acomoda al propio contrato, sino que deja a sus asegurados huérfanos de una garantía con la que contaban por ser los tributos un elemento inherente a la actividad societaria".

Pues bien, este acto de delegación no traslada totalmente la posición de garantía, por lo cual el administrador delegado tiene entre sus competencias el deber de controlar la actuación de su delegado, e intervenir en caso de que advierta que los actos llevados a cabo por este sean lesivos para la sociedad, pues un incumplimiento de los poderes otorgados ocasionaría la culpa “In vigilando”.

Debemos significar en lo que respecta al aseguramiento en conjunto de todo el órgano administrativo, que exige resolver si la conducta de uno de sus miembros tiene efectos sobre los restantes, ya que se trata de un órgano colegiado, donde sus componentes son responsables de forma solidaria.

Bien es verdad, que según lo dispuesto en el art. 237 LSC, podrán eximirse de la responsabilidad aquellos que prueben que, no habiendo intervenido en la adopción y ejecución del acuerdo, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a él.

Desde la perspectiva de la sociedad, como ya hemos dicho, le interesa tener suscrito el citado seguro, puesto que sirve de estímulo a los administradores para que estos asuman un nivel de riesgo adecuado en sus actuaciones y puede servir de atracción a administradores con buena formación para ocupar dicho cargo.

Asimismo, cubre la reparación de daños por causa de cualquier reclamación civil por actos de omisiones o inobservancia de los deberes. Estimamos importante este punto dado que puede originar daños al medio ambiente por incumplimiento del deber de “in vigilando”.

CONCLUSIONES GENERALES

Todo lo expuesto a lo largo de las páginas precedentes nos permite destacar las conclusiones a las que hemos llegado, las cuales exponemos a continuación:

PRIMERA.

A lo largo de nuestra exposición se ha puesto de manifiesto que la preocupación por la conservación de un medio ambiente sano y sostenible es una constante inquietud de nuestra sociedad.

Somos conscientes de que para su protección se necesitan políticas que desarrollen e incentiven el esfuerzo de la sociedad para protegerlo y en esa labor no está ausente el Derecho con sus diferentes herramientas.

SEGUNDA.

La responsabilidad del medio ambiente, al igual que su desarrollo sostenible, es tarea que nos afecta a todos, puesto que como ciudadanos nos asiste el derecho y el deber de preservarlo.

La mayoría de los textos fundamentales de los Estados europeos contienen normas encaminadas a proteger dicho medio, que están recogidas en las constituciones de los Estados más desarrollados, v.gr. Italia, Francia, Portugal Alemania y España, con el propósito de protegerlo y restaurarlo si fuese preciso para el desarrollo y bienestar de sus habitantes.

Nuestra Constitución de 1978, como la mayoría de los textos constitucionales citados, reconocen el derecho de las personas a disfrutar de un medio ambiente sostenible y sano para su desarrollo, exigiendo a las autoridades velar por la utilización racional de los recursos naturales para mejorar la calidad de vida. De lo que se deduce que las citadas medidas de protección constituyen una condición “sine qua non” para la calidad de vida de todos los seres humanos.

Se hace, pues, imprescindible su tutela a todos los niveles, legislativo y jurisprudencial, y por parte de la Administración para evitar los riesgos de que se produzcan graves daños al medio ambiente y, en caso de que se produzcan, proceder a su inmediata reparación, o si fuese posible su devolución a su “estado básico”. Esta labor de custodia queda reforzada por lo dispuesto en el apartado 3º del art. 45 de la Constitución.

TERCERA.

El mundo empresarial no se halla al margen de la problemática medioambiental, pues es obvio que el desarrollo industrial y la actividad empresarial pueden erosionar gravemente el entorno natural en el que se encuentre ubicada la actividad industrial, ya que, de no tomar a tiempo las medidas adecuadas para evitar el daño al medio ambiente, puede que el mismo resulte irreversible.

De hecho, la empresa asume su responsabilidad a través de la aplicación de las normas legales que regulan el citado medio, implicando en ello a todo su personal, incluidos los componentes de sus órganos de administración.

También tiene en cuenta la mejora de su actividad productiva, buscando alternativas tecnológicas para equilibrar el desarrollo industrial y la protección del medio ambiente. Para ello, estimamos que debe ampliar nuevos sistemas de gestión ambiental que sean coherentes con la política de prevención de riesgos y evitación de daños, exigiendo el cumplimiento de las normas legales medioambientales, y realizando anualmente una buena auditoría medioambiental a toda actividad susceptible de ocasionar daños a este medio. De este modo mejoraría el sistema de gestión de riesgos que redundaría en beneficio de la actividad y de un medio ambiente más sano y sostenible.

CUARTA.

Nuestra tesis se fundamenta en examinar las responsabilidades en las que se puede ver afectado el operador por los daños que su actividad pueda ocasionar al medio ambiente y terceros perjudicados, y considerar al administrador social responsable solidario y subsidiario junto a su operador en aquellos supuestos en que aquél, por ser poco diligente en sus actuaciones, cause graves daños al medio ambiente. Con ello se pretende aportar mayor claridad a dicha problemática con un enfoque más práctico, teniendo presentes las normativas jurídicas y la jurisprudencia que pueda afectarles.

Estimamos que se ampliaría el número de sujetos con responsabilidad en el ámbito medioambiental, se garantizaría la reparación o indemnización y se sancionaría con mayor severidad el incumplimiento del deber de diligencia.

QUINTA.

España, para dar respuesta a la problemática ambiental y proporcionar mayor protección y seguridad a los recursos naturales de que dispone, necesitaba una norma jurídica que regulase las responsabilidades derivadas de los grandes daños ocasionados al medio ambiente. Para tal fin se aprueba la Ley de Responsabilidad Medioambiental fruto de la adaptación española a la Directiva 2004/35/CE. Con ello, se intentan superar las lagunas del sistema de responsabilidad por daños a ese medio existentes en el ordenamiento jurídico español anterior a la LRM, instaurando un régimen administrativo de responsabilidad medioambiental de carácter objetivo para aquellas actividades que presenten un mayor riesgo para el medio ambiente, y estén comprendidas en el anexo III de la Ley. Respecto a las que no están comprendidas dentro de dicho anexo, se determina responsabilidad subjetiva medioambiental, llamada también responsabilidad por culpa, en la que se tiene muy en cuenta la intencionalidad del sujeto o sujetos autores del daño. A diferencia con la responsabilidad objetiva, la

carga de la prueba recae sobre el sujeto perjudicado, con subsiguiente necesidad de éste de probar la culpabilidad del autor del siniestro, lo que supone una situación menos ventajosa para sí mismo.

