

XI. Pasado, presente y futuro de la responsabilidad medioambiental

José Miguel Beltrán Castellanos

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo

Universidad de Alicante

RESUMEN:

Este trabajo tiene por objeto analizar las principales líneas de evolución del régimen de la responsabilidad medioambiental instaurado por la Ley 26/2007, de 23 de octubre. Se parte del estudio de sus principales características originarias para reflejar los cambios normativos que se han producido a lo largo de estos años y las consecuencias que han traído consigo en el presente. Finalmente, se identifican las cuestiones que están pendientes de resolver para garantizar la eficacia plena del régimen y se plantean propuesta sobre cómo abordarlas.

ABSTRACT:

This paper tackles the main evolution lines of the environmental responsibility regime established by the Law 26/2007, of 23 October. It is based on the study of its main original characteristics to reflect the normative changes that have taken place during these years and the consequences that they have brought about in the present. Finally, this work identifies the pending issues to ensure the full effectiveness of the regime and proposes how to address them.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad medioambiental; Garantías financieras; Daños significativos; Principio de precaución.

KEYWORDS: Environmental liability; Financial guarantees; Significant damage; Precautionary principle.

SUMARIO

1. El pasado.....	311
2. El presente.....	316
2.1. Las garantías financieras	319
2.2. La determinación de la significatividad del daño	324
2.3. La incorrecta aplicación de las medidas de reparación	330
3. El futuro.....	332
4. Bibliografía.....	336

1. EL PASADO

El régimen de responsabilidad medioambiental introducido por la Directiva 35/2004/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 (DRM), fue, sin lugar a duda, un importante avance en la lucha por la preservación de los recursos naturales de nuestro país. En efecto, el ordenamiento jurídico español desde hace ya tiempo cuenta con numerosas normas destinadas a prevenir los daños ambientales, como son, en sus versiones vigentes, el Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación, la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, o la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, entre otras. Ello se debe a que el primer objetivo de cualquier ordenamiento ambiental es evitar que se produzcan daños, ya que la mejor manera de proteger el medio ambiente es la prevención, mucho más sencilla y menos costosa que la reparación de un daño. Además, por regla general, los recursos naturales son singulares o de valor incalculable, como la posidonia, las especies en peligro de extinción, los humedales, etc. Ya lo advertía así MARTÍN MATEO¹, al señalar que «el problema fundamental que suscita la reparación de los daños ambientales es el de su expresión en términos de economía monetaria» y añade que «si bien resulta fácil valorar un árbol en función de la madera o de los frutos que produce, el precio obtenido en el mercado a partir de estos bienes no tiene en cuenta su valor ambiental, como mecanismo de

¹ MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, tomo IV, Edisofer, Madrid, 2003, págs. 241-242.

prevención o erosión del suelo, o como hogar de pájaros o insectos o como almacén de dióxido de carbono que de otro modo podría añadirse a los gases responsables del efecto invernadero de la atmósfera».

Sin embargo, la única norma ambiental que tiene una naturaleza casi por completo reactiva, la Ley que tiene por objeto actuar cuando la protección que otorgan las anteriores leyes ha fallado o se estas se han incumplido por los operadores económicos, es la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental (LRM). De este modo, consiste en una regulación que permite exigir la restitución de los recursos naturales al estado en que se encontraban antes de que se produjese la agresión, el hecho contaminante o dañino (vertidos, filtraciones al subsuelo, incendios², etc.). No se trata, pese a que la Directiva de la cual trae causa señale en su título «en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales», de una norma preventiva *strictu sensu*³. Es un aspecto que conviene precisar, pues pese a ello, de la LRM sí derivan algunos efectos preventivos. En primer lugar, esta Ley produce el mismo efecto preventivo que el que tiene el Código Penal para evitar que se comenten delitos, este es, el «efecto disuasorio» que supone la exigencia de que se repare el daño causado, en aplicación del «principio quien contamina paga»⁴, pero de una forma efectiva, con mecanismos útiles (reparación siempre *in natura* del daño ambiental), y su aplicación en sede administrativa por la Administración para dotarle de celeridad y medios técnicos, lo que supone que un operador económico⁵ se piense dos veces relajar su diligencia en el cumplimiento de los requisitos y límites impuestos por el ordenamiento jurídico

² Aunque el Reglamento de Desarrollo parcial de la LRM (aprobado por el Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre), no contempla a los incendios como un agente causante del daño, el [Modelo de Oferta de Responsabilidad Ambiental \(MORA\)](#) los incluye como un agente causante del daño, dada la elevada especificidad de su técnica reparadora, considerándolos como una combinación de agentes físicos y químicos.

³ En el mismo sentido, VALENCIA MARTÍN, Germán, «La responsabilidad medioambiental» *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25, 2010, pág. 7.

⁴ Como explica JORDANO FRAGA, Jesús, *La protección del derecho a un medioambiente adecuado*, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 137, el principio «significa optar, entre las diversas alternativas posibles de atribución de los costos de descontaminación (sociedad en su conjunto – contaminador directo), por la solución en la que los costos se imputan al sujeto contaminador».

⁵ La LRM solo se aplica respecto de los daños causados por operadores económicos (art. 1) entendiendo por estos: «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» (art. 2.10).

ambiental, y evite así causar daños. Dicho de otro modo, si el deterioro del ambiente se debe, básicamente, al enriquecimiento que lleva aparejado a quien lo causa, lo que va desde talar un bosque, a ocupar una zona húmeda litoral para crear una urbanización⁶, al establecerse la obligación de invertir el beneficio obtenido en la reparación del daño ambiental en aplicación de la LRM, ya no tiene sentido cometer el mismo.

En segundo lugar, la LRM habla de prevención únicamente en un supuesto concreto: en relación con las «medidas de prevención» (art. 2.14). Se puede pensar a simple vista que entonces sí se trata de una ley que previene daños, pero sin embargo, este tipo de medidas únicamente se aplican cuando nos encontremos ante una «amenaza inminente de daño ambiental», esto es, cuando existe una probabilidad suficiente de que se produzcan daños medioambientales en un futuro próximo (art. 2.13 LRM), por ejemplo, una balsa o tanque que contiene un producto contaminante que está a punto de desbordarse por una rotura, o incluso, el daño ha empezado a producirse -siguiendo con el ejemplo- el fluido contaminante ha empezado de derramarse. Y si este fuera el caso, además de adoptar el operador las medidas necesarias para prevenir el inminente daño ambiental, deberá ejecutar las «medidas de evitación de nuevos daños» (art. 2.15 LRM), por ejemplo, recoger o limpiar el fluido en cuestión para que no se filtre al subsuelo y cause mayores daños que los superficiales al terreno.

En tercer lugar, puede advertirse un efecto preventivo pero completamente indirecto o reflejo de las exigencias de la LRM. Así, la Ley exige para determinados operadores (más adelante se precisará cuáles) contratar una garantía financiera que les permita hacer frente a la responsabilidad medioambiental inherente a la actividad que se pretendan desarrollar (art. 24 LRM). En este sentido, ninguna aseguradora (o ninguna entidad financiera si se opta por la modalidad de aval) concederá una garantía financiera a un operador que no haya reducido al máximo posible los mayores riesgos de su actividad (por ejemplo, la revisión de materiales e instalaciones y sustitución de los deteriorados, formación de sus empleados en riesgos medioambientales, instalación de sistemas de alerta temprana, etc.), por ello, de manera indirecta se está reforzando la prevención de que un daño ocurra, al reducirse el riesgo de que la actividad pueda causar daños para que esta pueda ser «asegurable».

⁶ MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, tomo IV, op. cit. 270.

Finalmente, y aunque sea adelantarnos al «futuro», la «Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de octubre de 2017, sobre la aplicación 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 [2016/2251(INI)]⁷, en su apartado 41, «subraya la importancia de desarrollar una cultura de prevención del daño medioambiental mediante una campaña de información sistemática, a través de la cual los Estados miembros garanticen que los operadores cuyas actividades puedan causar contaminación y las víctimas potenciales reciben información sobre los riesgos que corren, sobre la disponibilidad de un seguro u otros medios financieros y legales que pueden protegerlos frente a dichos riesgos, y sobre las ventajas que pueden derivarse de estos últimos». Por tanto, la difusión de información en materia de responsabilidad medioambiental a los colectivos apuntados también aumentaría, de llevarse a cabo, el efecto preventivo de causar daños.

