

LA RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL:
CARÁCTER PREVENTIVO DE LA INSTITUCIÓN Y
ADMINISTRATIVIZACIÓN DEL RÉGIMEN

María del Carmen Núñez Lozano

Catedrática de Derecho Administrativo.
Universidad de Huelva. E-mail:
men.nunez@gmail.com

Recibido: 2-5-2012 • Aprobado: 30-5-2012

Resumen

Uno de los ámbitos del Ordenamiento jurídico español en el que el Derecho comunitario ha provocado reformas de mayor calado es, sin duda, el Derecho Ambiental. Dejando a un lado los reglamentos comunitarios por su efecto directo, cabe destacar que una buena parte de las normas que integran este sector de nuestro Derecho son fruto de la transposición de las Directivas comunitarias. Por las limitaciones propias de un trabajo de estas características, no es posible detenerse ahora en la descripción de la andadura comunitaria en pos de la protección del medio ambiente, ni tampoco enumerar los avances registrados en el Derecho español; por ello, centraremos nuestra atención en el ámbito específico de la responsabilidad medioambiental, esto es, la responsabilidad por daños al medioambiente.

Palabras clave

Responsabilidad medioambiental derecho daños

Abstract

One area of the Spanish legal order in which Community law has led to more fundamental reform is, without doubt, the Environmental Law. Setting aside the EU regulations for its direct effect, note that much of the regulations included in this sector of our law are the result of the transposition of EU directives. For the work limitations of these features, you can not stop now in describing the journey towards the Community environmental protection, nor enumerate the progress made in Spanish law, which is why we will focus on the specific area of environmental responsibility, that is, liability for environmental damage.

Keywords

Environmental liability law damages.

SUMARIO: I. Introducción. II. Aproximación al régimen de la responsabilidad medioambiental. III. Rasgos significativos del régimen de responsabilidad medioambiental: carácter preventivo de la institución y administración del régimen. III.1 El carácter preventivo de la responsabilidad medioambiental. III.2. El carácter administrativo de la responsabilidad medioambiental.

I. Introducción

Son varias las razones que explican esta elección. Antes de exponerlas, anotemos que el bloque normativo que específicamente regula la responsabilidad medioambiental está integrado por la Ley estatal 26/2007, de 27 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (LRM), su Reglamento de desarrollo parcial aprobado por RD 2090/2008 y la legislación de desarrollo que hayan aprobado las Comunidades Autónomas¹. En el caso de Andalucía, son los arts. 122 a 124 de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integral de Calidad Ambiental (LGICA) los que más específicamente contemplan la materia²; interesa subrayar que la Comunidad Autónoma se anticipó a la transposición estatal 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.

La primera razón de la elección es, obviamente, la ilustración que ofrece la materia sobre el impacto del Derecho Comunitario en el Ordenamiento nacional. Como a lo largo de estas páginas quedarán sucintamente expuestas las notas características de la nueva regulación, baste ahora con tomar prestadas las palabras de VALENCIA MARTÍN sobre la situación anterior, que ha descrito como un “panorama poco satisfactorio, que puede calificarse de cualquier forma menos como coherente y sistemático, caracterizado más bien por la existencia de una pluralidad de vías distintas a través de las que cabe conseguir la reparación de según qué clase de daños y mediante la aplicación de regímenes de responsabilidad igualmente distintos, tanto en el plano sustantivo como en el estrictamente procedimental o procesal”³.

¹ La mayor parte de la LRM tiene carácter básico en virtud, según los preceptos de que se trate, del art. 149.1.23. 6, 11 y 14 de la Constitución. No son básicos el plazo fijado en el artículo 45.3; los plazos fijados en el artículo 46.3 y 4; y lo previsto en el apartado 1 de la disposición adicional séptima, que serán sólo de aplicación a la Administración General del Estado, a sus organismos públicos y a las agencias estatales.

² *Vid.* M. ZAMBONINO PULITO, 2008.

³ 2005, p. 111.

En segundo lugar, se trata de una regulación comunitaria que ha dejado un margen importante de decisión a los Estados⁴, dándose la circunstancia añadida de que España ha ido más allá del régimen comunitario en diversos aspectos, introduciendo en el régimen de responsabilidad medioambiental, por demás, novedades significativas⁵.

Y en tercer lugar, la elección se explica en mérito a determinadas características de la materia y de la regulación alcanzada, como por ejemplo: 1) su engarce directo con el art. 45.2 de la Constitución; 2) la dificultad que *a priori* representaba su ordenación por las peculiaridades de su objeto –el daño ambiental- y la diversidad de intereses en presencia; 3) la ratificación del carácter colectivo que presentan los daños ambientales y de la existencia de una función pública ambiental⁶; 4) o la prevalencia del interés ambiental que representa la reparación a través de la restitución del medio ambiente a su estado básico mediante medidas reparadoras primarias, complementarias y compensatorias⁷.