Además de los regímenes citados, se establece otro de responsabilidad de carácter ilimitado consistente en devolver a su estado original el recurso dañado, asumiendo el operador la totalidad de los costes que se originen como consecuencia del daño medioambiental.

La gestión de la normativa que encierra la LRM se encuentra descentralizada entre el Estado, CC.AA y administración local, las dos últimas tienen la potestad de elevar el nivel de exigencia siempre que se respete el establecido en la LRM.

SEXTA.

La experiencia adquirida desde la entrada en vigor de la LRM ha demostrado ser una herramienta eficaz para la prevención, evitación y reparación del medio ambiente. También ha puesto de manifiesto la necesidad de garantizar su aplicación efectiva y reforzar su vertiente preventiva, para lo cual es necesario fomentar el uso de los análisis de riesgos medioambientales entre los operadores, por ser una herramienta útil y eficaz para la gestión de este medio.

Para mejorar la aplicación del marco normativo de la LRM, y racionalizar la exigencia de las garantías financieras obligatorias para las actividades que puedan tener mayor incidencia en el medio ambiente, se llevaron a cabo importantes modificaciones de la misma que son:

- La Orden ARM/1783/2011, de 22 de julio, por la que se establece el calendario de orden de prioridad para la aprobación de las Órdenes ministeriales,

a partir de las cuales se podrá exigir la constitución de las garantías financieras obligatorias.

-El RDL 8/2011, de 1 de julio, que modifica la LRM, con la finalidad de desarrollar los criterios que definen a los operadores que quedan exentos de la obligación de constituir garantías financieras obligatorias, así como de llevar a cabo los análisis de riesgos medioambientales pertinentes.

-Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, procedimiento que consideramos importante para la protección del medio ambiente, por dos motivos fundamentales:

- Primero, por establecer de una manera amplia y concisa los procedimientos para una buena evaluación.

- Segundo, por unificar en un solo texto legal las dos disposiciones que anteriormente regulaban esta materia -Ley 9/2006, de 28 de abril y RDL 1/2008, de 11 de enero-.

-Ley 11/2014, de 3 de julio. Modifica la LRM con el fin de reformar los aspectos preventivos, simplificar y mejorar ciertas formas de su aplicación.

- RD 183/2015, de 13 de marzo por el que se modifica el Reglamento de aplicación de la LRM, para eximir de constituir las garantías financieras obligatorias a aquellos operadores que presentan menor índice de peligrosidad para el medio ambiente.

Después de esta última modificación, opinamos que todo operador comprendido dentro de las actividades citadas en el anexo III de la Ley, debería disponer de un exhaustivo análisis de riesgos que reflejase el estado real de la actividad y que mostrase el riesgo verdadero de originar un daño al medio ambiente, y al mismo tiempo proceder a la contratación de un seguro con la

suficiente capacidad económica para cubrir la responsabilidad del operador por los daños que su actividad pudiera causar a este medio.

SÉPTIMA.

Sobre los efectos legales de las normas de responsabilidad medioambiental ejercidas sobre los operadores y sus administradores, opinamos que no están del todo resueltas, posiblemente por haber sido desarrolladas en un periodo corto de tiempo y en contextos diferentes.

Es por lo que entendemos que uno de los factores que dificultan la calificación de la responsabilidad solidaria del administrador junto al operador, reside en el mismo concepto de “operador”, aportado tanto por la Directiva como por la LRM. En las citadas normas no está claramente definido en qué consiste dicha figura por los siguientes motivos:

- El término “operador” está formulado en la LRM de un modo “amplio”, que por su generalidad puede originar dudas en el momento de adjudicar la responsabilidad de un daño al medio ambiente. Habría estado más acorde con otras normas medioambientales referirse a “titulares”.

- Al describir al operador, se hace referencia a las personas que “*controlen dicha actividad*”, pero no se precisa qué es lo que se entiende por “*control*”.

Como consecuencia de esa amplitud de concepto, consideramos que se incrementa el número de sujetos que en primera instancia pueden ser considerados responsables solidarios o subsidiarios junto con el operador, y entendemos que el legislador español fuerza a los administradores de las personas jurídicas a que las actividades que controlan cumplan con las normas de responsabilidad medioambiental.

Estamos básicamente de acuerdo en que el riesgo que genera la actividad industrial y la responsabilidad que surge de él, sea imputado en primer lugar a la

sociedad tal como se expresa la norma legal -LRM-, pero no en todos los supuestos, ya que el incumplimiento de algunos de los deberes por parte del administrador social puede causar un grave daño al medio ambiente y a terceros. Ello permite, a nuestro juicio, imputar en igualdad la responsabilidad al operador y al administrador.

Así tenemos como nuestro país vecino -Portugal- en el apartado primero⁸³⁶ del Decreto-Ley núm. 147/2008 de 29 de julio “Régimen Jurídico de la Responsabilidad por daños ambientales”, determina que cuando la actividad que ha ocasionado el daño, y si éste es imputable a una persona jurídica, las obligaciones previstas en el referido Decreto-ley recaerán de forma solidaria sobre los directores, gerentes o administradores de dicha persona jurídica. Como se observa, el legislador portugués ya recoge la responsabilidad solidaria de los administradores sociales en el apartado citado.

OCTAVA.

Respecto al ámbito de aplicación de la LRM, ésta se ocupa de la cuestión desde una doble perspectiva: ámbito material y ámbito temporal.

-En el ámbito material, se desprende que su ámbito de aplicación está referido exclusivamente a determinados recursos medioambientales, sean éstos públicos o privados, y que los mismos estén considerados a efectos de la Ley como “recursos naturales”, excluyendo los daños llamados “particulares”. Es decir, que la Ley sólo ampara aquellos que la misma conceptúa como “daño ambiental”. Sin embargo, no se cierra a la posibilidad a que las personas físicas o jurídicas que crean verse afectados en dichos bienes, puedan ejercer sus acciones

⁸³⁶ “Quando a actividade lesiva seja imputável a uma pessoa colectiva, as obrigações previstas no presente decreto- lei incidem solidariamente sobre os respectivos directores, gerentes ou administradores”.

correspondientes para la reparación o la indemnización que en su caso corresponda.

Una de las ventajas que aporta la LRM con respecto a la DRM es que aquella dispone de un mayor ámbito de aplicación que la DRM, ya que ésta sólo da protección a las especies amparadas por la legislación de la UE. Por el contrario, la LRM da cobertura a todos los elementos que tienen cabida en el concepto de “recurso natural”.

