

# ÚLTIMOS AVANCES EN LA APLICACIÓN DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL

JOSÉ MIGUEL BELTRÁN CASTELLANOS

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. CUMPLIENDO CON EL DEBER DE INFORMACIÓN.– III. EL POSIBLE FUTURO DE LAS GARANTÍAS FINANCIERAS.– IV. LA COMPLEJA TAREA DE DETERMINACIÓN DE LA SIGNIFICATIVIDAD DEL DAÑO AMBIENTAL: 1. El procedimiento para su evaluación. 2. La significatividad en el proyecto de reparación del daño.– V. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. LAS SENTENCIAS DICTADAS EN 2018: 1. Sobre la aplicación del requisito de actividad económica y el nexa causal. 2. La independencia de la responsabilidad medioambiental respecto de las infracciones administrativas.– VI. VALORACIÓN FINAL. LOS AVANCES Y LAS INCERTIDUMBRES EN LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL.– VII. BIBLIOGRAFÍA.*

*RESUMEN:* Se analizan en este trabajo los últimos informes y documentos publicados en 2018 por el MITECO sobre la aplicación de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, centrándonos en dos aspectos fundamentales del régimen, las garantías financieras y los criterios y el procedimiento para la determinación de la significatividad del daño ambiental. Asimismo, se estudian las sentencias dictadas por nuestros tribunales en esta materia durante el año 2018.

*Palabras clave:* responsabilidad medioambiental; garantías financieras; daños significativos; principio de precaución.

*ABSTRACT:* This paper tackles the latest reports and documents published in 2018 by MITECO about the application of Law 26/2007, of 23 October, of Environmental Liability, and focuses on two fundamental aspects of the regime: financial guarantees, and the criteria and the procedure for determining significant adverse effects of environmental damage. Moreover, this contribution analyses the judgments handed down by our courts in this matter during the year 2018.

*Key words:* environmental liability; financial guarantees; significant damage; precautionary principle.

## I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, con el cambio de Gobierno producido en 2018 se han creado dos Ministerios con competencias ambientales, mediante la aprobación del Real Decreto 355/2018, de 6 de junio, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales. En primer lugar, el «Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación», al que le corresponde la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia de recursos agrícolas, ganaderos y pesqueros, de industria agroalimentaria, de desarrollo rural y de alimentación (art. 11) y, en segundo lugar, «el Ministerio para la Transición Ecológica» (MITECO), encargado de la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia de energía y medio ambiente para la transición a un modelo productivo y social más ecológico (art. 14). En concreto, el «nuevo» portal web del MITECO se ha actualizado en algunos aspectos, entre ellos, respecto de la información que suministra sobre el régimen que regula la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (LRM). En base a la misma, abordaremos en el presente trabajo dos de los aspectos cruciales en materia de responsabilidad ambiental, la posible futura regulación de las garantías financieras y la compleja tarea de la determinación de la significatividad del daño.

Por otro lado, uno de los inconvenientes que siempre han envuelto a la investigación sobre la responsabilidad medioambiental, era y sigue siendo, la escasa jurisprudencia que nuestros tribunales dictan en aplicación del régimen. Las razones pueden ser varias, quizás la reparación de los daños se lleva, por lo general, a buen término a través del procedimiento de exigencia de responsabilidad medioambiental en vía administrativa y no trascienden al plano judicial o quizás no se han producido aún daños ambientales de suficiente entidad para aplicar el régimen. Sin embargo, enlazando con lo expuesto anteriormente respecto de la información publicada por el MITECO en aplicación de la LRM, ahora sabemos con certeza que desde que se aprobó la Ley se han producido 34 casos de aplicación de la misma y que 7 de éstos llegaron a los tribunales de lo contencioso hasta el año 2017 (en una relación de elaboración propia: 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). En este trabajo analizaremos algunas sentencias relacionadas con la responsabilidad medioambiental resueltas en 2018.

## II. CUMPLIENDO CON EL DEBER DE INFORMACIÓN

Hasta 2018, la información disponible para su consulta por los operadores económicos, principales destinatarios de las obligaciones que impone la LRM (art. 2.10), así como por el público en general, era escasa. No podemos decir que fuera inexistente, pues constaba información realmente relevante, como los análisis de riesgos medioambientales sectoriales desarrollados por la Dirección General de Biodiversidad y Calidad Ambiental, así como otros documentos de interés asociados, por ejemplo, el útil «Modelo de Oferta de Responsabilidad Medioambiental» —MORA— (vid. al respecto, BELTRÁN CASTELLANOS, 2018: pp. 219 y ss.).

Sin embargo, en relación con las obligaciones de información que establece la Ley (arts. 9.1, 17.4, 19.2) y su Reglamento de desarrollo parcial (art. 4), aprobado por el Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre y modificado por el Real Decreto 183/2015, de 13 de marzo, y que consisten, a grandes rasgos, en 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 actuar por sí misma o controlar la correcta aplicación de las medidas de prevención, evitación de nuevos daños y reparación; debemos advertir que el Reglamento también establece obligaciones de información para la Administración, de forma que el MITECO 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», prácticamente desconocidos hasta fechas muy recientes.

Pues bien, si accedemos al apartado de responsabilidad medioambiental de la Dirección de Calidad y Evaluación Ambiental del portal web del MITECO, encontraremos un «reciente» apartado denominado «Informes de aplicación de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, y exigencia de responsabilidad medioambiental», elaborados por la citada Dirección. Estos informes vienen a suplir la aludida falta de información respecto de la «escasa de aplicación del régimen» desde que éste entrase en vigor hace ya más de diez años y que nos permite arrojar algo de luz sobre algunos de los aspectos más controvertidos en la materia, como son la deslegalización de las garantías financieras y los criterios para la determinación de la significatividad del daño ambiental.

### III. EL POSIBLE FUTURO DE LAS GARANTÍAS FINANCIERAS

Si se accede a los referidos informes dictados en aplicación de la LRM del portal web del MITECO se encontrará, 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 2014 se iniciaron doce casos de responsabilidad medioambiental, tramitados por las Comunidades Autónomas de Cataluña, Andalucía, Galicia, Madrid, Extremadura y Canarias, y que los daños se causaron 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.