Por otro lado, además de la LRM, otras normas, al regular la protección de los distintos recursos naturales, prevén la reparación de los daños a los mismos, como el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (art. 323); la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados (art. 54); y la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de protección del medio marino (Disposición adicional tercera). A estos efectos, la LRM ha influido en estas regulaciones y se modificaron para adaptarse a sus previsiones, generalmente mediante remisiones a la misma, aunque paradójicamente seguimos encontrando previsiones que la contradicen. Particularmente, el artículo 79.2 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad dispone que «el infractor deberá reparar el daño causado en la forma y condiciones fijadas en la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental», pero sigue diciendo que «sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que en cada caso procedan, el infractor estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios que no puedan ser reparados, en los términos de la correspondiente resolución». En efecto, esta previsión es totalmente contraria a lo que dispone la LRM, pues como señala VALENCIA MARTÍN⁸, «el daño ambiental sólo consiente (o sólo debería consentir) la reparación *in natura*. En nada contribuye a la reparación de esta clase de daños

⁷ Disponible en [este enlace](#): (acceso: 16 de septiembre de 2019).

⁸ VALENCIA MARTÍN, Germán, «La responsabilidad medioambiental», op. cit., págs. 11-12.

que la Administración perciba una indemnización sustitutoria, aunque solo sea por los *daños irreparables* o no completamente reparados». De hecho, tanto la DRM como la LRM descartan el empleo de la expresión indemnización, y utilizan, de manera constante, incluso en el propio título de la directiva, la palabra reparación⁹. De este modo, el Anexo II de la LRM distingue tres tipos de medidas para reparar el daño, es decir, tres formas de reparación (o una combinación de las mismas), que son todas ellas formas de reparación *in natura*. En consecuencia, ante la imposibilidad de una reparación primaria, procedería la complementaria, que es también por el equivalente, y que consiste en proporcionar un nivel de recursos naturales o servicios de recursos naturales (inclusive, si procede, en un lugar alternativo y preferentemente vinculado geográficamente al lugar dañado buscando como señala JORDANO FRAGA¹⁰ «la proximidad en la reparación») similar al que se habría proporcionado si el lugar dañado se hubiera restituido a su estado básico¹¹.

Con ello se supera lo que establecía el Libro Blanco presentado por la Comisión de 9 de febrero de 2000¹², al disponer que «si, por razones técnicas o económicas, la reparación de los daños no es posible o sólo lo es en parte, el importe de la compensación por el valor del daño que queda sin reparar deberá gastarse en proyectos similares de restauración o mejora de recursos naturales protegidos». Pero como decimos, con la LRM ya no hay indemnización, sino que obliga al operador a reparar en los términos aludidos, evitándose así que la Administración con su excesiva carga de trabajo tenga de diseñar y ejecutar un proyecto de reparación (salvo en los supuestos previstos de actuación directa *ex art.* 23 de la LRM) o que las indemnizaciones nunca se inviertan con esta finalidad por las razones que sean.

Finalmente, y sin detenernos ya mucho más en los primeros pasos de la LRM, es necesario señalar que esta Ley va más allá de la Directiva de la cual trae causa, siendo más exigente que el texto europeo, buscando una mayor efectividad. Y no solo por extender su protección a

⁹ Cfr. GARCÍA AMEZ, Javier, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 93.

¹⁰ JORDANO FRAGA, Jesús, «Responsabilidad por daños al medio ambiente», en ESTEVE PARDO, José (Coord.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Fundación Democracia y Gobierno local, 2006, pág. 453.

¹¹ Vid. BELTRÁN CASTELLANOS, José M., *Instrumentos para la efectividad del régimen de la responsabilidad medioambiental*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 69 y 85.

¹² Bruselas 9 de febrero 2000 COM 66 final, pág. 23.

la ribera del mar y de las rías [art. 2.c)], o por exigir que se adopten las medidas de prevención y de evitación aunque no haya mediado dolo, culpa o negligencia al producirse el daño [art. 3.2b)], sino sobre todo, por establecer un régimen de garantías financieras obligatorias, que en origen se exigía a los operadores de todas las actividades del Anexo III, garantizándose así la disponibilidad de recursos económicos para reparar, al menos parcialmente, los daños causados y buscando que desastres como el acaecido en las minas aznalcóllar no tuvieran que ser reparados, en última instancia, con dinero público. Digo exigía, porque como luego se reflejará, se han dado importantes pasos atrás en esta cuestión.

En definitiva, nos encontramos ante una Ley de innegable perfección técnica, ambiciosa en sus planteamientos, aunque plausible en alcanzar las metas que persigue pues como argumenta MARTÍN MATEO¹³, «el objetivo del ordenamiento ambiental es, como sabemos, evitar que se produzcan daños de esta índole. Si estos no obstante llegan a ocasionarse, lo aconsejable es la erradicación de sus efectos negativos, es decir, la restauración de las circunstancias naturales deterioradas». Por ello, si se aplica correctamente la LRM, esta permite restablecer *in natura*, los recursos naturales que sean dañados por actividades económicas. Por desgracia, la aplicación efectiva de esta norma está siendo lenta¹⁴, las reformas posteriores han rebajado el nivel de exigencia en algunos importantes aspectos y varios de sus postulados no se están cumpliendo o se aplican incorrectamente, como se demostrará en este trabajo.

2. EL PRESENTE

En el año 2008 se aprobó un Reglamento de desarrollo parcial de la LRM, por el Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre, posteriormente modificado por el Real Decreto 183/2015, de 13 de marzo. Según explica LÓPEZ RAMÓN¹⁵, «como es sabido, nuestro sistema

¹³ MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, Tomo IV, op. cit., pág. 253.

¹⁴ En este sentido, en el apartado 27 de la Resolución de 26 de octubre de 2017, sobre la aplicación de la DRM, el Parlamento Europeo pide a la Comisión que adopte las normas necesarias para determinar de forma clara e indiscutible los casos en que es de aplicación la DRM y cuándo debe aplicarse en cambio la norma nacional, si es más exigente.

¹⁵ LÓPEZ RAMÓN, Fernando, «[Valoración General: la importancia de las burocracias ambientales](#)» en LÓPEZ RAMÓN, Fernando (Coord.), *Observatorio de políticas ambientales 2009*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra),

constitucional sólo excepcionalmente admite que lo básico sea definido en normas reglamentarias, de donde deriva la necesidad de ofrecer justificaciones adecuadas de su empleo. En este caso, el fundamento de la vía reglamentaria se refiere al *carácter exclusiva y marcadamente técnico* de la materia regulada». En efecto, el Real Decreto se centra en regular, a grandes rasgos, tres cuestiones cruciales, técnicas y muy complejas, los criterios para determinar la significatividad del daño, la determinación de las medidas de reparación y las reglas para concretar la cuantía de las garantías financieras.

Pues bien, en su texto hay un gran olvidado, un artículo al que no se le ha prestado demasiada atención y que sin embargo es vital para el éxito del régimen, nos referimos al artículo 4 que regula el deber de información y que lo establece en un doble sentido junto con el artículo 6. En primer lugar, el deber de información exige que el operador colabore con la Administración y le comunique aquellas amenazas de daño medioambiental o aquellos daños medioambientales de los que tenga conocimiento a fin de que ésta, en su caso, pueda controlar la correcta aplicación de las medidas de prevención, evitación de nuevos daños y reparación o actuar por sí misma (art. 6). Y, en segundo lugar, incorpora una verdadera obligación para la Administración, y concretamente, para el Ministerio de Medio Ambiente (MITECO), de forma que este, en colaboración con las Comunidades Autónomas y demás Administraciones Públicas debe recopilar, sistematizar y poner a disposición del público aquella información que pueda facilitar a los operadores el cumplimiento de sus obligaciones en esta materia, datos que abarcan desde la determinación del estado básico de los recursos naturales, a los indicadores para valorar y cuantificar los daños, pero entre los que destacaremos los «datos más relevantes sobre experiencias previas de reparación»¹⁶, prácticamente desconocidos hasta fechas muy recientes.

2009, pág. 29.