Por ello, a la hora de establecer su régimen de responsabilidad, resulta ser uno de los puntos más debatidos debido a la complejidad que encierra el concepto de “daño ambiental”, ya que según el tipo de daño de que se trate, pueden transcurrir grandes períodos de tiempo desde el momento en que se ha originado hasta notarse sus efectos, v.gr. daños históricos o daños por contaminación.

-En referencia al ámbito temporal, diremos que la DRM excluye la aplicación de la responsabilidad de cualquier tipo de daño medioambiental que se haya originado antes del 30 de abril de 2007. Tal es el caso de nuestra Ley de Responsabilidad Medioambiental, que en, su Disposición transitoria única bajo el título “Daños anteriores a la entrada en vigor de la ley”, matiza con mayor precisión cuales son los supuestos y en qué circunstancias no les será aplicable la LRM aludiendo a los siguientes daños: los causados antes del 30 de abril de 2007 y los originados después del 30 de abril, cuando éstos se deriven de una actividad específica y concluida antes de dicha fecha.

Para ello, el apartado segundo de la Disposición transitoria única de la LRM, establece que la irretroactividad de esta ley no impedirá que se adopten las medidas de exigencia de responsabilidad, medidas de prevención y evitación, y que se obligue al operador responsable a la reparación de los daños no excluidos en el apartado primero.

Con esta medida, el legislador español ha pretendido concretar el límite temporal para el ejercicio de las acciones de responsabilidad medioambiental que pudieran corresponder contra el responsable del daño, fijando el tiempo límite en que puedan ejercitarse dichas acciones, situando el “dies a quo” el día en que haya terminado por completo o se haya producido por última vez la emisión o incidente causante del daño. Con esta medida de optar por la retroactividad de la Ley, añade más protección para el medio ambiente, en concreto para los daños denominados “históricos”, y darle así mayor efectividad a la Ley.

En definitiva, los daños causados por una emisión, un suceso o un incidente producido antes del 30 de abril de 2007 quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley, al igual que los causados por una emisión, un suceso o un incidente que se haya producido después del 30 de abril de 2007, cuando éstos se deriven de una actividad específica realizada y concluida antes de dicha fecha.

Debemos precisar que la LRM en su Disposición final sexta establece su entrada en vigor al día siguiente de su publicación -25 de octubre 2007-, retrotrayéndose sus efectos al 30 de abril de ese mismo año, salvo lo dispuesto en su capítulo IV -Garantías financieras- y en su capítulo V -Infracciones y sanciones-. Cumpliéndose así el mandato del artículo 19 de la Directiva sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

La LRM fija el día 30 de abril de 2007, a partir del cual se establecen sus efectos. Es decir, que los daños medioambientales que se hubiesen producido antes de la citada fecha no serán reparados conforme a lo dispuesto en la Disposición transitoria única de la Ley. Claro está, tal como dispone su apartado segundo, no impedirá que se exija la responsabilidad conforme a las normas que resulten de aplicación. De esta manera, el legislador español evitó la posible exigencia de responsabilidad por parte de la Unión Europea por no haber realizado

la transposición de la Directiva en la fecha que en la misma se establece -30 de abril 2007-. matizándose en su Disposición final sexta que sus efectos se retrotraen a la fecha anteriormente señalada.

NOVENA,

El daño ambiental es el fundamento necesario para la existencia de la responsabilidad medioambiental, de ahí la importancia de su definición. Al no tener un concepto consolidado jurídicamente estable, no se ha podido concretar con precisión en qué consiste, ya que su configuración está íntimamente ligada al concepto que nosotros tengamos del medio ambiente.

Sobre este medio, el Tribunal Constitucional se pronuncia en su sentencia del 4 de noviembre de 1982 -RJ 64/1982 en el número 5 de los Fundamentos jurídicos, refiriéndose al carácter complejo que tienen las cuestiones relativas al medio ambiente. Carácter que se proyecta en el campo de las ciencias jurídicas, de tal modo que los problemas medioambientales no constituyen patrimonio exclusivo de una rama del Derecho, ya que tiene puntos de conexión con otras, tales como: Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Mercantil y Derecho Civil. Tanto la jurisprudencia como la doctrina española están por una conceptualización amplia del medio ambiente y por tanto del daño ambiental. Por tal motivo el concepto de daño ambiental la LRM lo circunscribe a los daños establecidos en su art. 2-1.

De lo que se deduce, que el ámbito de aplicación de la Ley es limitado, tan sólo ampara aquellos recursos que ella misma tipifica como “recursos naturales, excluyendo expresamente los daños medioambientales derivados de conflictos armados, los que puedan originarse a consecuencia de un fenómeno natural y los daños a las personas y a sus bienes..

Sobre su valoración, diremos que a la hora de proceder a la misma surgen muchos problemas debido a la complejidad del bien protegido. Su valoración

resulta compleja y problemática, de hecho, hasta ahora no hay un sistema jurídico conocido que haya establecido un método de valoración adecuado y eficaz capaz de hacer frente a dicha dificultad.

El legislador español no ha establecido unos criterios claros en los que se pueda apoyar el operador para determinar la valoración de un daño ambiental, sólo se ha limitado a los aspectos estructurales de las especies afectadas, dejando aparte el conjunto de organismos que comparten un mismo sistema -llamado ecosistema-. En este sentido, particularmente deseable en nuestra opinión, esperamos que en futuros desarrollos de la Ley, principalmente de los artículos 20 a) y 24-3 se aporten soluciones para resolver el problema.

DÉCIMA.

Como anteriormente se dijo, uno de los principales problemas que se plantean a la hora de aplicar la responsabilidad contenida en la LRM, se halla en el momento de determinar quién es el operador causante del daño. Por ello tanto el legislador europeo como el español, con el fin de dar mayor protección jurídica al medio ambiente, incluyeron en el concepto de “operador” el mayor número de responsables. El legislador español no sólo tuvo en cuenta lo establecido en la DRM, sino que lo amplía en la LRM. Además, también se tienen en cuenta a las CC.AA. concediéndoles la potestad de asignar los sujetos responsables, en virtud del título que le otorga la CE referido al establecimiento de normas adicionales de protección del medio ambiente contenidas en su art. 148-9 *“La gestión en materia de protección del medio ambiente”*.

Entendemos que, en virtud de esa ampliación de concepto, y de las diversas potestades asignadas a los organismos citados, el administrador social puede identificarse como responsable solidario junto a su operador de un daño al medioambiente, cuando aquel haya intervenido directamente en la consecución del daño por los siguientes motivos:

-El administrador desempeña una actividad “profesional” considerando ésta como una actividad encuadrada en el concepto de “actividad económica”.