Más interés reviste aún el segundo de los informes disponibles, 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. Éste incluye una relación de los casos de daños medioambientales ocurridos entre los años 2013 y 2017. En concreto, en estos años se han producido veintidós casos de responsabilidad medioambiental 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.

Más allá de estos interesantes datos, estos informes y, particularmente el segundo, abordan, entre otras, 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 8/2011, de 1 de julio y la Ley 11/2014, de 3 de julio, así como por el Real Decreto 183/2015, de 13 de marzo, 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 lo establecido en el 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 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 (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 LRM, únicamente, en el caso del primero y del decimocuarto se mantiene la obligación. 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 accidentalidad, como puso de manifiesto el Dictamen del Consejo de Estado de 11 de diciembre de 2014. 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 en los más de diez años de vigencia del régimen. 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 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 marte 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 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, [no olvidemos que la exigencia «real» de constituir garantías financieras obligatorias para las actividades IPPC (actividades clasificadas con nivel de prioridad 1) está en vigor desde el 31 de octubre de 2018, tal y como dispone la Orden APM/1040/2017, de 23 de octubre], 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).

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, 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.

Además, estos datos nos invitan a formular tres importantes reflexiones. En primer lugar, 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 futuras (*vid.* LÓPEZ RAMÓN, 2011: pp. 13-27), y que implica la prohibición del retroceso en la protección ambiental como consecuencia de la lucha de intereses (el coste o gravamen para los operadores de constituir una garantía financiera para poder ejercer su actividad *versus* la protección ambiental), y que tiene su última justificación en el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado ex art. 45 CE (sobre las regresiones en el

Derecho ambiental en los últimos años *vid.* CARREÑO ÁLVAREZ (2018a: pp. 31-49 y 2018b: pp. 15-39), 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.

En segundo lugar, debemos destacar que la práctica totalidad de estos datos 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 en los puntos 1º y 14º del Anexo III, y aún así se optó por la exención en la obligación de las restantes, cuando realmente «no presentan un bajo riesgo de producir daños» como justifica expresamente el RD 183/2015.

Y en tercer 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).

En definitiva, 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 obligatorias) introduciendo la obligación de constituir garantía financiera a los operadores de «aquellas actividades de mayor riesgo» 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, en los términos aludidos.

#### **IV. LA COMPLEJA TAREA DE DETERMINACIÓN DE LA SIGNIFICATIVIDAD DEL DAÑO AMBIENTAL**

La Dirección General de Biodiversidad y Calidad Ambiental ha publicado en el portal web del MITECO, en junio de 2018, dos documentos de sumo

interés, en primer lugar, el «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, el 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.

Uno de los aspectos «oscuros» y más complejos del régimen de la responsabilidad medioambiental es la determinación de la «significatividad del daño». 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 estar en presencia de amenazas de daños o de daños propiamente dichos que produzcan «efectos adversos significativos» sobre los recursos naturales señalados. El objetivo es analizar si los últimos documentos publicados por la citada Dirección General ayudan al operador, o en su caso, a la Administración, en esta compleja obligación prevista en el artículo 2.1.a) y el Anexo I de la LRM y desarrollada por su Reglamento.

## **1. El procedimiento para su evaluación**

Como se ha anticipado, el procedimiento para la determinación de la significatividad del daño ambiental está regulado en el Reglamento de desarrollo parcial de la LRM, en sus artículos 15 a 18, y es un factor básico a la hora de declarar la exigencia de la responsabilidad medioambiental, constituyéndose como un aspecto esencial en la tramitación del correspondiente expediente administrativo de exigencia de responsabilidad. En este sentido, como advierte el Documento estructura y contenidos, la evaluación de la significatividad de los daños «es el elemento clave que permite la aplicación del régimen de responsabilidad medioambiental». 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, como advierte el citado Documento, 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». En estos casos, 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 suficientes para que creer que sea así (*reasonable belief* o «duda razonable»).

Si por el contrario, como precisa el Protocolo, el daño o la amenaza de daño no se consideran significativos, deberá aplicarse, en todo caso, la normativa sectorial correspondiente (ésta es, en el caso de las aguas, el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas, el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (RDPH), aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, y la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de Protección del Medio Marino; en el caso de la biodiversidad, la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (LPNB); y respecto de los suelos, la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados (LRSC), y el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados). Todo ello, sin perjuicio de que la LRM permite la aplicación de las normas sectoriales para alcanzar la reparación, siempre que los resultados respecto a la reparación del recurso dañado sean los mismos (art.6.3). En este sentido, por ejemplo, podemos traer a colación la SAN de 24 de mayo de 2018, donde la Sala advierte que «conforme a lo dispuesto en el artículo 6.3 de la Ley 26/2007, al que se remite el artículo 323 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico (...) eso es lo que ha sucedido en el caso de autos mediante la aplicación por la resolución impugnada de la normativa sectorial de aguas, habiéndose conseguido dicha reparación mediante la indemnización de los daños causados ex artículo 323.1 del RDPH» (FJ 2º).

Ahora bien, debemos precisar que la legislación sectorial, por regla general, se remite a la LRM para la reparación de los daños ambientales (por ejemplo, los arts. 54.2 LRSC o 79.2 LPNB), y que, no procediendo la aplicación de ésta (por no ser el daño significativo), admiten que se indemnicen los daños y perjuicios que no puedan ser reparados, lo que rebaja el nivel de protección establecido por la LRM, pues en base a la misma y como sostiene VALENCIA MARTÍN (2010: p. 12), «el daño ambiental sólo admite, en efecto, tres formas de reparación (o una combinación de las mismas), que son todas ellas formas de reparación in natura (Anexo II LRM)», de modo que ante la imposibilidad

de una reparación primaria, procedería la complementaria, no cabiendo, en ningún caso, la mera indemnización sustitutoria.

Por otro lado, en cuanto al momento de la evaluación de la significatividad, ésta puede realizarse tanto con carácter previo al inicio del procedimiento de 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. A estos efectos, la autoridad competente responsable de la instrucción del procedimiento solicitará los informes necesarios a otros organismos competentes, con el objetivo de recabar información para facilitar la determinación de la significatividad, para lo cual se utilizará el formulario «Modelo SI» (disponible en el portal web del MITECO).