¹⁶ Asimismo, otro deber de información aunque con un objetivo diferente lo encontramos en el considerando 31 de la DRM: «Los Estados miembros deben poner en conocimiento de la Comisión la experiencia que hayan adquirido en la aplicación de la presente Directiva, de modo que la Comisión tenga elementos de juicio para determinar, teniendo en cuenta las repercusiones en el desarrollo sostenible y los riesgos futuros para el medio ambiente, si es conveniente proceder a la revisión de la presente Directiva». A este respecto, en el apartado 49 de la Resolución de 26 de octubre de 2017, sobre la aplicación de la DRM, el Parlamento Europeo pide a la Comisión, en el marco de la revisión de la DRM, que estudie la posibilidad de imponer la obligación a los Estados miembros de presentar informes cada dos años sobre la aplicación de la Directiva.

En concreto, ha sido diez años después de la entrada en vigor del Reglamento, en 2018, cuando en el portal web del MITECO se ha publicado, por fin, en primer lugar, el «informe remitido por España a la Comisión Europea, en aplicación del artículo 18.1 de la Directiva 2004/35/CE», de marzo de 2014. En efecto, se trata de un informe cuyos resultados empleó la Comisión para elaborar su informe COM (2016) 204 final. Si bien, ciertos datos del informe de España se podían inferir del publicado por la Comisión, carecía totalmente de sentido que aquél no estuviera disponible para su consulta por el público interesado. En dicho informe del Ministerio se puede comprobar que desde el 30 de abril de 2007 hasta marzo de 2012 se iniciaron doce casos de responsabilidad medioambiental¹⁷. Y, en segundo lugar, el «informe al Consejo Asesor de Medio Ambiente» remitido por el MITECO en julio de 2018, en cumplimiento de la Disposición adicional undécima de la LRM, y que obliga a informar al Consejo con una periodicidad bienal, lo que denota que, o bien no se ha hecho, o bien dichos informes bienales existen y no han sido publicados. En cualquier caso, el informe publicado en 2018 incluye una relación de los casos de daños medioambientales ocurridos entre los años 2013 y 2017¹⁸. En concreto, en estos años se han producido veintidós casos de responsabilidad medioambiental, por lo que en total desde 2007 hasta 2017 se han reportado 34 casos de aplicación de la Ley. Por último, los informes también afirman que de todos los casos reportados siete han llegado a los Tribunales de lo Contencioso, aunque no señalan expresamente cuáles. En una relación de elaboración propia serían los resueltos por las siguientes sentencias: STS de 4 de noviembre de 2011; STSJ de Valencia, de 8 de enero de 2013; STSJ de Galicia, de 17 de octubre de 2013; STSJ del País Vasco, de 29 de mayo de 2014; STS de 28 de noviembre de 2014; SAN de 30 de mayo de 2016; SAN de 19 de julio de 2016). Procede ahora analizar detenidamente estos y otros datos obrantes en dichos informes para determinar, con la mayor precisión posible, la situación actual del régimen de la responsabilidad medioambiental en España.

¹⁷ Tramitados por las Comunidades Autónomas de Cataluña, Andalucía, Galicia, Madrid, Extremadura y Canarias y que afectaron a los siguientes recursos: uno hace referencia a los daños producidos al suelo; nueve a las aguas y al suelo; uno a las aguas, al suelo y a la ribera del mar y de las rías; y uno únicamente a las aguas.

¹⁸ Tramitados por las Comunidades Autónomas de Aragón, Canarias, Castilla La Mancha, Cataluña, Galicia, Comunidad de Madrid y Comunidad Valenciana, por daños a los siguientes recursos: dos hacen referencia a daños producidos al suelo; uno al suelo y los hábitat; once a las aguas y al suelo; dos al suelo, a las aguas y los hábitats; dos a las aguas y tres a las especies y los hábitat.

2.1. Las garantías financieras

Los informes a los que hemos hecho alusión abordan, entre otros aspectos, la cuestión relativa a las reformas que durante estos años se han efectuado respecto del régimen de las garantías financieras que la LRM y su Reglamento de desarrollo prevén. En efecto, los cambios introducidos por el Real Decreto-Ley 8/2011¹⁹, de 1 de julio y la Ley 11/2014, de 3 de julio²⁰, así como por el Real Decreto 183/2015, de 13 de marzo²¹, trajeron como resultado la drástica reducción del número de operadores obligados a constituir garantía financiera. Actualmente, el Reglamento de desarrollo recoge en su artículo 37.2 las actividades exentas de la obligación de constituir la garantía financiera obligatoria conforme a la previsión del artículo 28.d) de la Ley, y las que sí mantienen dicha obligación. En base al mismo, los operadores obligados son:

- Operadores sujetos al ámbito de aplicación del texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre (IPPC).
- Operadores sujetos al ámbito de aplicación del Real Decreto 840/2015, de 21 de septiembre, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas (SEVESO).
- Operadores dedicados a la gestión de residuos de las industrias extractivas, cuando se trate de instalaciones clasificadas como de «categoría A», según lo dispuesto en el Real Decreto 975/2009, de 12 de junio.

Es decir, que de los 15 puntos que contiene el Anexo III de la LRM²², únicamente, en el caso del primero y del decimocuarto se mantiene la obligación para los operadores de esas

¹⁹ Vid. LOZANO CUTANDA Blanca, «Garantía financiera obligatoria en materia de responsabilidad medioambiental: novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 8/2011», en Gómez-Acebo & Pombo, noticias breves, agosto de 2011.

²⁰ Vid. LOZANO CUTANDA, Blanca y POVEDA GÓMEZ, Pedro, «Ley 11/2014, de 3 de julio, de modificación de la Ley 26/2007, de Responsabilidad Medioambiental: análisis de sus novedades», *Gómez-Acebo & Pombo*, julio de 2014.

²¹ Vid. BELTRÁN CASTELLANOS, José M., «Responsabilidad Medioambiental: ¿Exigir garantías financieras en tiempos de crisis?», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. 7, núm. 1, 2016.

²² A pesar de la amplitud de este Listado, el apartado 11 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de

actividades económicas de constituir la garantía financiera. La reducción se justifica, como expresamente declara el apartado II del preámbulo del Real Decreto 183/2015 en que «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, y que por ello se consideró oportuno eximir de la obligación de constitución de garantía financiera a los operadores cuyas actividades presentasen bajo riesgo de producir daños medioambientales».

No cabe duda de que las tres categorías de actividades que no quedan exentas «claramente» manifiestan un alto riesgo y nivel de accidentabilidad, como puso de manifiesto el Dictamen del Consejo de Estado de 11 de diciembre de 2014²³. Ahora bien, los datos obrantes en los informes publicados por el MITECO sobre la aplicación de la LRM dan buena prueba de que no son, ni mucho menos, las actividades que más daños han provocado al medioambiente, al menos en los diez años que abarcan los informes. De los 34 casos de daños ambientales reportados, en primer lugar, la actividad económica que más daños ha producido, con un total de 14 supuestos, es «la fabricación, utilización, almacenamiento, transformación, embotellado liberación en el medio ambiente y transporte *in situ* de

octubre de 2017, sobre la aplicación de la DRM lamenta que «actualmente, haya actividades que pueden tener impactos negativos en la biodiversidad y el medio ambiente, como el transporte de sustancias peligrosas por tuberías, la minería y la introducción de especies exóticas invasoras (sobre la responsabilidad ambiental por los daños causados por especies exóticas invasoras *vid.* BELTRÁN CASTELLANOS, José M., *Fauna Exótica Invasora*, Reus, Madrid, 2019, págs. 115-119) que no están sujetas a la exigencia de responsabilidad objetiva; observa que, en particular con respecto a los daños a la biodiversidad, las actividades contempladas en el anexo III no abarcan lo suficientemente los sectores que podrían causar daños». Por ello, el Parlamento Europeo en el apartado 36 de su resolución «considera prioritario que, en el marco de la revisión de la DRM, la responsabilidad objetiva se amplíe a las actividades no incluidas en el anexo III para todos los daños medioambientales con efectos adversos, a fin de aumentar la eficacia de la legislación en cuanto a la aplicación del principio de *quien contamina paga* y ofrecer un incentivo a los operadores para que lleven a cabo una gestión de riesgos adecuada en relación con sus actividades; pide a la Comisión, en este sentido, que establezca un registro de los operadores que ejercen actividades peligrosas, así como un sistema de control financiero que garantice la solvencia de los mismos».