-Citamos la acepción “control” por estimar ser uno de los puntos nucleares de la expresión que utiliza la norma para la conceptualización de operador, teniendo en cuenta que en la praxis quienes ejercen el control directo de la actividad de las empresas y de las sociedades son sus administradores. En consecuencia, es lógico que en un supuesto de grave daño ambiental originado por la actividad que administran, sean igualmente responsables solidarios junto con su operador, y más cuando la orden de actuación ha partido directamente de uno de los administradores.

Somos conscientes de los inconvenientes que le pueden surgir al consejo de administración de una gran explotación industrial para hacer efectivo el cumplimiento del deber “in vigilando”. No obstante, ello no impide que el administrador tenga el deber de velar por el cumplimiento de las normas legales y estatutarias establecidas para la evitación de riesgos medioambientales. En todo caso, estimamos que en base a lo preceptuado en el art. 249-1 de la LSC podría delegar dicha función en otros miembros de la sociedad, aunque ello no le excluye de sus responsabilidades directas.

En este contexto, el libro Blanco sobre la responsabilidad ambiental en su núm. 4-4 titulado ¿A quién se debe responsabilizar?, determina que “En el régimen comunitario, serán responsables la persona o personas que ejerzan el control de la actividad incluida en el ámbito de aplicación del régimen que haya ocasionado los daños”. De modo que las decisiones que tomen las personas que controlen la actividad que ha originado los daños serán las responsables del hecho.

Por ello, consideramos que en ciertos supuestos de extrema gravedad del daño ocasionado al medio ambiente y cuya causa fue debida a una orden directa de la persona responsable, que en el caso de sociedades de capital sería el

administrador o el consejero delegado, a ambos podría calificárseles como responsables solidarios junto con el operador.

-La LRM identifica por remisión a las normas tributarias a otros sujetos como responsables solidarios por impago de las obligaciones pecuniarias que se deriven de esta ley. En base a dicha norma, entendemos con ello que la responsabilidad medioambiental abre nuevas vías para que la misma recaiga sobre la sociedad y sus administradores, pudiendo convertir a éstos en responsables solidarios y subsidiarios junto con sus operadores.

Por último, en apoyo de nuestra hipótesis, citamos el Decreto-Ley portugués 147/2008, de 29 de julio, mediante el cual se transpone la Directiva 35/2004/CE a su ordenamiento jurídico, por considerarlo ser más amplio y preciso respecto a la responsabilidad solidaria de los administradores sociales de la LRM, en el sentido de que el citado Decreto- Ley, establece que cuando una actividad nociva es atribuible a una persona jurídica, las obligaciones previstas en el citado decreto ley recaen solidariamente en los respectivos administradores, directores o gerentes.

Lo que viene a justificar lo que sostenemos a lo largo de este trabajo, que el administrador social como sujeto responsable de un daño al medio ambiente es igualmente responsable que su operador, y más cuando su intervención haya sido determinante en la consecución del daño.

DECIMOPRIMERA.

Respecto a la Ley General Tributaria, la LRMA identifica por remisión a dicha norma, una serie de sujetos o entidades como responsables solidarios por actos que perjudiquen las actuaciones ejecutivas de la Hacienda Pública -arts. 42-1 a), b) y c) y 42-2 de la LGT-.

Entendemos que en tales supuestos tendría cabida la figura del administrador social, ya que en base a lo establecido en el art. 41-1 de la LGT, dichas personas no desplazarían al deudor principal -operador-, sino que se situarían a su lado, ampliando así el número de obligados a dicho pago.

La misma ley en su art. 31 señala otro supuesto de responsabilidad solidaria, ya que la Hacienda Pública como acreedora puede demandar indistintamente a la empresa o a su administrador.

DECIMOSEGUNDA.

Del análisis del art. 42 LGT se deduce que todo administrador comprendido dentro del ámbito de los supuestos que establece, y siempre que se demuestre que ha intervenido activamente en la generación de la deuda tributaria, adquiere responsabilidad directa sobre la misma, así como por los actos que realiza en el ejercicio de sus funciones, que puedan poner en peligro la aplicación correcta de las normas legales.

Esta norma -art. 42-1 LGT- los considera directamente sujetos infractores, y por tanto responsables solidarios, estableciendo así una garantía para la Hacienda Pública en el caso de incumplimiento por parte de la empresa.

DECIMOTERCERA.

Estimamos que la figura del administrador encajaría en dichos supuestos, y concretamente en el citado párrafo a) del apartado 1 del art.42 LGT, ya que extiende la responsabilidad solidaria a los administradores por hallarse implícitos en las obligaciones de sus propias funciones, como son los deberes de diligencia y lealtad, siempre que se pueda justificar que su colaboración ha sido activa y decisiva en el ilícito.

De todo lo expuesto, opinamos que actualmente no hallamos base legal para no aplicar a los dos -operador y administrador- el mismo tipo de

responsabilidad, ambos de forma solidaria cuando por incumplimiento de sus obligaciones y deberes sean causantes de un grave daño medioambiental.

De lo que se deduce que, del pago de las obligaciones pecuniarias derivadas de la aplicación de la LRM, responderán ante la Administración por igual el operador o los administradores y gestores de la actividad -art.42-2LGT-

DECIMOCUARTA.

Lo que nos permite considerar si un hecho es determinante de un daño causado al medio ambiente, es la relación de causalidad –nexo causal- entre el daño causado y el agente causante del mismo.

La prueba de la existencia de dicha relación es, sin duda, el elemento clave para que se active el régimen de responsabilidad medioambiental. Sin la existencia de dicha relación no se puede imputar la responsabilidad al operador. Se trata pues, de una de las piezas fundamentales del sistema de responsabilidad para iniciar las acciones pertinentes, puesto que sin dicho nexo no hay obligación de resarcir el daño.

Por ese motivo, deducimos que dicha relación es probablemente el nudo gordiano de la responsabilidad por daños al medio ambiente. Bien es verdad, que, debido a las características y a la complejidad de los efectos del daño ambiental, en ocasiones es difícil establecer dicha relación de causalidad, por no poder determinarse con la suficiente certeza qué actividad ha originado el daño medioambiental -ejemplo de ello nos lo proporciona la contaminación atmosférica y la contaminación de las aguas-.

Debemos puntualizar que la LRM no establece de qué modo ha de determinarse el nexo causal de un daño al medio ambiente. Tan sólo hace referencia al mismo en los supuestos de contaminación difusa, diciendo que se

aplicará la Ley cuando sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos. Estimamos que en este caso no se resuelve el problema, ya que, en la mayoría de los supuestos, en estas circunstancias es difícil establecer dicha conexión. La jurisprudencia española, para resolver el problema viene utilizando la teoría de la “causa adecuada”, y pese a ello aún resulta insuficiente. Por esto, consideramos que, para salvar dichas dificultades se deberían aportar reglas más precisas, y con ello se evitaría recurrir a otras teorías, que tampoco han resuelto la problemática.