Asimismo, en base a la información que proporciona el Protocolo podemos extraer una serie de pautas sobre cómo determinar la significatividad en relación con las fases del daño. De este modo:

a) «En la fase de prevención», ante la aparición de una amenaza inminente de daño, se deberá evaluar, con la información disponible, y aplicando el principio de precaución, la significatividad del daño medioambiental que dicha amenaza pudiera causar. Esta obligación recae en primera instancia en el operador, sin perjuicio de las potestades de la autoridad competente de actuar. Así, la obligatoria comunicación por parte del operador a la autoridad competente de la existencia de una amenaza inminente de daño significativo (a estos efectos el propio MITECO ha puesto a disposición de los operadores en su página web el Modelo C1 de formulario para llevar a cabo dicha comunicación) implicará, directamente, la solicitud por parte del operador de que se inicie un expediente de exigencia de responsabilidad medioambiental. Además, si el operador no aplica las medidas de prevención o las aplica de forma deficiente, podrán ser adoptadas por la Administración mediante actuación directa, para que el daño ambiental no llegue a producirse.

b) «En la fase de evitación de nuevos daños». Una vez se ha constatado la existencia del daño, esta fase exige que se siga evaluando si el daño ocasionado es significativo, aplicando de nuevo el principio de precaución. En caso de que se determine que no es significativo, se podrá recurrir a la legislación sectorial para la gestión y reparación del mismo, mientras que si el daño es declarado significativo la Administración podrá ejecutar, mediante actuación directa, las medidas de evitación de nuevos daños necesarias en el caso de que el operador no las adopte por sí mismo.

c) «En la fase de reparación». Como declara el Protocolo, esta fase sigue de nuevo el esquema apuntado en las anteriores fases respecto a la evaluación de la significatividad y añade que «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 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).

Además, respecto de las medidas compensatorias, tal y como precisa el MORA (documento metodológico, p. 40) se prevé que existan o puedan existir siempre (salvo que la reparación surta efectos inmediatos), 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 ROCASALVA (2018: pp. 255-256), «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».

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 tampoco se han 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 como, en algunos casos, las medidas de reparación primaria tardaron hasta 5 años en ejecutarse completamente (casos 16 y 33) lo que revela una incorrecta aplicación en la práctica de los criterios de reparación del daño que estipula el Anexo II de la Ley.

## **2. La significatividad en el proyecto de reparación del daño**

El artículo 20 de la LRM regula el contenido de la obligación de reparar. En base al mismo, en primer lugar, el operador, sin demora y sin necesidad de advertencia, de requerimiento o de acto administrativo previo 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, informando a la autoridad competente de las medidas adoptadas. Y, en segundo lugar, someterá a la aprobación de la autoridad competente una propuesta de medidas reparadoras de los daños medioambientales causados, elaborada conforme a lo previsto en el Anexo II, tal y como dispone el artículo 20 del Reglamento. Se trata del documento donde se reflejará tanto la situación creada por el daño que se trata de prevenir, evitar o reparar, como las medidas que se deban adoptar para el correcto restablecimiento del medio ambiente (GUERRERO ZAPLANA, 2010: p. 149).

Como aclara el Documento estructura y contenidos, la redacción de un proyecto de reparación de daños medioambientales exige que éstos hayan sido considerados como significativos. Como ya se ha reflejado, la evaluación de la significatividad es realizada en primer término por el operador y en el proyecto de reparación 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. Debe recordarse, además, que el propósito de la metodología para determinar las medidas de reparación que establece la Ley, en la que se enmarcaría la evaluación de la significatividad del daño, es conseguir una relación de proporcionalidad entre la magnitud del daño medioambiental y el alcance de las medidas de reparación (primaria, compensatoria y/o complementaria) correspondientes.

A tenor de lo anterior, el Documento estructura y contenidos expone los criterios que pueden utilizarse para evaluar la significatividad del daño. De este modo y, en primer lugar, 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 y, aunque el Reglamento no lo prevea, ocasionado por un incendio tal y como admite expresamente el MORA, documento metodológico, p. 28), 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 a 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.

Una vez considerados estos aspectos, y a fin de evaluar la significatividad del daño, se procederá a utilizar los criterios que establecen los artículos 16 a 18 del Reglamento, por referencia al recurso natural afectado, en línea con las definiciones del artículo 2 de la LRM. Sin embargo, debemos detenernos en hacer unas consideraciones previas sobre estos preceptos. En primer lugar, que el Documento estructura y contenidos aclara que el artículo 17 no tiene en realidad por objeto la evaluación de la significatividad por agente químico, sino que «debe entenderse, exclusivamente, como un elemento a tener en cuenta en la determinación de la intensidad del daño, conforme a lo establecido en el artículo 13 de la citada norma» que, como se ha descrito, es una de las tareas que es necesario llevar a cabo, junto con la extensión y la escala temporal del daño, para realizar la cuantificación del daño medioambiental prevista en el artículo 11 del Reglamento. Y, en segundo lugar, que el artículo 18 del Reglamento establece los criterios para la determinación de la significatividad de los daños a las aguas y el suelo cuando no resulta posible su determinación con arreglo al artículo 16, o en el caso de que la contaminación se produzca en un suelo que se encuentre contaminado antes de que se produzca el daño medioambiental. Se trata, por tanto, de una «cláusula de flexibilidad» (BELTRÁN CASTELLANOS, 2018: p. 154), que prevé la posibilidad de medir la significatividad por referencia a los efectos que el daño ocasione a las especies silvestres que habitan en el agua y en el suelo (GUERRERO ZAPLANA, 2010: p. 136).

Todo ello sin olvidar que el artículo 15.3 del Reglamento señala, en consonancia con el Anexo I de la LRM, que si los daños tienen efectos demostrados en la salud humana, siempre se considerarán como significativos. 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». En este sentido, como apuntan COSACK y ENDERS (2008: p. 10), «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».

Precisadas estas cuestiones y entrando ya en el análisis del citado artículo 16 del Reglamento, éste consta de cuatro puntos, en los que se indica el criterio o criterios específicos de significatividad para especies silvestres y hábitats, aguas, suelo y ribera del mar y de las rías, respectivamente. Por ello, en el Documento estructura y contenidos se analizan dichos criterios específicos para evaluar la significatividad del daño por referencia a los distintos recursos naturales incluidos en el ámbito de aplicación de la LRM. Estos son:

a) 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 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.

b) Por lo que respecta a «las aguas», más allá del concepto de daño a este recurso natural que establece el artículo 2.1.b) de la LRM, el artículo 16.2 de su Reglamento dispone que los daños 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 afección, 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» (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).