²³ Disponible en [este enlace](#): (acceso: 17 de septiembre de 2019).

sustancias peligrosas, preparados peligrosos, productos fitosanitarios o biocidas». Sin embargo, en la actualidad, los operadores que ejerzan este tipo de actividad están exentos de la obligación de constituir garantía financiera alguna (aunque pueden contratarla de forma voluntaria), al preverse en el punto 8 del Anexo III de la Ley.

En segundo lugar, hay dos tipos de actividades que han producido 5 casos de daños ambientales cada una, estas son, la explotación de actividades sujetas a autorización IPPC, que sí mantiene la obligación de garantía financiera, (punto 1º del Anexo III) y «el transporte por carretera, por ferrocarril, por vías fluviales, marítimo o aéreo de mercancías peligrosas o contaminantes» que queda, en cambio, exenta de garantía (punto 9º del Anexo III).

En tercer lugar, la actividad de «gestión de residuos, como la recogida, el transporte, la recuperación y la eliminación de residuos y de residuos peligrosos, así como la supervisión de tales actividades que estén sujetas a permiso o registro de conformidad con la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados» ha provocado 4 casos de daños medioambientales reconocidos. Dicha actividad también está exenta de la constitución obligatoria de garantía al figurar en el punto 2º del Anexo III de la Ley.

Finalmente, los 6 casos restantes de daños medioambientales se corresponden a otras actividades de las enumeradas en el Anexo III, como la prevista en el punto 5º (vertidos de aguas interiores y mar territorial sujetos a autorización previa) y en el punto 7º (captación y represamiento de aguas sujetos a autorización previa), ambas exentas de la obligación de garantía, mientras que los otros 4 casos corresponden a actividades no incluidas en el Anexo y, por tanto, no sometidas a responsabilidad objetiva ni tampoco a garantía financiera obligatoria. Todo ello nos permite sostener que, de los 34 casos reportados, únicamente en 5 de ellos el operador u operadores responsables estaban obligados a contar, en principio, con una garantía de respaldo para cubrir su responsabilidad, sin perjuicio de que en el resto de los casos, los operadores pudieron constituir la misma de forma voluntaria *ex* artículo 24.1 *in fine* de la LRM (dato que no consta en los informes).

Por otro lado, se debe precisar, además, que la exigencia «real» de constituir garantías financieras obligatorias para las actividades clasificadas con nivel de prioridad 1 conforme a la Orden ARM/1783/2011, de 22 de junio²⁴, está en vigor desde el 31 de octubre de 2018, tal y como dispone la Orden APM/1040/2017, de 23 de octubre²⁵, por tanto, ni siquiera en realidad en aquellos 5 supuestos de daños causados por actividades IPPC los operadores estuvieron obligados a contar con el respaldo financiero, al ser anteriores a dicha fecha. A mayor abundamiento, la citada Orden señala que las actividades clasificadas con nivel de prioridad 2 deberán contar con una garantía financiera a partir del 31 de octubre de 2019. Pese a todo ello, la gran mayoría de actividades están clasificadas con un nivel de prioridad 3, y respecto de estas recientemente se ha aprobado la Orden TEC/1023/2019, de 10 de octubre²⁶, que retrasa la exigencia de la obligación de constituir garantía financiera dos años más desde su entrada en vigor, es decir, a partir del 16 de octubre de 2021 (16 de octubre de 2022 para las actividades de cría intensiva de aves de corral o de cerdos). En consecuencia, no será hasta pasados 15 años desde que entró en vigor la LRM cuando, por fin, serán efectivas las obligaciones que impone el artículo 24 a todos los operadores económicos [con los límites que señalan el artículo 28 de la LRM y el artículo 37 de su Reglamento de desarrollo].

Todos estos datos nos permiten, además, formular cuatro importantes reflexiones. En primer lugar, si lo pretendido por la Ley con la exigencia de garantías financieras obligatorias a los operadores es, como expresamente declara el artículo 24.1, que éstos cuenten con recursos económicos suficientes para hacer frente a la eventual adopción de las medidas preventivas,

²⁴ 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, previstas en la disposición final cuarta de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.

²⁵ Orden APM/1040/2017, de 23 de 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.

²⁶ Orden TEC/1023/2019, de 10 de 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 3, mediante Orden ARM/1783/2011, de 22 de junio.

de evitación de nuevos daños y de reparación por la responsabilidad ambiental inherente a las actividades económicas que desarrollan, resulta evidente de los datos apuntados, que este objetivo se ha visto claramente mermado con la actual configuración de las actividades que mantienen la obligación de constituir las garantías. Máxime si se tiene en cuenta que en el apartado 14 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de octubre de 2017, sobre la aplicación de la DRM, este manifiesta «su inquietud por los casos que ponen de relieve el hecho de que los operadores no estaban en condiciones de soportar los costes de la reparación de los daños al medio ambiente».

En segundo lugar, consideramos que la reducción en la obligación de constituir las garantías financieras puede ser contraria al principio de «no regresión», el cual es una derivación del principio de desarrollo sostenible, que impone un proceso solidario con las generaciones futuras²⁷, y que implica la prohibición del retroceso en la protección ambiental como consecuencia de la lucha de intereses (en nuestro objeto de estudio dicha lucha sería el coste o gravamen para los operadores de constituir una garantía financiera para poder ejercer su actividad *versus* la protección de los recursos naturales y el respaldo económico que suponen las garantías para la reparación de los daños ambientales, al menos en parte), y que tiene su última justificación en el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado ex art. 45 CE²⁸, pues un operador con recursos económicos limitados (por ejemplo, las PYMES) y sin garantía financiera, difícilmente podrá adoptar las medidas que la LRM le impone, y en ese sentido, el nivel de protección del medio ambiente es menos garantista. Además, mientras que el Parlamento Europeo en su Resolución de 26 de octubre de 2017, sobre la aplicación de la DRM, anima «a los Estados miembros a que adopten medidas para acelerar 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» (apartado 18), en España damos pasos hacia atrás en este sentido.

²⁷ *vid.* LÓPEZ RAMÓN, Fernando, «El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en el Derecho Español» *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 20, 2011, págs. 13-27.

²⁸ Sobre las regresiones en el Derecho ambiental en los últimos años *vid.* CARREÑO ÁLVAREZ, Santiago M., «La evolución regresiva de la política y el Derecho ambiental en España», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 41, 2018, págs. 15-39.

En tercer lugar, debemos destacar que la práctica totalidad de estos datos (me refiero a los daños producidos en los años de vigencia del régimen) ya se conocían (por el Gobierno) cuando se llevó a cabo la reducción de la obligación en marzo de 2015, pues de los 34 casos reportados, únicamente dos se descubrieron pasadas esas fechas, o dicho en otras palabras, ya se sabía que la mayoría de actividades que habían provocado daños al medio ambiente no están (o no al menos únicamente) en los puntos 1º y 14º del Anexo III, y aun así se optó por la exención en la obligación de las restantes, cuando realmente «no presentan un bajo riesgo de producir daños», criterio en el que se ampara el RD 183/2015 para llevar a cabo la reducción.

Y en cuarto lugar, puesto que el párrafo 2º del artículo 37.2.b) del Reglamento de desarrollo de la LRM dispone que en el plazo de cinco años desde la entrada en vigor de este real decreto (es decir, en 2020), se realice un estudio que actualice la evaluación del potencial de generar daños medioambientales y el nivel de accidentalidad de las actividades del Anexo III de la LRM exentas de la obligación de constituir la garantía, parece lógico que debería ampliarse el listado de las actividades obligadas, como mínimo, a las que recogen los apartados 2º, 8º y 9º del Anexo III, que durante estos años han provocado el mayor número de daños ambientales (sin perjuicio de los 5 casos de daños causados por las actividades IPPC).