La relación de causalidad adquiere una configuración distinta según nos situemos en el campo de la responsabilidad objetiva o subjetiva.

En el primero de los supuestos -responsabilidad objetiva-, es decir, las actividades incluidas en el anexo III de la LRM, que, por su potencialidad de riesgo para el medio ambiente, soportarán la presunción legal de la existencia de la relación de causalidad, puede ser destruida siempre que el operador -presunto culpable-, demuestre que no ha intervenido en la consecución del daño.

Con la demostración de la rotura del nexo causal, lo que se pretende es dar mayor protección legal al operador titular de las citadas actividades del anexo III de la LRM, y poder así eludir las responsabilidades contempladas en la Ley que pudieran afectarle.

En referencia a la responsabilidad subjetiva, diremos que está en relación con todas aquellas actividades que no estén comprendidas dentro de las citadas en el anexo III. Es decir, aquellas que legalmente no poseen la presunción automática de la causalidad, y, por tanto, se tendrá en cuenta la conducta culposa, dolosa o negligente del operador causante del daño ambiental, ya que estas conductas modularán o agravarán la responsabilidad a la hora de aplicarse las medidas de evitación, prevención o reparación establecidas en la Ley. Claro está, habrá que tener en cuenta también el tipo de recursos naturales que se ha dañado, v.gr. un

grave incendio de un bosque, eliminación de animales catalogados como especies a extinguir o la contaminación de las aguas, sean éstas fluviales o marítimas.

DECIMOQUINTA.

De las principales exigencias que la LSC impone a los administradores, deducimos (del análisis de los arts. 225-1 y 241 LSC) lo siguiente:

a) En el primero -225-1-, el administrador tiene un deber de diligencia frente a la sociedad y terceros. El mero hecho de la representación frente a éstos lleva implícito el deber de gestionar diligentemente los asuntos de la sociedad que representa. La norma tipifica un supuesto de culpa “in vigilando”, que determina la responsabilidad de los administradores sociales que no controlen la actuación del personal al servicio de la sociedad. No olvidemos que les impone a aquellos usar todos los medios necesarios para evitar la producción de daños.

Debemos tener presente que el nombramiento del administrador despliega toda su eficacia desde el momento de la aceptación, por lo que éste está obligado desde ese instante a gestionar leal y diligentemente los asuntos sociales, de los que forman parte los contenidos medioambientales.

La transgresión de las normas legales que los rigen puede originar responsabilidades tanto a la sociedad como a ellos mismos.

Consideramos que gestionar adecuadamente una sociedad de capital, supone aplicar en cada caso concreto la solución que crea el administrador más adecuada. Es por ello que los patrones establecidos en las normas legales no deben ser interpretados de un modo rígido, sino adaptarlos a las exigencias de cada determinada situación.

b) De la interpretación del art. 241 LSC se desprende que la intención del legislador es la de ampliar el ámbito de aplicación de esta norma, y con ello la responsabilidad del administrador, abriéndose una nueva vía, pues permite

legitimar a socios y terceros perjudicados para ejercitar la acción individual contra los administradores sociales que han lesionado directamente sus intereses en el ejercicio de sus actuaciones.

DECIMOSEXTA.

Desde el punto de vista de la responsabilidad medioambiental, es necesario que el operador, como primer responsable del daño al medio ambiente, esté cubierto económicamente para hacer frente a sus responsabilidades derivadas de las medidas de prevención, evitación y reparación exigidas por la Ley. De hecho, estimamos que esta exigencia de garantías, es una de las más importantes novedades que la LRM aporta a la protección del medio ambiente, constituyendo uno de los ejes fundamentales de la responsabilidad medioambiental.

De no ser así, pondría en riesgo el sistema de protección del medio ambiente, y al mismo tiempo saldría afectada la actividad como la viabilidad de la empresa.

Para ello, la Ley impone su exigencia con carácter “ad initio”, de una de las varias modalidades de garantías financieras establecidas en su art. 26, y sólo para aquellas actividades consideradas de mayor riesgo para el medio ambiente -Anexo III-. Previo a ese requerimiento, se le obliga a realizar un análisis de riesgos ambientales como herramienta de gestión de los riesgos.

Con la imposición de las “garantías” se persigue que el operador asuma el importe íntegro de la reparación del daño sin bloquear los recursos económicos de la empresa, y así contribuir a mantener un medio ambiente sostenible, saludable y adecuado para la vida del ser humano.

DECIMOSÉPTIMA.

Ante el elevado desembolso económico que le supone al operador cubrir su responsabilidad por originar un grave daño al medio, y que ese coste no recaiga en el erario público -evitando de este modo que sea el propio Estado el que sufrague el coste de la reparación del daño-, se creyó necesario crear un sistema de garantías financieras económicas obligatorias que cubriesen dicho gasto, así como para las actividades que fuesen potencialmente más agresivas para ese medio. Su adopción está impuesta en la DRM -art.14- y en la LRM -art.24-.

La Directiva no les impone a los Estados miembros la obligación de instaurar las garantías financieras, a pesar de ser piezas claves para garantizar la responsabilidad medioambiental y que ésta sea efectiva, simplemente les aconseja que adopten medidas para fomentar su desarrollo por parte de los operadores económicos y financieros correspondientes. Nos parece insólito que dichas garantías, siendo fundamentales para garantizar las responsabilidades efectivas de los daños al medio ambiente, el legislador europeo no tuviese la suficiente valentía para imponerlas, pues sería más positivo para la protección de este medio. Dado que la transposición de la Directiva a los EM, dio lugar a que cada uno de ellos optara por aplicar sistemas diferentes de seguros en su ámbito de aplicación, consideramos que lo más efectivo para la protección del medio ambiente sería la implantación financiera obligatoria para todos ellos, buscando así su armonización. Abogamos por una implantación progresiva y gradual en función del riesgo y de la probabilidad de que éste se produzca.

Desde la aplicación de la LRM se ha puesto de manifiesto la necesidad de exigir las garantías financieras a un mayor número de actividades que ocasionaría un elevado número de análisis de riesgos medioambientales, tan fundamentales y necesarios para la protección del medio ambiente. Entendemos que la exigibilidad de las garantías financieras debería extenderse a mayor número de actividades, principalmente las consideradas potencialmente contaminadoras, pues

consideramos que con ello el sistema de tutela previsto en la LRM quedaría reforzado considerablemente.