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 que el Documento estructura y contenidos precisa 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 (y que se refiere a la que hemos denominado como «cláusula de flexibilidad»), 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.

Respecto a «las aguas marinas», el daño será significativo cuando afecte al buen estado ambiental de dichas aguas, tal y como se define en el artículo 9.1 de la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de Protección de Medio Marino: «aquel en el que éste da lugar a océanos y mares ecológicamente diversos y dinámicos, limpios, sanos y productivos en el contexto de sus condiciones intrínsecas, y en el que la utilización del medio marino sea sostenible, quedando así protegido su potencial de usos, actividades y recursos por parte de las generaciones actuales y futuras». Ahora bien, como precisa el Documento estructura y contenidos, si la evaluación de los daños a las aguas marinas está ya cubierta por la evaluación de la significatividad del daño para aguas superficiales, en el caso de aguas costeras, no será necesario realizar una evaluación adicional. En caso contrario, en coherencia con el criterio aplicado para las aguas superficiales y subterráneas, se considerará que un daño a las aguas marinas será significativo siempre que produzca un cambio en la clasificación del estado de dichas aguas.

c) Y en cuanto al «suelo», el artículo 16.3 del Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre, recoge los criterios de significatividad, de forma que «los daños ocasionados al suelo serán significativos si el receptor experimenta un efecto adverso que genere riesgos para la salud humana o para el medio ambiente, de manera que aquél pueda ser calificado como suelo contaminado en los términos establecidos en el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados».

De esta forma, la significatividad del daño al recurso suelo se determina recurriendo a la legislación sectorial, pues el citado Real Decreto 9/2005 establece unos niveles genéricos de referencia, relativos a protección de la salud humana o de los ecosistemas, cuya superación activa el procedimiento de declaración del suelo como contaminado. Por tanto, cuando un suelo es declarado como contaminado atendiendo a esta legislación sectorial, el daño medioambiental ocasionado se considera significativo en términos de la normativa sobre responsabilidad medioambiental.

d) Por último, respecto de la «ribera del mar y de las rías», el artículo 16.4 del Reglamento referencia la significatividad del daño a la del resto de los recursos naturales contemplados por la LRM: «los daños ocasionados a las riberas del mar y de las rías serán significativos en la medida en que lo sean los daños experimentados por las aguas, por el suelo o por las especies silvestres y los hábitats, de conformidad con lo establecido en los apartados anteriores». De este modo, la LRM y el Reglamento consideran al recurso ribera del mar y de las rías como una suma del resto de recursos considerados por la normativa sobre responsabilidad medioambiental. Por tanto, el daño será significativo si el daño a las aguas, al suelo, a las especies y/o a los hábitats (colindantes o próximos) resulta significativo, recurriendo a los criterios arriba expresados.

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, por ejemplo. 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, siendo también muy 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.

## **V. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. LAS SENTENCIAS DICTADAS EN 2018**

En 2018 se han dictado algunas sentencias relacionadas con la aplicación del régimen de la responsabilidad medioambiental que regulan la LRM y su Reglamento de desarrollo parcial, así como la normativa sectorial correspondiente. Las mismas inciden sobre dos aspectos esenciales del régimen, el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, por un lado, y la independencia de la exigencia de responsabilidad respecto de las infracciones administrativas, por otro.

### **1. Sobre la aplicación del requisito de actividad económica y el nexa causal**

La LRM, al fijar su ámbito de aplicación subjetivo, dispone que regula la responsabilidad de los operadores (art. 1) y que se aplica a los daños

medioambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran, cuando hayan sido causados por las actividades económicas o profesionales (art. 3), que define como «toda aquella 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» (art. 2.11). De este modo, la Ley contiene un concepto amplio de actividad económica o profesional, que favorece su aplicación a prácticamente cualquier agente económico, aunque exige, en todo caso, que el daño se cause en el ejercicio de su actividad, como expresamente declarase ya la SAN de 19 de julio de 2016 y que ahora confirma el Tribunal Supremo.

Nos referimos a la STS núm. 145/2018, de 1 de febrero, que tiene por objeto el recurso de casación núm. 95/2017, formulado por el Ayuntamiento de Cabrera del Mar contra la citada SAN de 19 de julio de 2016, que resuelve a su vez la desestimación presunta del Ministerio de Medio Ambiente, la Generalitat de Catalunya y el Consorcio Puerto de Mataró, de las solicitudes formuladas sobre responsabilidad medioambiental.

Exponiendo sucintamente los hechos, el citado Ayuntamiento presentó reclamación de responsabilidad por la desaparición constante y progresiva de la playa de Cabrera del Mar, atribuyéndola al gestor del Puerto de Mataró, pues sostiene que la erosión viene originada por la construcción del propio puerto que ha interrumpido el transporte natural de sedimentos que forman la playa. Dice el Tribunal que la Ley establece «un concepto muy amplio» de operador, ya que incluye no sólo al que directamente desarrolla una actividad económica o profesional, sino al que la controla, «lo que amplía notablemente el círculo de personas que en una primera instancia son los que desarrollan una actividad». Sin embargo, añade que «el daño que invoca la recurrente no deriva realmente de la actividad que desarrolla el Puerto, que consiste básicamente en la gestión y explotación de la actividad portuaria, sino que se identifica con la propia existencia del Puerto, por lo que derivaría del mismo en cuanto a infraestructura, a raíz de su construcción situada entre 1988 y 1991». De este modo, incluso si el Puerto no tuviera ninguna actividad, también se produciría el daño alegado, lo que no se encuentra previsto en la LRM, pues «dicha Ley exige que el daño sea causado por la actividad del operador» (FJ 5º). Por tanto, «no se aprecia la necesaria relación de causalidad entre la actividad económica y profesional y el presunto daño» (FJ 7º) y además, en cualquier caso, si tal relación pudiera establecerse, «no conviene olvidar que dada la fecha en la que se llevó a cabo tal construcción, no resultaría aplicable *rationes temporis*, la LRM por aplicación de lo dispuesto en su Disposición transitoria única» (FJ 8º) pues, en efecto, la construcción se realizó mucho antes del 30 de abril de 2007. Aunque no lo precise la Sentencia, cuestión distinta sería que el daño fuese causado por la actividad de la instalación y no por la construcción, donde el límite temporal no operaría al seguir produciéndose

los daños en la actualidad [por aplicación, *sensu contrario*, de la letra b) del apartado primero de la disposición transitoria única de la Ley].