2.2. La determinación de la significatividad del daño

Uno de los aspectos más técnicos y complejos del régimen de la responsabilidad medioambiental es la determinación de la «significatividad del daño». Como ya apuntara MARTÍN MATEO²⁹, «conviene recordar que los perjuicios que se deben prevenir y si esto no ha sido posible reparar, son los que afectan a los grandes sistemas ambientales con una entidad no deseable, lo que no es el caso de aisladas descargas en la atmósfera, en el mar o en ríos caudalosos». En efecto, no todos los daños que sufran los recursos naturales incluidos en el ámbito de aplicación de la LRM (aguas, suelos, biodiversidad y ribera del mar y de las rías, art. 2.1) generarán responsabilidad medioambiental. Para que la Ley pueda ser aplicada, se deberá evaluar si se está en presencia de amenazas de daños o de daños propiamente dichos que produzcan «efectos adversos significativos» sobre los recursos naturales

²⁹ MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, tomo IV, op. cit., pág. 241.

señalados. A estos efectos, la información publicada por el MITECO en su portal web³⁰, nos permite arrojar algo más de luz en la realización de esta difícil tarea prevista en el artículo 2.1.a) y el Anexo I de la LRM y desarrollada por su Reglamento (artículos 15 a 18).

En base a los informes publicados, dicha evaluación debe hacerse «caso por caso», y en ocasiones puede revestir cierta complejidad debido a la incertidumbre asociada a la previsión de los efectos que uno o más agentes causantes del daño pueden ocasionar sobre el medio receptor. En cualquier caso, y a fin de simplificar en tiempo y coste esta tarea, tanto el operador como la autoridad competente pueden aplicar el «principio de precaución», cuyo objetivo es garantizar un elevado nivel de protección del medio ambiente y, en consecuencia, de los recursos naturales susceptibles de sufrir el daño, de forma que «cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas efectivas para impedir la degradación del medio ambiente». De este modo, como afirma SORO MATEO³¹, «el principio de precaución debe jugar su papel en situaciones de riesgo en las que estadísticamente se desconoce si se va a producir el daño y en situaciones de incerteza, en las que se desconoce si se va a producir el daño y, en su caso, el alcance del mismo». En consecuencia, el daño medioambiental deberá considerarse significativo aunque, por la complejidad de la evaluación del daño, no exista evidencia científica de que se exceda el umbral de significatividad, siendo suficiente con que se tengan motivos razonables para que creer que sea así (*reasonable belief* o «duda razonable»)³². Por otro lado, en cuanto al momento en el que debe llevarse a cabo la evaluación de la significatividad, ésta puede realizarse tanto con carácter previo al inicio del procedimiento de

³⁰ Nos referimos, en primer lugar, al «Protocolo de actuación en caso de incidente y procedimiento administrativo» (en adelante Protocolo) que proporciona unas pautas de actuación a seguir, tanto a los operadores como a la Administración competente, en caso de que se produzca un incidente que provoque un daño medioambiental o amenaza inminente de daño medioambiental, en el contexto de la LRM. Además, desarrolla el procedimiento de exigencia de responsabilidad medioambiental, que contempla las distintas fases en las que intervienen tanto la autoridad competente, como los interesados y operadores. Y, en segundo lugar, al documento «Estructura y contenidos generales de los proyectos de reparación de daños medioambientales» (en adelante Documento estructura y contenidos) que ofrece una descripción, conforme a lo que establece la normativa de responsabilidad medioambiental, de la estructura y contenido que debe considerar el operador para la elaboración de la propuesta de proyecto de reparación que debe presentar a la autoridad competente.

³¹ SORO MATEO, Blanca, «Construyendo el principio de precaución», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 49-50, 2017, pág. 134.

³² «Protocolo de actuación en caso de incidente y procedimiento administrativo», 2018, pág. 62. Disponible en la página web del MITECO (acceso: 14 de septiembre de 2019).

exigencia de responsabilidad medioambiental, como durante la tramitación del mismo, dependiendo de cuándo el operador o la autoridad competente haya tenido conocimiento del incidente, así como de la naturaleza del mismo y su evolución. En concreto, la evaluación de la significatividad es realizada en primer término por el operador y en el proyecto de reparación que debe elaborar (art. 20.2 del Reglamento) se recopilarán los datos y criterios en base a los cuales determinados daños fueron considerados como significativos. Posteriormente, el operador presentará los datos e información que apoyan la evaluación de la significatividad ante la Administración, atendiendo al criterio escogido, sin olvidar que la autoridad competente también puede, en determinados casos, evaluar la significatividad de los daños medioambientales.

Ahora bien, como paso previo a la evaluación de la significatividad, es necesario que el operador responsable «identifique y cuantifique el daño medioambiental ocasionado», para lo cual deberá tener en cuenta lo recogido en los artículos 8 y siguientes, y en el Anexo I del Reglamento. En este contexto, y atendiendo a lo establecido en el artículo 15 del Reglamento, en dicha tarea deberán considerarse los siguientes aspectos: la identificación del agente causante del daño (si es físico, químico, biológico o un incendio), la cuantificación del daño (que obliga a determinar parámetros como su extensión, intensidad, duración o reversibilidad) y la variación de otros parámetros como el estado de conservación del recurso afectado, y como el daño ha afectado a su integridad física o nivel de calidad y, además, los riesgos que el daño comporta para la salud humana o para el medio ambiente asociado al recurso afectado.

Realizadas las tareas señaladas, el operador estará en condiciones de proceder a determinar si el daño es significativo. A estos efectos, la primera regla a aplicar es que si los daños tienen efectos demostrados en la salud humana, siempre se considerarán como significativos (apartado 1º del Anexo I de la LRM). Sobre la forma de valorar los efectos sobre la salud humana, el apartado III del Anexo I del Reglamento establece que «para la valoración de forma específica de los efectos sobre las especies silvestres y la salud humana se considerará cualquier vía de exposición a través del aire, el agua y el suelo, incluyendo la ingestión, la

inhalación y la absorción»³³. Sin embargo, como afirma MARTÍN MATEO³⁴ «es evidente que los avances ya logrados en el control de la contaminación impiden que la salud humana se vea seriamente afectada, salvo los episodios circunscritos. Pero hay prácticamente igual certeza que la tierra será relativamente pronto inhabitable para la especie humana, aunque la vida seguirá con otras pautas evolutivas», por lo que no hay razón alguna para no sustituir urgentemente el criterio de que los daños sobre la salud humana son siempre significativos, por el de que los daños «a la vida» son significativos, al menos si son de cierta entidad. En el mismo sentido, el Parlamento Europeo en el apartado 10 de su Resolución de 26 de octubre de 2017, sobre la aplicación de la DRM, lamenta que, en la DRM, los incidentes se definan como «graves» solo si se producen víctimas mortales o heridos graves, sin que haya una clara referencia a las consecuencias para el medio ambiente; destaca, por tanto, que, aunque no cause muertes ni lesiones graves a personas, un incidente puede tener un impacto grave sobre el medio ambiente por su magnitud o porque afecte, por ejemplo, a zonas protegidas, especies protegidas o hábitats especialmente sensibles.

Pues bien, tal y como está actualmente configurada la LRM y su Reglamento, si no se han producido daños a la salud deberá procederse a evaluar la significatividad por referencia al recurso natural dañado (art. 16 del Reglamento), aplicándose como ya se ha apuntado, el principio de precaución, lo que vamos a ilustrar con algunos ejemplos. De este modo, en relación con las «especies silvestres y hábitats», tal y como establece el artículo 16.1 del Reglamento «los daños ocasionados a las especies silvestres y a los hábitats 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». A estos efectos, se deberá tener en cuenta cualquier información disponible de carácter local, regional, nacional y comunitario de la especie o del hábitat afectado que resulte relevante. Además, el Anexo I de la LRM recopila una serie de indicadores o datos mensurables que el operador podrá emplear para determinar si se han

³³ En este sentido, como apuntan COSACK, Tilman y ENDERS, Rainald, «Das Umweltschadengesetz im System des Umweltrechts», *Das Deutsche Verwaltungsblatt (DVBl)*, núm. 7, 2008, «en base a los principios del Derecho europeo, el concepto de salud debe interpretarse ampliamente en la línea de lo establecido por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades».