De la imposición de estas garantías se deducen las siguientes consecuencias:

-Son instrumentos adecuados y eficaces para garantizar la consecución de los objetivos que persigue la LRM, y para que el operador cuente con instrumentos económicos suficientes -seguros, avales o reservas técnicas ad hoc- para cubrir sus responsabilidades. Con ellos se reducen considerablemente los riesgos a que pueden verse expuestos que afecten al medio ambiente.

-El hecho de que el operador cuente con las citadas garantías le asegura el ejercicio de su actividad, puesto que se ve cubierto de los costes económicos derivados de la adopción de medidas de prevención, evitación y reparación que impone la LRM.

En referencia a la importante reducción del número de excepciones al deber de constituir dichas garantías llevadas a cabo por el R.D. 183/2015, de 13 de marzo, sólo se circunscribe la obligación, tal como indica el Real Decreto, a las catalogadas en la categoría “A” en su artículo único, núm.7 art.37 “Operadores exentos de constituir garantía financiera”, apartado 2 letra a)⁸³⁷.

-Opinamos que es poco acertada la medida tomada, pues resulta paradójico que se mantengan las citadas excepciones cuando en el párrafo 1º del núm. 4 del Preámbulo de la Ley 11/2014, de 3 de julio⁸³⁸, se contempla lo contrario, afirmando que es necesario reforzar los aspectos preventivos e impulsar el uso de

⁸³⁷ “Los operadores que cuenten con instalaciones de residuos mineros clasificadas como de categoría A de acuerdo a lo establecido en el Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras”.

⁸³⁸ “La experiencia adquirida durante los años de aplicación de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, ha puesto de manifiesto la necesidad de reforzar sus aspectos preventivos, para lo cual, se considera oportuno impulsar el uso de los análisis de riesgos medioambientales como herramienta de gestión del riesgo medioambiental”.

los análisis de riesgos medioambientales. Consideramos que, con las reformas citadas, nos encontramos ante un sistema de responsabilidad con menos garantías que el que propone la LRM, ya que induce al operador a inhibirse de constituir garantías financieras para su actividad.

-Estimamos que la base sobre la que se sustenta la citada reforma -crisis económica- no es suficiente para comprometer el objetivo de la LRM, ya que se podría optar por otra fórmula no tan severa, como aumentar las cantidades estipuladas en los apartados a) y b) del art. 28 de la LRM, claro está, siempre que el operador esté adherido bien al sistema de gestión comunitaria o bien a una auditoría medio medioambiental.

DECIMAOCTAVA.

Respecto a los Fondos de compensación de daños ambientales y Fondo estatal de reparación de daños medioambientales, a ambos los consideramos herramientas muy útiles para los supuestos donde existen dificultades en asegurar el coste de reparación, bien por falta de seguro, bien porque la propia aseguradora se ha declarado en concurso de acreedores, cuando no es posible identificar al verdadero causante de daño ambiental o cuando el coste de la reparación sobrepase el importe asegurado en la póliza y el operador sea declara en concurso.

Por todo ello, estimamos que los “fondos de compensación” son una buena herramienta, válida para dar solución a los problemas que surjan como consecuencia de no poder cubrirse los costes de reparación de un daño al medio ambiente, y así asegurar la efectividad del sistema de responsabilidad establecido en la LRM.

Entendemos que el sistema de financiación mediante el cual se capitaliza el “Fondo de Compensación de Daños Medioambientales” no es el más adecuado. Podría mejorarse su aplicación sensibilizando a los operadores para que

incrementaran el porcentaje del cargo adicional en base al total de la prima del seguro que hayan suscrito para garantizar su responsabilidad medioambiental. Y también mediante el aumento del importe de las sanciones que administrativamente pudiera imponer la autoridad competente a las empresas que se considerasen más proclives a dañar gravemente el medio ambiente, o infringiesen la normativa aplicable para la protección de éste.

DECIMANOVENA.

Debido al nivel de riesgo al que están expuestos los administradores sociales y altos directivos de las sociedades de capital, consideramos que deberían contar con un seguro de cobertura amplio que pudiera garantizar sus responsabilidades personales, ya que estarían más protegidos, le garantizaría a la empresa una gestión más dinámica y además les serviría de estímulo para emprender mayor nivel de riesgo. Ello no constituiría una exoneración de sus responsabilidades, sino que sería la compañía aseguradora quien asumiera la cobertura de los riesgos. Además, reduciría la elevadísima aversión al riesgo del administrador a iniciar nuevas actividades, riesgos que podrían ser cubiertos por seguros, los conocidos por las siglas D&O, los cuales no son suficientemente utilizados por las empresas ni por los propios administradores como tomadores del mismo.

Estimamos que en supuestos de graves daños a terceros o al medio ambiente, un seguro específico como el que citamos tendría más justificada su contratación.

Abogamos por un seguro específico como el citado, por su mayor cobertura económica para la propia empresa, y para sus administradores y altos directivos, derivado de las responsabilidades que surjan como consecuencia de la gestión de la actividad empresarial.

INDICE JURISPRUDENCIAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC	4 noviembre	1982	(1982/64)
STC	2 abril	1992	(1992/46)
STC	26 junio	1995	(1995/102)
STC	10 noviembre	2004	(2004/194)

TRIBUNAL SUPREMO

Repertorio Jurídico

STS	Sala 1 ^a	22 octubre	1974	(RJ1974/3970)
STS	Sala 1 ^a	03 marzo	1977	(RJ 1977/856)
STS	Sala 1 ^a	30 octubre	1981	(RJ 1981/5335)
STS	Sala 1 ^a	25 enero	1985	(RJ 1985/72)
STS	Sala 1 ^a	27 octubre	1990	(RJ 1990/8053)
STS	Sala 1 ^a	15 marzo	1993	(RJ 1993 /2284)
STS	Sala 1 ^a	11 febrero	1998	(RJ 1998/7071)
SAN		3 mayo	2000	(JT 2000/1892)
STS	Sala 1 ^a	30 junio	2000	(RJ 2000/5918)
STS	Sala 1 ^a	30 enero	2001	(RJ 2001/517)
STS	Sala 1 ^a	24 septiembre	2001	(RJ 2001/7489)
STS	Sala1 ^a	4 noviembre	2002	(RJ 2002/9762)

STS	Sala 1 ^a	20 febrero	2003	(RJ 2003/1174)
STS de	Sala 1 ^a	22 de enero	2004	(RJ2004/8283)
STS	Sala 1 ^a	15 julio	2008	(Cendoj 2807911001208100587)
STS	Sala 1 ^a	29 octubre	2008	(RJ 2008/5801)
STS	Sala 1 ^a	28 mayo	2009	(RJ 2009/2632)
STS	Sala1 ^a	4 noviembre	2010	(RJ 2010/670)
STS	Sala 3 ^a	9 abril	2015	(RJ 1491/2015)
STS	Sala1 ^a	3 marzo	2016	(RJ 131/2016)
SAN	Sala 1 ^a	7 julio	2017	(RJ 2408/2017)
STS	Sala 1 ^a	16 abril	2018	(RJ 221/2018)
STS	Sala2 ^a	19 diciembre	2018	(RJ 668/2018)
STS	Sala 1 ^a	29 enero	2019	(Cendoj. 079110012019100053)

SENTENCIAS AUDIENCIAS PROVINCIALES.