Por lo demás, la actora, quizás consciente de lo anterior, como precisa el Tribunal, alega también que el Consorcio del Puerto tiene la mismas obligaciones que le fueron impuestas en su momento al gestor inicial por razón del artículo 13.2.c) de la LRM (que prevé como responsables subsidiarios de los deberes impuestos en esta ley a los que sucedan por cualquier concepto al responsable en la titularidad o en el ejercicio de la actividad causante del daño), de manera que el daño medioambiental vendría provocado realmente porque no se han tomado medidas para paliar los efectos de la existencia del Puerto. No obstante, esta argumentación también es rechazada por la Sala, pues entiende que estas medidas (cuando además la propia actora reconoce que el Consorcio ha realizado algunas actuaciones paliativas y trata de encuadrarlas como parte de la actividad económica), «vienen exigidas por la concesión otorgada y no por la actividad realizada o desarrollada por el Puerto». En este sentido y como argumenta la Generalitat, «se intenta traer a un supuesto de una presunta responsabilidad medioambiental cuestiones ajenas a este marco jurídico y que deberían plantearse a través de otras acciones si lo que se pretende defender es un presunto incumplimiento de obligaciones concesionales, que es un tema ajeno al daño medioambiental causado por una actividad económica o profesional a que se refiere el artículo 2.1 de la LRM» (FJ 5º).

Termina la Sala valorando la prueba practicada para concluir que «no resulta acreditado que la regresión de la playa de Cabrera del Mar se deba solo al puerto de Mataró, sino que obedece a múltiples causas, habiéndose constatado ya erosión de las mismas antes de la construcción del puerto». Es decir, se reconoce que la situación regresiva de las playas de Cabrera del Mar se inicia antes de la construcción del citado Puerto. No obstante, ello no resulta, a mi entender, exonerador de responsabilidad, poco importa que el daño hubiera comenzado a producirse previamente o por otras causas, sino que lo relevante en el caso enjuiciado es que el operador (el citado Puerto) en el ejercicio de su actividad económica cause o contribuya al daño medioambiental, y que se pueda apreciar un nexo causal entre tales extremos, lo que no ha sucedido, por lo que, en este caso y atendiendo a los propios razonamientos previos del Tribunal, no es posible imputar responsabilidad medioambiental al gestor del puerto.

## **2. La independencia de la responsabilidad medioambiental respecto de las infracciones administrativas**

Como sostiene HERNADEZ SENDÍN (2001: p. 9) existe toda una jurisprudencia, que no sólo viene a diferenciar entre «acto sancionador» (basado

en la idea de culpabilidad) y «acto restaurador», sino que además afirma la independencia de la reparación respecto a la sanción, de forma que aun no procediendo la sanción por no ser ilícita la conducta, es factible la imposición ejecutoria de la reparación (STS de 7 de noviembre de 1985, STS de 10 de febrero de 1989, o la STS de 19 de febrero de 1992 que recalca que «la reparación de daños —a diferencia de la sanción— es independiente de la licitud o ilicitud de la conducta»). Asimismo, como advierte VALENCIA MARTÍN (2005: p. 124) «la separación entre ambas clases de responsabilidades tiene varias implicaciones, la más frecuentemente abordada por la jurisprudencia es que la prescripción de la infracción no impide *per se* la exigencia por la Administración de las responsabilidades pertinentes (por ejemplo, las Sentencias del TS de 21 de febrero de 2000, FJ 4º, o de 29 de noviembre de 2001, FJ 4º)».

En este sentido, dispone el artículo 6.1 de la LRM que «la responsabilidad establecida en esta ley será compatible con las penas o sanciones administrativas que proceda imponer por los mismos hechos que hubieran originado aquélla». Además, precisa el artículo 36.4 que «la tramitación de un procedimiento sancionador por las infracciones reguladas en este capítulo no postergará la exigencia de las obligaciones de adopción de medidas de prevención, de evitación de nuevos daños o de reparación previstas en esta ley, que serán independientes de la sanción que, en su caso, se imponga» siendo, por tanto, independientes la infracción del deber de restaurar.

Como explica el TC en Auto de 16 de julio de 2012, respecto de la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el citado artículo 36.4 de la LRM (por vulneración del art. 25.1 de la CE, en un supuesto en que la Generalitat Valenciana había declarado caducado un procedimiento sancionador medioambiental pero había decretado medidas correctoras al amparo del art. 55 de la Ley 11/1994, de Espacios Naturales protegidos de la Comunidad Valenciana), «la reparación de los daños ambientales y las sanciones administrativas constituyen técnicas jurídicas diferentes de tutela ambiental y, como tales, se encuentran sometidas a un régimen jurídico distinto. Distinción que deriva ya de lo dispuesto en el art. 45 CE, el cual, tras reconocer el derecho de los ciudadanos a disfrutar de un medio ambiente adecuado, establece que quienes incumplan la obligación de utilizar racionalmente los recursos naturales y la de conservar la naturaleza estarán obligados a reparar el daño causado con independencia de las sanciones administrativas o penales que también correspondan. Esa distinta consideración de la obligación de restaurar el daño medioambiental, expresión del interés público en la conservación del medio ambiente que consagra el art. 45 CE, se basa en que la misma pretende la adopción de las medidas necesarias para el restablecimiento de la situación indebidamente alterada a consecuencia de una actuación que no se ajusta al orden jurídico y que se ve así infringido y eso con independencia de las

consecuencias punitivas en forma de sanción administrativa que, en su caso, pudieran derivarse».

Asimismo, estos criterios fueron expuestos por el propio TSJ de la Comunitat Valenciana en sus sentencias núm. 1605/2008, de 30 de octubre (rec. 986/2006) y núm. 4/2013, de 8 de enero de 2013 (rec. 6/2011) al señalar que «la diferente naturaleza de ambas figuras se observa claramente en la Ley 26/2007, de responsabilidad medioambiental que, dando un paso más, incluso ha dotado de autonomía a ambas figuras» (FJ 2º).