³⁴ MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, tomo IV, op. cit., pág. 239.

producido dichos efectos desfavorables (número de individuos afectados, densidad o extensión, capacidad de propagación, etc.) y recopila unos criterios que, de cumplirse, permitirán clasificar los daños como no significativos, y que son los siguientes: 1) las variaciones negativas inferiores a las fluctuaciones naturales consideradas normales para la especie o el hábitat de que se trate; 2) las variaciones negativas que obedecen a causas naturales o se derivan de intervenciones relacionadas con la gestión corriente de los espacios naturales protegidos o los lugares de la Red Natura 2000, según se definan en sus respectivos planes de gestión o instrumentos técnicos equivalentes; y 3) los daños a especies o hábitat con demostrada capacidad de recuperar, en breve plazo y sin intervención, el estado básico o bien un estado que, tan sólo en virtud de la dinámica de la especie o del hábitat, dé lugar a un estado equivalente o superior al básico (es decir, que pueda producirse la recuperación natural, sin intervención humana, de la especie o hábitat dañado).

Una aplicación práctica del «principio de precaución» podría ser el desconocimiento sobre las fluctuaciones naturales normales del hábitat o de la especie objeto de estudio. En efecto, no siempre se dispone de información sobre la dinámica de la población o del hábitat respecto a las variaciones que experimentan de forma ordinaria. Ante esta ausencia de información, el operador o la autoridad competente podrían concluir la significatividad del daño por aplicación de dicho principio, pues no hay que olvidar como precisara MARTÍN MATEO³⁵ que «los perjuicios que suscitan mayores dificultades son los causados a la biodiversidad. Es viable, en efecto, cifrar las pérdidas causadas vía vertidos a una piscifactoría, pero no lo es tanto el estimar el valor de las pérdidas producidas las mismas causas en el cauce de un río: especies adultas, avellanes, ruptura de la cadena trófica, etc.».

Por poner otro ejemplo, en el caso de las aguas, los daños a las mismas 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 afección, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Planificación Hidrológica aprobado

³⁵ MARTÍN MATEO, Ramón, «Avances en la efectividad de la responsabilidad ambiental» en MORENO MARTÍNEZ, Juan A. (Coord.) *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el nuevo milenio*, DYKINSON, Madrid, 2000, pág. 325.

mediante el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, y demás legislación aplicable»³⁶. Para evaluar si una masa de agua cambia su estado químico, ecológico o cuantitativo al producirse un daño, deberá tenerse en cuenta, en primer lugar, los factores que determinaron la clasificación de su estado, previamente a producirse el daño y posteriormente a que éste se produzca. En el caso de las amenazas inminentes de daños, habrá de preverse las consecuencias de los daños en caso de que estos llegasen a producirse.

Es importante destacar, como advierten los informes del MITECO³⁷, que en la determinación de la significatividad del daño medioambiental a las aguas «se debe tener en cuenta la escala temporal o temporalidad del mismo», como aspecto especialmente importante, puesto que la evaluación del estado de las mismas, en el contexto de la legislación de aguas, se realiza oficialmente al final de cada ciclo de planificación hidrológica, aunque las autoridades competentes realizan informes anuales del estado de las masas de agua. Sin embargo, en el contexto de la LRM, será necesario evaluar el cambio en la clasificación del estado de la masa de agua «en el momento de producirse la afección», tal y como establece el citado artículo 16.2 del Reglamento de desarrollo parcial de la LRM.

Además, en algunos casos, la evaluación del posible cambio en la clasificación del estado de una masa de agua, cuando se produzca la afección, puede ser técnicamente compleja de realizar. Por ello, en la determinación de la significatividad en estos casos se deberá seguir el ya citado principio de precaución y considerar el daño como significativo si existe una duda razonable de que se ha superado el umbral. Incluso, en la evaluación de la significatividad de los daños puede ocurrir que el daño medioambiental se produzca sobre una masa de agua que se encuentre en mal estado antes de que ocurra el incidente. En estos casos, y en línea con lo que establece el artículo 18 del Reglamento, el carácter significativo de los daños ocasionados a las aguas podrá determinarse en función del daño que experimenten las especies silvestres que habiten la masa de agua.

³⁶ Entre la que se encuentra tanto el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, como el Real Decreto 1514/2009, de 2 de octubre, por el que se regula la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro; y el Real Decreto 817/2015, de 11 de septiembre, por el que se establecen los criterios de seguimiento y evaluación del estado de las aguas superficiales y las normas de calidad ambiental.

³⁷ «Estructura y contenidos generales de los proyectos de reparación de daños medioambientales», 2018, pág. 6.

En definitiva, partiendo del hecho de que los efectos adversos significativos que puede causar un daño ambiental constituyen un concepto jurídico indeterminado, y que su determinación deberá llevarse a cabo caso por caso, aplicando los criterios que se han expuesto, no se pueden establecer criterios completamente objetivos o procesos automáticos, pues cada recurso natural presentará características singulares que obedecerán a diversos factores como geográficos o climáticos. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que se trata de recursos naturales indispensables para la vida, y que por ello, el umbral de significatividad deberá partir desde un «nivel bajo», pues en caso contrario se estaría privando de antemano de aplicabilidad a la LRM, por ello es necesario aplicar el principio de precaución y considerar el daño como significativo si existe una duda razonable en ese sentido, a pesar de la falta de evidencias científicas. Todo ello teniendo en cuenta, además, como señala el Considerando «L» de la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de octubre de 2017, sobre la aplicación de la DRM, «que los nuevos descubrimientos científicos demuestran que la contaminación procedente de actividades industriales puede afectar al medio ambiente y al ser humano de una manera insospechada hasta la fecha y que ello pone en peligro la salud humana, la sostenibilidad y el equilibrio de los procesos biológicos y bioevolutivos».

2.3. La incorrecta aplicación de las medidas de reparación

Según los informes publicados por el MITECO, «en caso de que el daño medioambiental sea calificado de significativo, el operador o, en su defecto, la autoridad competente mediante actuación directa, aplicará las medidas de reparación primarias necesarias, en primera instancia y, en caso de ser necesarias, las medidas de reparación complementarias y/o compensatorias».

Debemos precisar que esta afirmación no es del todo correcta, pues las «medidas complementarias» tienen por objeto 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 (por ejemplo, porque el daño es irreversible o desproporcionadamente costoso) y, si bien es cierto que este tipo de medidas pueden no ser necesarias, puede ocurrir que al evaluarse las distintas medidas reparadoras identificadas, se elijan medidas reparadoras primarias que no restituyan por completo a su estado básico los recursos que hayan sufrido el daño, o que lo hagan más lentamente. Ahora bien, se podrá adoptar esta decisión

únicamente si los recursos naturales o los servicios medioambientales dañados se compensan mediante un incremento de las acciones complementarias o compensatorias que proporcione un nivel similar de recursos o servicios (apartado 1.3.2 del Anexo II de la LRM)³⁸.

Además, respecto de las «medidas compensatorias», tal y como precisa el MORA (documento metodológico, pág. 40) se prevé que existan o puedan existir siempre (salvo que la reparación surta efectos inmediatos³⁹), dado que tienen por objeto compensar a la población afectada por las pérdidas provisionales de recursos naturales desde que tiene lugar el daño hasta que surte efecto la reparación primaria o complementaria. De esta forma, y puesto que la reparación primaria o complementaria puede iniciarse una vez pasado cierto periodo de tiempo desde el momento del accidente, se procederá a calcular y dimensionar la cantidad de recurso adicional que debe recuperarse en concepto de reparación compensatoria. Siguiendo el ejemplo que propone ROCASALVA⁴⁰, «si se producen daños a una determinada especie de árboles situados en un terreno concreto afectado por la actividad de un operador u operadores que produce daños a estos recursos naturales, si se tratara de árboles de longevidad alta, se buscaría así resarcir dicha pérdida a través de métodos alternativos como cultivar un mayor número de especies de árboles como los afectados, a los fines de llegar a alcanzar un nivel de compensación del daño provocado y, a su vez, compensar el tiempo en el que el recurso natural no aporta su función, esto es, la aportación concreta de oxígeno a la atmósfera, entre otras».