SAP	Cantabria	28 abril	1994	(RJ AC636/1994)
SAP	Valencia	27 septiembre	1999	(AC2523/1999)
SAP	La Coruña	17 enero	2000	(AC304/2000).
SJP núm. 1	Toledo.	12 febrero	2005	(18/2005).
SAP	Barcelona	24 enero	2005	(RA632/2005)
SAP	Pontevedra	18 julio	2009	(RJ: 1650/2009)
SAP	Pontevedra	17 diciembre	2009	(JUR68550/2010)
SAP	La Rioja	05 enero	2011	(AC240/2011)

SAP	La Coruña	31 enero	2011	(JUR 319319/2011)
SIM	Las Palmas	18 julio	2011	(Núm.136/2011)
SJP núm. 1	Jaén	13 diciembre	2012	(P.A. 1/2012)
STSJ	Aragón	24 enero	2018	(Núm. 22/2018)

BIBLIOGRAFIA

ALONSO UREBA, A.: “Presupuestos de la Responsabilidad Social de los Administradores de una Sociedad Anónima”. *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 198, año 1990, p. 639-728.

ÁLVARO de ESPINOSA F.J.: “Estudio de derecho de sociedades”. Volumen I. de “*Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal*”. Libro Homenaje al Profesor Rafael García Villaverde. Edit. Pons., Madrid, 2007. p. 67-126.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J. “La Responsabilidad Subsidiaria de los Administradores de Sociedades que hubieren cesado en sus actividades”, en GUERRA MARTIN, G. (coord.), *La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*. Edit., La Ley, Las Rozas, Madrid, 2011, p. 262.-288.

BERMEJO VERA, J: *Derecho Administrativo Básico Parte General volumen I*. Duodécima edición. Cizur Menor, Navarra, 2016.

BETANCOR, RODRÍGUEZ, A.: *Instituciones de derecho ambiental*. Edit., La Ley. Madrid, 2001.

BOFFI BOGGERO, J.M.: *Estudio Jurídico*. Edit. Cooperadora CD, Buenos Aires, 1960.

BONELLI, F. *La responsabilità degli amministratori di società per azioni* . Edit. Giuffrè. Milán, 1992.

BROSETA PONT, M.: y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, volumen I. Edit. Tecnos, Madrid, 2016.

CAMPINS ERITJA, M.: “Daños Transfronterizos”, en LOZANO CUTANDA, B., (coord^a.), *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental (Ley 26/2007, de 23 de octubre)*, Edit. Thomson-Civitas. Cizur Menor, Navarra, 2008, p. 219-222.

CASADO CASADO, L. “Atribución de las responsabilidades (*arts. 9 al 16*)”, en LOZANO CUTANDA, B., (coord^a.), *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental* (Ley 26/2007, de 23 de octubre). Edit. Thomson-Civitas. Cizur Menor, Navarra, 2008, p. 229-292.

CASTELLANO JIMÉNEZ, E.: “Valoración de los daños a los recursos naturales”. en LOZANO CUTANDA, B., (coord^a.), *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental* (Ley 26/2007, de 23 de octubre). Edit. Thomson-Civitas. Cizur Menor, Navarra, 2008, p. 399-394.

DÍEZ ECHEGARAY, J.L.: *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad Anónima*. Edit. Montecorvo, Madrid, 1995.

DÍEZ ECHEGARAY, J.L.: *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*. Edit., Aranzadi Pamplona 2004.

Diccionario TRIVIUM “Derecho y Economía”. Segunda edición, Edit. Trivium, S.A. Madrid 1998.

DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Edit. Civitas Madrid, 2012.

EMBED IRUJO. A.M: *Derecho a un Medio Ambiente Adecuado*. Edit. Iustel, Madrid, 2008.

ESPINÓS BORRÁS DE CUADRAS, Á.: *La Responsabilidad Civil en las Sociedades Mercantiles*. Edit. BOSCH, Barcelona, 2005.

ESTEVE PARDO, J.: *Ley de responsabilidad medioambiental comentario sistemático*. Edit. Marcial Pons, Madrid, 2008.

FRITZ SCHULZ.: *Derecho Romano Clásico* -traducción directa de la lengua inglesa por Santa Cruz Teijeiro, José-. Edit. Boch, Barcelona, 1960.

GARCÍA AMEZ, J.: *Responsabilidad por daños al Medio Ambiente*. Edit. Aranzadi, Cizur Menor. Navarra, 2015.

GARCÍA CRUCES, J. A.: “Administradores sociales y administradores de hecho” en GURRA MARTINEZ, G, (coord.), “*Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Aníbal Sánchez Andrés*”. Edit. Civitas-Thomson, Navarra, 2001, p. 1.

GARCIA-CRUCES, J.A.: *Sociedades de Derecho Mercantil*. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2016.

GARCIA-HERRERA BLANCO. C.: “Los administradores de hecho ante la Administración Tributaria”, en GURRA MARTIN, G. (coord.), *La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*. Edit., La Ley, Madrid, 2011, p. 599.

GARRIGUES WALKER J.A.: *Responsabilidad de Consejeros y Altos Cargos de la Sociedad de Capital*. Edit. MCGRAW- HILL, Madrid, 1996.

GIRGADO PERANDONES, P.: *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*. Edit. Marcial Pons, Madrid, 2002.

GIRGADO PERANDONES, P.: *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*. Edit. Comares, Granada, 2001

GOMÍS CATALA, L.: *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Edit. Aranzadi, Navarra, 1998.

GOMÍS CATALA, L.: “La Ley de Responsabilidad Medioambiental, en el marco del Derecho de la Unión Europea”, en LOZANO CUTANDA, B., (coord^a.), *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental (Ley 26/2007, de 23 de octubre)*. Edit. Thomson-Civitas. Cizur Menor, Navarra, 2008, p. 83-146.