Varias son las sentencias dictadas en 2018 que siguen reafirmando esta doctrina en relación con los daños causados al suelo. En primer lugar, la Sentencia del TSJ de la Comunitat Valenciana núm. 434/2018, de 16 de febrero de 2018 (rec. 516/2013), por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad «Profu S.L.» contra la Resolución del Director General de Calidad Ambiental de fecha de 1 de octubre de 2013, por la que se acordaba que la citada mercantil procediese a adoptar las medidas correctoras para restablecer el equilibrio medioambiental consistentes en proceder a la limpieza de una parcela de un polígono en el término municipal de Santa Pola retirando todos los residuos allí depositados, fundamentalmente escombros mezclados (hormigón, ladrillos, plásticos, maderas, etc.) que constituyen un deterioro paisajístico y ambiental evidente.

La parte actora solicita en su escrito que se declare la nulidad de la resolución impugnada, sobre la base de no ser la autora de los citados vertidos, ya que entiende que consta acreditado, que los residuos ya se encontraban en la parcela en el momento en que adquirió ésta. Al respecto alega que, la norma aplicable, el artículo 78 de la Ley 10/2000 de 12 de diciembre, de Residuos de la Comunidad Valenciana dispone que «sin perjuicio de la sanción penal o administrativa que se imponga, los infractores estarán obligados a la reposición o restauración de las cosas al ser y estado anterior a la infracción cometida, en la forma y condiciones establecidas por el órgano sancionador». Por tanto, razona que no siéndole imputable la comisión de la infracción que dio en su caso lugar a la existencia del vertido, tampoco puede imputársele la obligación de restaurar y eliminar los efectos nocivos causados, de lo que concluye que no es autora sino víctima.

Por su parte, la Sentencia apelada precisa que la obligación de restaurar no puede entenderse limitada a los infractores, sino que debe estimarse igualmente concerniente a los propietarios poseedores, en base a lo dispuesto en el artículo 71 de la misma norma: «los residuos tendrán siempre un titular responsable, cualidad que corresponderá al productor, poseedor o gestor de los mismos» y, en especial, a lo señalado por el artículo 8.1 de la Ley 10/2004 del Suelo no urbanizable (aplicable *ratione temporis*) conforme al cual «Los propietarios de suelo no urbanizable tienen los siguientes deberes: h) no tole-

rar los vertederos ilegales e incontrolados que existan en los terrenos de su propiedad, colaborando con los poderes públicos en su detección y posterior restauración del medio ambiente perturbado».

A este respecto, declara el TSJ que «víctima o no del vertido, los propietarios de los terrenos tienen, conforme a la norma citada, la carga general de mantener los mismos en el estado adecuado por la responsabilidad que conlleva la correlativa facultad de posesión y disfrute de los mismos, y sin perjuicio de poder en su caso repetir los gastos frente al causante del vertido. Lo que no puede aceptarse es que, acreditada la existencia de un vertido en el terreno poseído por la demandante, pueda ésta eludir su obligación de conservación del mismo y evitación de la existencia de vertidos mediante la simple atribución de responsabilidad al tercero causante del vertido. Tendrá éste la obligación de retirarlo y podrá ser sancionado, sin duda, pero también incumbe al poseedor la obligación mencionada y le puede ser exigida en cualquier momento» (FJ 2º).

En definitiva, es la independencia del hecho infractor respecto de la obligación de reparar, la que permite atribuir a otros sujetos distintos, en este caso, al poseedor de los terrenos, la obligación de reponer el suelo degradado, pues como advierte el Tribunal, «de lo contrario se perpetuarían los vertidos existentes en cualesquiera terrenos en aquellos casos en que el autor de los mismos no pudiera ser identificado o hubieran prescrito las responsabilidades infractoras o de restauración; bastaría así al propietario/poseedor de los terrenos alegar y justificar que no fue en su día el autor de los vertidos para que los mismos quedaran indefinidamente en el lugar, lo que evidentemente no es lógico» (FJ 2º). Por lo demás, no cabe olvidar que la demandante adquirió los terrenos en cuestión cuando ya existían los vertidos, siendo plenamente consciente de los mismos y sin obligar al vendedor a retirarlos previamente, «por lo que en cuanto sucesor en la titularidad jurídica del inmueble y de todo lo que en este se hallare, deviene responsable de los vertidos citados ya que asumió voluntariamente su existencia sobre la finca que adquiría».

En los mismos términos respecto de la responsabilidad de los poseedores de los terrenos, podemos citar la Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 228/2018, de 20 de marzo (rec. 184/2014), que declara que «no acreditada la participación en la contaminación de las dos mercantiles (Gas Natural SDG, SA y La Propagadora del Gas, SA), es lo cierto que el responsable de la descontaminación pasa a ser el propietario y el poseedor de los terrenos», por aplicación del artículo 15 de la Directiva 1991/156, de 18 de marzo y del artículo 19.a), apartado segundo, del Decreto Legislativo 1/2009, de 21 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de los Residuos en Cataluña de (en la redacción temporalmente aplicable al caso), así como, por el artículo 36 de la Ley estatal 22/2011, de 28 de julio, de

Residuos y Suelos Contaminados —LRSC— (de carácter básico en la materia, según su disposición final primera) que establece la obligación de realizar las operaciones de descontaminación y recuperación a cargo de los causantes de la contaminación y, subsidiariamente y por este orden, los propietarios de los suelos contaminados y los poseedores. En el mismo sentido pueden consultarse las sentencias del TSJ de Cataluña núm. 139/2018, de 22 de febrero y núm. 255/2018, de 29 de marzo, con las que comparte objeto del proceso.

En segundo lugar, traemos a colación la Sentencia del TSJ de la Comunitat Valenciana núm. 3472/2018, de 13 de julio (rec. 432/2016), en la que se resuelve el recurso contencioso administrativo interpuesto frente a la resolución del Secretario Autonómico de Medio Ambiente y Cambio Climático de 14 de enero de 2016, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Director General de Medio Natural y Evaluación Ambiental de 2 de noviembre de 2015.