³⁸ Para favorecer la reparación complementaria y compensatoria, se podrá acudir a los «bancos de conservación de la naturaleza», previstos en la Disposición adicional octava de la LEA. Se trata de «un conjunto de títulos ambientales o créditos de conservación otorgados por el MAPAMA y, en su caso, por las comunidades autónomas, que representan valores naturales creados o mejorados específicamente» (DA 8^o.1). Por tanto, constituyen un instrumento para evitar la pérdida neta de biodiversidad basada en el mercado, pretendiendo que los efectos negativos ocasionados a un valor natural puedan ser equilibrados por efectos positivos generados en otro lugar. De este modo, los «créditos de conservación», cuantifican los valores ambientales generados o conservados en los terrenos adscritos a un banco de conservación, convirtiéndose así en unidades de valor intercambiables. Vid. CONDE ANTEQUERA, Jesús, «La compensación de impactos ambientales mediante adquisición de créditos de conservación: ¿una nueva fórmula de prevención o un mecanismo de flexibilización del régimen de evaluación ambiental?» *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, mayo-diciembre de 2014.

³⁹ Según el MORA (págs. 40-41), se considera efecto inmediato a aquellas medidas que surten efectos en un plazo inferior a 1 mes.

⁴⁰ GARCÍA ROCASALVA, Carles, *La responsabilidad medioambiental*, Atelier, Barcelona, págs. 255-256.

Sin embargo, pese a lo expuesto sobre el funcionamiento de las medidas de reparación del daño que prevé la Ley, llama la atención el hecho de que, si se acude a los informes publicados en 2018 por el MITECO sobre la aplicación de la LRM, de los casos ya resueltos (24 según los referidos informes), en ninguno se han aplicado medidas complementarias, lo que podría encontrar una «forzada» explicación en el hecho de que la reparación primaria, en todos los casos, hubiera permitido restaurar los recursos naturales dañados al estado en que se encontraban antes de sufrir la agresión. Más llamativo resulta el hecho de que tampoco se hayan aplicado medidas compensatorias, lo que resulta mucho más complejo de justificar, pues parece sumamente difícil que en todos los supuestos la reparación fuese «inmediata» y no se produjese ninguna pérdida provisional de las funciones ecológicas o servicios que prestan los recursos naturales dañados. En efecto, los citados informes muestran cómo, en algunos casos, las medidas de reparación primaria tardaron hasta 5 años en ejecutarse completamente (casos 16 y 33). En consecuencia, se revela una incorrecta aplicación de las medidas de reparación que la LRM prevé y, por ende, la pérdida de dos de sus grandes virtudes, por un lado, la restauración del equilibrio ambiental alterado *in natura* cuando la reposición de las cosas al estado anterior al que se encontraban no es posible o excesivamente costosa, empleándose para ello la reparación complementaria y, por otro, la compensación de las pérdidas provisionales de recursos naturales o servicios de recursos naturales hasta que el daño sea completamente subsanado, a través de medidas compensatorias.

3. EL FUTURO

Puede parecer que hemos pintado un escenario negativo o desastroso en el presente de la responsabilidad medioambiental, pero nada más lejos de la realidad. Lo único que se ha demostrado es que queda mucho por hacer. En estos años de vigencia del régimen, este se ha aplicado, y existe información disponible al respecto. Dicha información revela que la LRM que no se ha aplicado correctamente y que determinados cambios introducidos no son coherentes con la finalidad que persigue la norma. Pero se está a tiempo de corregir estas cuestiones, pues como sostiene JORDANO FRAGA⁴¹ «si el problema del Derecho ambiental en muchos países es su falta de eficacia real, las líneas futuras deben orientarse a mecanismos que garanticen la efectiva aplicación del mismo».

⁴¹ JORDANO FRAGA, Jesús, «El futuro del Derecho ambiental», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 23, 2012, pág. 139.

Por ello, el futuro de la responsabilidad medioambiental requiere plantearse cambios, dotar de medios a las Administraciones Públicas para que puedan aplicarlo o perseguir su aplicación, y superar los errores que se han detectado. De este modo, en primer lugar y por lo que respecta al «deber de información», el MITECO no solo debe continuar con su cumplimiento publicando los informes que se elaboren al respecto, sino que deben plantearse nuevas propuestas como la que encontramos en el apartado 38 de la Resolución de 26 de octubre de 2017, sobre la aplicación de la DRM, en base a la cual el Parlamento Europeo pide que se establezca un «registro público europeo de los casos de daño ambiental regulados por la DRM» siguiendo, por ejemplo, el modelo irlandés, que consta de un sistema de notificación en línea para la comunicación de los casos de daño ambiental, con el fin de generar mayor confianza en el sistema de la DRM y garantizar su mejor aplicación. Además, una base de datos pública de este tipo permitiría que las partes interesadas, los operadores y los ciudadanos tuviesen más conciencia de la existencia del régimen y su ejecución y contribuiría así a mejorar la prevención y la reparación de los daños medioambientales⁴²; Asimismo, añada en el apartado 42 de su resolución que «para que los verdaderos costes de los daños ambientales sean transparentes para todos, deberían hacerse públicos tanto los casos de responsabilidad probada como los pormenores de las sanciones impuestas».

En segundo lugar, en cuanto a las garantías financieras, en el *Commission Staff Working Document, REFIT Evaluation of the Environmental Liability Directive*, de 14 de abril de 2016⁴³, la Comisión puso de manifiesto que en la mayoría de los mercados se dispone de una cobertura

⁴² A mayor abundamiento, en el apartado 39 de la misma Resolución el Parlamento Europeo recomienda que, a fin de que las bases de datos públicas de casos contemplados en la DRM sean fácilmente accesibles y eficaces, se deberían crear siguiendo los criterios siguientes:

- que estén disponibles en línea y que se proporcione información adicional relativa a los casos cuando se solicite,
- que cada país disponga de una base de datos centralizada mejor que de bases de datos separadas para cada región,
- que las notificaciones de nuevos incidentes se publiquen en línea inmediatamente,
- que cada caso registrado en la base de datos incluya información sobre el nombre del operador que ha contaminado, la naturaleza y el alcance de los daños provocados, las medidas de prevención/reparación adoptadas o que se vayan a adoptar y los procedimientos emprendidos por las autoridades y/o con su colaboración;

⁴³ Pág. 61. Acompaña al [«Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo en el marco del artículo 18, apartado 2, de la Directiva 2004/35/CE, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales»](#), Bruselas, 14.4.2016, COM (2016) 204 final.

de seguro suficiente, que incluye las medidas de reparación complementaria y compensatoria, pero la demanda es en general baja debido a la falta de incidentes notificados, la aplicación inadecuada y la evolución más lenta en los mercados emergentes. Añade que, «la posibilidad de una garantía financiera obligatoria armonizada a nivel de la UE sigue siendo débil, siendo recomendable introducir algunas opciones para mejorar la seguridad financiera, como un mejor examen de la viabilidad financiera de los operadores por parte de las autoridades competentes, la promoción de un mejor análisis de riesgos de los operadores y un enfoque gradual en la introducción de la garantía financiera comenzando por las actividades más arriesgadas. Asimismo, los grandes accidentes y las pérdidas de recursos a gran escala, así como la insolvencia y la quiebra de empresas, siguen siendo un problema para las garantías financieras».

Ahora bien, pese a la visión de la Comisión, el Parlamento Europeo en el apartado 29 de su Resolución sobre la aplicación de la DRM, pide a la Comisión que introduzca una «garantía financiera obligatoria», por ejemplo un seguro de responsabilidad medioambiental obligatorio para operadores, y que desarrolle un método armonizado a escala de la Unión para el cálculo de los umbrales máximos de responsabilidad, teniendo en cuenta las características de cada actividad y su entorno; pide además a la Comisión que analice la posibilidad de crear un fondo europeo⁴⁴ para la protección del medio ambiente frente a los daños causados por las actividades industriales contempladas en la DRM⁴⁵, sin socavar el principio de «quien contamina paga», en relación con el riesgo de insolvencia y solo en aquellos casos en que no respondan los mercados de garantía financiera; y considera que lo

⁴⁴ La LRM regula dos fondos, en primer lugar, el «Fondo de Compensación de Daños Medioambientales», administrado y gestionado por el Consorcio de Compensación de Seguros (de forma independiente financiera y contablemente respecto del resto de las actividades que realiza), el cual se nutre de las aportaciones de los operadores que contraten un seguro en garantía de responsabilidad medioambiental, mediante un recargo sobre la prima (art. 33.1 LRM) y responde cuando los daños causados durante la vigencia de la póliza se manifiesten o reclamen una vez vencida ésta. Y, en segundo lugar, la Ley crea el «Fondo Estatal para la reparación de Daños Medioambientales», (art. 34 LRM) el cual se encarga de reparar los daños causados a determinados bienes de dominio público de titularidad Estatal, únicamente cuando el operador no esté obligado a correr con los costes de la adopción de las medidas de prevención, evitación y reparación por no ser el daño ambiental «antijurídico» (supuestos del artículo 14.2 de la LRM).