GOMIS CATALÁ, L.: *La responsabilidad por daños al medio ambiente*. Tesis Doctoral, publicada por la Universidad de Alicante 1996, p. 140-142.

GUERRERO ZAPLANA. J.: *La Responsabilidad medioambiental en España*. Edit. La Ley, Madrid, 2010.

GRIMALDOS GARCÍA, M. I.; “Capítulo VII”, en ALFONSO SÁNCHEZ, R., (coord.). *Responsabilidad social de la empresa y Derecho Mercantil*, Edit. Comares SL., Granada, 2010, p. 161

HERNÁNDEZ SAINZ, E.: *La Administración de Sociedades de Capital por personas jurídicas, Régimen jurídico y responsabilidad*. Edit., Aranzadi, SA. Cizur Menor. Navarra, 2014.

IRIBARREN BLANCO, M.: *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital -D&O-*, Edit., Civitas, Pamplona, 2005.

JAQUENOD de ZSÖGÖN, Silva.: *Derecho Ambiental*. 2ª edición. Edit., Dykinson S.L., Madrid, 1996.

JORDANO FRAGA, F.: *La responsabilidad contractual*. Edit., Civitas Ediciones, Madrid, 1987.

JORDANO FRAGA, J M.: *La protección del Derecho a un medioambiente adecuado*. Edit. Bosch. Barcelona 1995.

JORDANO FRAGA, J M.: *La protección del Derecho a un medioambiente adecuado*. Edit. Bosch, Barcelona, 1995.

LATORRE CHINER, N.: *El administrador de hecho en las sociedades de capital*. Edit. Comares, Granada, 2003.

LÓPEZ RAMON, F.: “Ideas acerca de la intervención administrativa sobre el medio ambiente”. Documentación Administrativa, núm. 190, 1981, p. 41. - *Revista de Administración Pública* núm. 142 enero-abril de 1997, p. 55.

MARIN DE LA BÁRCENA, F. (2005) *La Acción Individual de Responsabilidad frente a los Administradores de Sociedades de Capital*, Marcial Pons. Madrid 2005.

MARTÍN FERNÁNDEZ, J.: “Prevención, evitación y reparación de daños ambientales (arts. 17 a 23)”, en LOZANO CUTANDA, B., (coordª). *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental* (Ley 26/2007 de 23 de octubre). Edit. Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra 2008, p. 293-314.

MARTIN JIMÉNEZ, A. J.: *Los supuestos de responsabilidad en la LGT*. Edit. Thomson –Aranzadi, Pamplona 2007.

MARTIN MATEO. R.: *Manual de Derecho ambiental*. Edit. Thomson-Aranzadi, 3ª edición Cizur Menor -Navarra- 2003.

MARTIN MATEO. R.: *Tratado de derecho ambiental*. Vol. I. Edit. Trívium. Madrid, 1991.

MARTIN OSANTE, J.M.: *El seguro de responsabilidad civil empresarial*. Edit. Marcial Pons, Madrid. 2018.

MOLA DE ESTEBAN, F.: *La defensa del medio humano*, Ministerio de la Vivienda, Servicio Central de Publicaciones, Madrid, 1972.

MUÑOZ PAREDES F.: *La Información de los consejeros en las sociedades anónimas*. Edit. Aranzadi, Pamplona, 1999.

MUÑOZ PÉREZ. F.: “Presupuestos de responsabilidad de los administradores”, en GUERRA MARTIN. G., (coord.). *La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*. Edit. La Ley, Las Rozas, Madrid, 2011, p. 118.

ORTEU BERROCAL E.: “Ámbito de aplicación de la Ley (Arts. 3 a 6 y definiciones relacionadas”, en LOZANO CUTANDA, B., (coord^a.), *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental (Ley 26/2007, de 23 de octubre)*. Edit. Thomson-Civitas. Cizur Menor, Navarra, 2008, p. 165-201.

PRIETO SANCHÍS, L.: *Estudios sobre los Derechos Fundamentales*. Debate. Madrid 1996, p. 194.

PAVELEK ZAM, E.: “Garantías financieras (art. 24-34)”, en LOZANO CUTANDA, B., (coord^a.), *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental (Ley 26/2007, de 23 de octubre)*. Edit. Thomson-Civitas. Cizur Menor, Navarra, 2008, p. 315-369.

PÉREZ LUÑO, A.E.: Artículo 45 *Comentarios a la Leyes políticas*. cit., p. 261,

PEDRAZA LAÍNEZ J.: *La responsabilidad por daños medioambientales*. Edit. Aranzadi. Cizur Menor -Navarra- 2016.

QUIJANO GONZALEZ, J. *La Responsabilidad Civil de los Administradores de la Sociedad Anónima*. Servicio de publicaciones UV, Valladolid, 1985.

REYES LÓPEZ M, J.: *Derecho Ambiental Español*. Editorial, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

RAMÓN PARADA.: *Derecho Administrativo I. Parte General*. Decimonovena edición. Edit. Marcial Pons, Madrid, 2012.

RODRIGO URÍA. *Derecho Mercantil*. Edit. Marcial Pons, Madrid, 1999.

RUDA GONZÁLEZ. A.: *El Daño Ecológico Puro*. Edit. Aranzadi. SA. Cizur Menor, Navarra, 2008.

SALAS CARCELLER. A.: “*Relación de Causa e imputación objetiva en el ámbito de la culpa extracontractual*”.
<http://www.aranzadi.es/index.php/información-jurídica>.

SALVADOR CODERCH, P. “Responsabilidad objetiva y negligencia”, en *Revista para Análisis de Derecho*. In-Dret. _Barcelona 2002.

SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los Administradores de las Sociedades de Capital*. Edit. Thomson-Civitas. Madrid. 2005.

SANTIAGO NINO, C.: *Introducción al análisis del Derecho*. Edit. Ariel, Barcelona 1983.

VERA JURADO, D.: *La disciplina ambiental de las actividades industriales*. Edit., Tecnos, Madrid, 1994.

VICENT CHULÍA, F. *Introducción al Derecho Mercantil*. Edit., Tirant lo Blanch., Valencia, 2002.

ZUBIRI DE SALINAS, M.: “La cobertura de la responsabilidad por los daños medioambientales mediante el seguro”, en PRIGRAU SOLÉ. A (coord.), *Nuevas perspectivas de la responsabilidad por daños al medio ambiente*. Edit. Ministerio de Medio Ambiente 2006.

ZUBIRI DE SALINAS, M.: *El Seguro de Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente*. Edit. Aranzadi, SA, Cizur Menor, Navarra, 2005.