En concreto, tanto la resolución de 2015 como la posterior de 2016 declaran prescrita, de conformidad con lo regulado en el artículo 57 de la Ley 11/1995, de 27 de diciembre, de Espacios Naturales protegidos de la Comunidad Valenciana, la infracción menos grave prevista en el artículo 52.19 «por llevar a cabo en una parcela de un polígono del término municipal de Sollana, en el ámbito del Parque Natural de La Albufera, en suelo no urbanizable protegido, un cambio de uso de parcela, arrancando los naranjos plantados, aportando zahorras para la construcción de un camino interno, la construcción de una caseta de madera de unos 65 m<sup>2</sup> y una piscina, y el vallado de la parcela revegetándolo con especies alóctonas, todo ello sin contar con el informe favorable». No obstante lo anterior, señalan las mencionadas resoluciones que subsiste, a tenor del art. 55 de la citada Ley 11/1994, la obligación de reparación del daño causado y reposición de las cosas a su estado original. Pues bien, impugna el recurrente las resoluciones alegando la prescripción de la infracción y la caducidad de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística y la vulneración del principio *non bis in ídem*.

Respecto del primer motivo impugnatorio planteado, comienza el Tribunal por advertir que «la obligación de reparación del daño causado y de reposición de las cosas a su estado anterior es exigible al responsable aun cuando haya prescrito la infracción de la que derivan tales obligaciones, que no quedan afectadas por esa prescripción». Así se puso ya de relieve por el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de febrero de 2000, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina número 1471/1995, donde el Tribunal razonaba que «la obligación de reponer las cosas a su primitivo estado no tiene carácter sancionador en sentido estricto, pues no se trata de un efecto o consecuencia jurídica que el ordenamiento conciba sólo como retributiva de la infracción, a modo de pena ligada a ésta, sino que es una obligación

que deriva, en sí misma, del acto de alteración o modificación del estado de cosas querido por el ordenamiento, que cabe así imponer a quien lo ha realizado, con independencia de que su conducta reúna o no la totalidad de las circunstancias objetivas y subjetivas que son necesarias para su calificación como infracción administrativa y para su sanción como tal, y de ahí, por tanto, que la apreciación de la prescripción de la infracción no constituya obstáculo para la adopción y pervivencia de la obligación de demoler lo indebidamente construido impuesta en un solo procedimiento» (FJ 3º).

En consecuencia, la pervivencia de la obligación de restauración medioambiental una vez prescrita la infracción de la que deriva dicha obligación queda recogida en la legislación medioambiental, tanto en la estatal como en la autonómica valenciana. En efecto, la Ley 11/1994, de 27 de diciembre, de Espacios Naturales protegidos de la Comunidad Valenciana, dispone en su art. 55.1 que «las infracciones previstas en esa ley llevan aparejada en todo caso, siempre que sea posible, la reparación del daño causado y reposición de las cosas a su estado original». Y por su parte, la LRM —que tiene carácter de legislación básica de protección del medio ambiente, según se indica en su disposición final primera—, señala en su artículo 36.4 las medidas de prevención, evitación y reparación «son independientes de la sanción que, en su caso, se imponga», y añade en su artículo 38.2 que si se ocasionan por el operador daños medioambientales por incumplimiento de las obligaciones recogidas en tal ley, cuya inobservancia sea constitutiva de infracción, el mismo queda obligado en todo caso a adoptar las medidas que prevé la norma, «con independencia de la sanción que corresponda».

Asimismo, en relación con el precitado artículo 55.1 de la Ley 11/1994, se ha pronunciado esta Sala de lo Contencioso-Administrativo en el recurso de casación número 6/2011, interpuesto por la Generalitat Valenciana en interés de la ley, en el que recayó la ya citada la sentencia núm. 4/2013, de 8 de enero, fijando como doctrina legal que «es ajustado a derecho el que la reparación del daño medioambiental causado y la reposición de las cosas a su estado original, pueda exigirse aun cuando haya prescrito la infracción de la que derivan estas obligaciones». Esta sentencia se pronuncia, además, sobre el plazo de prescripción que resulta aplicable a la obligación de reparación de los daños medioambientales, plazo que el legislador autonómico valenciano no ha regulado expresamente en la Ley 11/1994. Por tanto, ante el silencio de la ley autonómica, concluye la sentencia que es de aplicación el plazo general de quince años establecido en el artículo 1964 del Código Civil para las acciones personales que no tienen señalado plazo especial de prescripción (en la actual redacción de este precepto, el plazo es de cinco años ex disposición final 1ª de la Ley 42/2015, de 5 de octubre). A este respecto, debemos precisar que la LRM tiene carácter de legislación básica de protección del medio ambiente, y que el plazo que establece es mucho más

garantista con la recuperación de los recursos naturales que el que prevé el Código Civil, lo que permitirá la exigencia de reparación por más tiempo en aquellos casos en los que sea aplicable la misma, esto es cuando el daño sea causado por un operador en el ejercicio de su actividad económica, lo que no ha sucedido en el caso expuesto.

Por tanto, dado que las resoluciones administrativas impugnadas reconocen expresamente la prescripción de la infracción, pero no así la prescripción de la obligación de éste de restaurar el equilibrio medioambiental alterado y de reparar el daño causado declara el Tribunal que «la orden de eliminación de la caseta de madera, del aporte de zahorras y de la piscina y valla con vegetación alóctona dada al ahora recurrente por las resoluciones impugnadas es ajustada a derecho».

Por otro lado, aduce el recurrente la vulneración por la Administración del principio *non bis in idem*, alegato que funda en la condena de pena de seis meses de prisión y multa de trece meses como autor responsable de un delito contra la ordenación del territorio, impuesta por la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 12 de Valencia, de 3 de marzo de 2009. Por ello, sostiene el demandante que, ante la existencia de dicha condena penal, las resoluciones administrativas impugnadas en la presente *litis* contravienen el art. 25 de la CE y el art. 137.2 de la entonces vigente Ley 30/1992 que dispone que «los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien» (art. 77.4 de la actual Ley 39/2015).