⁴⁵ En lo que respecta a esta posibilidad, véase el documento publicado por la Comisión el 17 de abril de 2013, titulado «Study to explore the feasibility of creating a fund to cover environmental liability and losses occurring from industrial accidents».

mismo debería aplicarse en los casos de accidentes a gran escala, cuando resulte imposible identificar al operador responsable de los daños». En efecto, no cabe duda, como afirma LOZANO CUTANDA, que «todo sistema de responsabilidad objetiva requiere que se aplique un sistema de aseguramiento de los daños para evitar los supuestos de insolvencia y, además, la propia valoración por las empresas de los riesgos ambientales de su actividad para cuantificar la póliza de seguro u otro medio de aseguramiento, constituye ya, de por sí, una de las mayores ventajas ambientales que puede tener la implantación del sistema»⁴⁶.

En cualquier caso, por el momento, en tanto en cuanto pueda llegar una garantía financiera armonizada a nivel europeo, el régimen de responsabilidad medioambiental instaurado en España por la LRM en 2007, que se desmarcó de la mayoría países de la Unión Europea (solo 7 Estados miembros más prevén en sus leyes de transposición de la Directiva las garantías obligatorias⁴⁷) introduciendo la obligación de constituir garantía financiera a los operadores de «aquellas actividades de mayor riesgo» (inicialmente todas las del Anexo III) requiere, en coherencia con el espíritu original de la norma plasmado en el apartado V de su preámbulo, y con los propios razonamientos de las reformas del régimen (eximir únicamente las actividades que tengan bajo riesgo de producir daños) que en 2020 se modifique el Real Decreto 183/2015 y se amplíe el listado de actividades sometidas a la obligación, al menos, respecto de aquellas que han demostrado ser las más peligrosas al haber ocasionado un número mayor de incidentes. Además, una vez ampliado, en su caso, dicho listado de actividades, deberán modificarse las Órdenes Ministeriales de 2017 y 2019 para incluirlas en los calendarios, lo que, presumiblemente, atendiendo a la «gradualidad de la implantación de las garantías financieras» conllevará un nuevo plazo de demora para su exigencia, de previsiblemente, y de acuerdo con los precedentes sentados, dos años desde que se apruebe su exigencia.

En tercer lugar, en cuanto a las dificultades que entraña la determinación de la significatividad del daño para que la LRM pueda ser aplicada, deberá modificarse cuanto antes el Reglamento de desarrollo de la LRM e incluirse como criterio para determinar la significatividad del daño ambiental el «principio de precaución». En efecto, parece muy poco razonable que un criterio

⁴⁶ LOZANO CUTANDA, Blanca y ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz, *Administración y Legislación Ambiental*, 10ª edición, Dykinson, Madrid, 2018, pág. 239.

⁴⁷ Bulgaria, Portugal, Grecia, Hungría, Eslovaquia, Chequia y Rumanía.

que permite aplicar la LRM con mayor facilidad y menor coste, pero sobre todo, con un mayor éxito, figure únicamente en un informe publicado en un portal web escondido tras varios enlaces. En cualquier caso, esperamos que la Comisión atienda también a la solicitud planteada por el Parlamento Europeo en el apartado 25 de su Resolución de 26 de octubre de 2017, sobre la aplicación de la DRM, a efectos de que «aclare, defina y detalle del modo apropiado el concepto de *umbral de importancia relativa* y que evalúe la aplicación de umbrales máximos de responsabilidad diferenciados por actividades, con el fin de lograr una aplicación homogénea y uniforme de la DRM en todos los Estados miembros».

Por último, pero no por ello menos importante, este estudio ha dejado constancia en base a los datos obrante en los informes publicados por el MITECO sobre la aplicación de la LRM que una parte esencial de la misma, «la aplicación de las medidas de reparación» no se ha entendido o no se está aplicando correctamente, resulta inadmisibile que, en su caso, que los recursos naturales que no hayan podido ser devueltos a su estado anterior no se reparen a través de medidas complementarias, la gran baza de esta ley, y que permite recuperar *in natura* el «equilibrio ambiental alterado». Pero igual de grave es que no se haya compensado en ningún caso la privación de los servicios ambientales que produce el daño, a través de acciones positivas al medioambiente (medidas compensatorias).

En definitiva, como dijera MARTÍN MATEO, «el medio ambiente se compone de recursos que son finitos, en consecuencia, del mismo modo que cuando se nos rompe una cosa que no podemos cambiar la reparamos, por ejemplo, un coche antiguo que ya no se fabrica, con el mismo mimo hay que tratar a los recursos naturales, no hay más que los que son, se deben conservar y cuando se dañan, se han de reparar, por quien los agredió». Tenemos la herramienta para conseguirlo, la LRM, la experiencia para hacerlo y la forma de obtener los medios para lograrlo (garantías financieras, los fondos, etc.). Solo se trata de hacer las cosas bien.

4. BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN CASTELLANOS, José M. *Instrumentos para la efectividad del régimen de la responsabilidad medioambiental*. Cizur menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

- Fauna Exótica Invasora. Madrid: Reus, 2019.
 - Responsabilidad Medioambiental: ¿Exigir garantías financieras en tiempos de crisis?. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 7, n. 1, 2016.
- CARREÑO ÁLVAREZ, Santiago M. La evolución regresiva de la política y el Derecho ambiental en España. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n. 41, 2018.
- CONDE ANTEQUERA, Jesús. La compensación de impactos ambientales mediante adquisición de créditos de conservación: ¿una nueva fórmula de prevención o un mecanismo de flexibilización del régimen de evaluación ambiental?. *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 99-100, mayo-diciembre 2014.
- COSACK, Tilman; ENDERS, Rainald. Das Umweltschadensgesetz im System des Umweltrechts. *Das Deutsche Verwaltungsblatt (DVBl)*, n. 7, 2008.
- GARCÍA AMEZ, Javier. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Cizur menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- JORDANO FRAGA, Jesús. *La protección del derecho a un medioambiente adecuado*. Barcelona: Bosch, 1995.
- Responsabilidad por daños al medio ambiente. En: ESTEVE PARDO, José (Coord.). *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno local, 2006.
 - El futuro del Derecho ambiental. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n. 23, 2012,
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando, El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en el Derecho Español. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n. 20, 2011.
- LOZANO CUTANDA Blanca. Garantía financiera obligatoria en materia de responsabilidad medioambiental: novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 8/2011. *Gómez-Acebo & Pombo*, noticias breves, agosto 2011.
- ; POVEDA GÓMEZ, Pedro. Ley 11/2014, de 3 de julio, de modificación de la Ley 26/2007, de Responsabilidad Medioambiental: análisis de sus novedades. *Gómez-Acebo & Pombo*, julio 2014.
 - Orden TEC/1023/2019: se fija la fecha de la garantía financiera de la responsabilidad medioambiental para actividades con nivel de prioridad 3. *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 95, noviembre 2019, pp. 564-57. Disponible en: http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2012/01/2019_11_Recopilatorio_95_AJA_Noviembre.pdf#page=56 (Fecha de último acceso 30-04-2020).

– ; ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz. *Administración y Legislación Ambiental*, 10ª edición. Madrid: Dykinson, 2018.

MARTÍN MATEO, Ramón. Avances en la efectividad de la responsabilidad ambiental. En: MORENO MARTÍNEZ, Juan A. (Coord.). *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el nuevo milenio*. Madrid: Dykinson, 2000.

– *Tratado de Derecho Ambiental*, tomo IV. Madrid: Edisofer, 2003.

SORO MATEO, Blanca. Construyendo el principio de precaución. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 49-50, 2017.

VALENCIA MARTÍN, Germán. La responsabilidad medioambiental. *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 25, 2010.