Pues bien, esta alegación tampoco prospera ante el Tribunal. Como ha sido razonado más arriba, las resoluciones recurridas no imponen al demandante una sanción sino, la obligación de restaurar el equilibrio medioambiental alterado y de reparar el daño causado, por lo que la Sala reitera el diferente régimen jurídico existente entre ambas técnicas jurídicas. A mayor abundamiento, el ya citado ATC núm.145/2012, de 16 de julio, manifiesta que «la obligación de restaurar el daño medioambiental carece del contenido aflictivo que es propio de las sanciones administrativas por cuanto de las mismas no es posible predicar finalidad punitiva alguna, lo que pone de manifiesto su distinta naturaleza que justifica un distinto tratamiento legal». Por consiguiente, como recuerda la STC 187/2006, de 19 de junio, FJ 3º «en la medida en que las garantías previstas en el art. 25.1 CE sólo resultan aplicables a las consecuencias jurídicas de carácter sancionador, no puede pretenderse que se extiendan los efectos de la vulneración de dicho precepto a otras consecuencias, como son las de obligación de reposición del medio alterado, que no tiene una finalidad sancionadora sino de restauración de la legalidad medioambiental».

En definitiva, en las sentencias del 2018 analizadas (así como en las citadas de años anteriores) se confirma la alegada «independencia» entre las

sanciones administrativas y la obligación de restaurar el equilibrio medioambiental alterado. Dicha independencia es, además, recogida en numerosas leyes de nuestro ordenamiento, tanto estatales como la LRM y la LRSC, como autonómicas, en los casos analizados, la Ley 11/1995, de 27 de diciembre, de Espacios Naturales protegidos de la Comunidad Valenciana y el Decreto Legislativo 1/2009, de 21 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de los Residuos en Cataluña. En efecto, la necesaria salvaguarda de los recursos naturales que prevé el artículo 45 CE no debe quedar condicionada, en ningún caso, a la imposición o ejecución de las sanciones administrativas que por los mismos hechos también procedan, pues la finalidad punitiva de las sanciones no ha de prevalecer sobre la efectiva reparación del daño causado, esta es, la devolución del medio ambiente degradado al estado anterior al que se encontraba antes de sufrir la agresión.

## **VI. VALORACIÓN FINAL. LOS AVANCES Y LAS INCERTIDUMBRES EN LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL**

El 2018 ha sido un año de avances para el régimen de la responsabilidad medioambiental, los cuales no siempre vienen ligados a los cambios o a la proliferación normativa. Dichos avances traen causa de un factor fundamental para la eficacia del Derecho, este es, la información. En efecto, la publicación de los informes sobre la aplicación de la LRM, por un lado, y la resolución de algunas sentencias en la materia, por otro, nos permiten conocer, con mayor acierto, las ventajas del sistema, así como los criterios que favorecerán su aplicación, pero también los aspectos que admiten mejora. En este sentido, queda patente la necesaria ampliación de las actividades sometidas a la exigencia de garantía financiera si se quiere mantener el espíritu garantista que se estableció con la aprobación de la LRM y con la propia reforma, pues como se ha reflejado, las actividades económicas que más daños han causado al medio ambiente en estos años de vigencia del régimen están exentas de tal obligación.

Por otro lado, la compleja tarea de enfrentarse a un concepto jurídico indeterminado (la significatividad del daño ambiental), y más aún cuando éste es el que determina o no la aplicación de la Ley, es una de las cuestiones que demandan más conocimiento y criterios de aplicación. No cabe duda de que es un ámbito en el que se han producido avances, por ejemplo, con la aplicación del principio de precaución para favorecer la determinación de la significatividad del daño cuando haya una duda razonable sobre el alcance del mismo, la interpretación de los criterios para calificar de significativo el daño por referencia al recurso natural afectado o el estudio de los procesos a seguir en función de las fases del daño, y que favorecen la aplicación de la

Ley. No obstante, por otro lado, se evidencian aspectos de dudosa justificación en la aplicación práctica de la Ley, como la falta de adopción de medidas complementarias y, sobre todo, compensatorias, en la reparación de los daños reportados en estos años.

Finalmente, la jurisprudencia dictada en el año 2018 en materia de responsabilidad medioambiental se ha ocupado, en primer lugar, de reafirmar el ámbito de aplicación subjetivo de la LRM, que gira sobre el amplio concepto de «operador» y que incluye no sólo al que directamente desarrolla una actividad económica o profesional, sino también al que la controla, aunque requiere de la efectiva relación o nexo causal entre dicha actividad y el daño causado. Y, en segundo lugar, las sentencias analizadas dejan patente la sentada independencia entre la infracción administrativa y la reparación del daño ambiental, que exige el restablecimiento de los recursos naturales dañados aunque la infracción haya prescrito, recociéndose además en determinados casos, como en los daños al suelo, que otros sujetos responsables ajenos a la infracción podrán responder para garantizar la recuperación del medio ambiente degradado.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CARREÑO, Santiago M. (2018a): «Las regresiones del derecho ambiental como causa de aumento del riesgo sobre grupos vulnerables», en *Ius et scientia*, Vol. 4, núm. 2.
- (2018b): «La evolución regresiva de la política y el Derecho ambiental en España», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 41, 2018.
- BELTRÁN CASTELLANOS, José Miguel (2018): *Instrumentos para la efectividad del régimen de la responsabilidad medioambiental*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- COSACK, Tilman y ENDERS, Rainald (2018): «Das Umweltschadensgesetz im System des Umweltrechts» en *Das Deutsche Verwaltungsblatt (DVBl)*, núm. 7.
- GARCÍA ROCASALVA, Carles (2018): *La responsabilidad medioambiental*, Atelier, Barcelona.
- GUERRERO ZAPLANA, José (2010): *La responsabilidad medioambiental en España*, La Ley, Madrid.
- HERNÁNDEZ SENDÍN, Amalia (2002): «La responsabilidad administrativa por los daños ocasionados al medio ambiente», en *E-Derecho Administrativo (e-DeA)*, núm. 2.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2011): «El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en el Derecho Español» en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 20.

- VALENCIA MARTÍN, Germán (2005): «El impacto (favorable) de la Directiva 2004/35/CE en el sistema español actual de responsabilidad por daños ambientales», en *Estudios sobre la Directiva 2004/35/CE de Responsabilidad por Daños Ambientales y su Incidencia en el Ordenamiento Español*, Monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, núm. 7.
- (2010): «La responsabilidad medioambiental» en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25.