Ciertamente, el nuevo diseño de la responsabilidad medioambiental ofrece múltiples y variadas cuestiones para el análisis jurídico. De entre ellas, nos centraremos en el carácter preventivo de la institución y en la administrativización del sistema que comporta. Antes de abordarlas, expondremos con la brevedad necesaria y en muy apretada síntesis el esquema básico del régimen de esta responsabilidad.

II. Aproximación al régimen de la responsabilidad medioambiental

La LRM establece un régimen para la prevención y reparación de daños al medio ambiente que caracteriza como *de responsabilidad medioambiental*, según indica su título. Este régimen, a pesar de su nombre, no se aplica a toda clase de daños al medio ambiente, ni procura la prevención y reparación de

4 *Vid.* una crítica en J. JORDANO FRAGA, 2005, pp. 44 y 45. E. ORTEU BERROCAL y R. MÁRQUEZ MOLERO, 2005, pp. 52 y 53. L. GOMIS CATALÁ, 2008, p. 140.

5 Por ejemplo, se presume que las actividades enumeradas en el Anexo III causan el daño o la amenaza inminente de daño cuando son apropiadas para ello; se amplía el ámbito del daño medioambiental (que no se limita a los daños en las especies y hábitat naturales de protección comunitaria, sino también nacionales y autonómicos; en cuanto al suelo, se consideran los efectos adversos no sólo para la salud humana sino también para el medio ambiente; se incluyen los daños medioambientales a la ribera del mar y de las rías); se amplía el ámbito de la responsabilidad de los operadores no incluidos en el Anexo III (no se limita a los daños causados a las especies y hábitats naturales y es objetiva respecto de las medidas preventivas y de evitación); se impone la obligación de informar sobre las medidas de prevención en todo caso y no sólo cuando no desaparezca la amenaza inminente; ha regulado las garantías financieras; ha reconocido expresamente la legitimación del Ministerio Fiscal en el contencioso-administrativo; los interesados pueden instar la aplicación de las medidas de ejecución forzosa; o se establece la posibilidad de terminación convencional del procedimiento.

Algunas de estas determinaciones de la LRM son coherentes con regulaciones previas, como es el caso de la ampliación del concepto de daño medioambiental para incluir al que se produce en la ribera del mar y de las rías, pues ya la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, contemplaba los deberes de restitución y reposición.

6 F.J. ALENZA GARCÍA, 2005, p. 73. Sobre la función ambiental pública *vid.*, entre otros, P. ESCRIBANO COLLADO y J. I. LÓPEZ GONZÁLEZ, 1980; A. PÉREZ MORENO, 1983, pp. 2772 ss. M. ZAMBONINO PULITO, 2001.

7 *Vid.* el Anexo II LRM y el Capítulo segundo de su Reglamento de desarrollo.

cualquier bien ambiental, ni tampoco es un régimen convencional de responsabilidad en lo que respecta a otros elementos como son el sujeto o el contenido de las obligaciones que comporta.

El daño a que atiende la legislación sobre la materia es el daño medioambiental. Por daño se entiende “el cambio adverso y mensurable de un recurso natural o el perjuicio de un servicio de recursos naturales, tanto si produce directa como indirectamente”. Y por daño medioambiental se entiende, en síntesis⁸: a) los daños a las especies silvestres y a los hábitats; b) los daños a las aguas; c) los daños a la ribera del mar y de las rías; d) y los daños al suelo (art. 2.1)⁹. Las tres primeras modalidades comparten la característica de que el daño ha de producir efectos adversos significativos. En el caso del suelo, el daño medioambiental se define por referencia a la contaminación del mismo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana o para el medio ambiente¹⁰ (art. 2.1 LRM); el suelo contaminado *per se* no es, en consecuencia, un daño ambiental, sino que sólo lo será en la medida en que suponga un riesgo significativo de efectos adversos para el auténtico objeto de la protección que se brinda en este supuesto, que son la salud de las personas y el medio ambiente.

Ni la Directiva ni la LRM incluyen los daños al aire, aunque el art. 2.2 LRM sí especifica que en el concepto de daño se incluyen los daños medioambientales ocasionados por los elementos transportados por el aire. Ello es así por las

⁸ *Vid.* E. ORTEU BERROCAL, 2008, pp. 165 ss.

⁹ Con anterioridad a la LRM, otras normas del Ordenamiento contemplaban la reparación de daños que ahora quedan incluidos en el ámbito de aplicación de la misma (en la medida en que los daños respondan al concepto de daño medioambiental y se cumplan los demás requisitos que contempla la LRM). Al respecto, señala el art. 7.3 que “cuando en virtud de lo dispuesto en la legislación de aguas y en la de costas, corresponda a la Administración General del Estado velar por la protección de los bienes de dominio público de titularidad estatal y determinar las medidas preventivas, de evitación y de reparación de daños, aquella aplicará esta Ley en su ámbito de competencias”. Respecto de los suelos, hay que tener en cuenta los arts. 27 y 28 de la Ley 10/1998, de Residuos; E. ESTEVE PARDO (2008, p. 117) ha manifestado que la regulación específica sobre recuperación de suelos contaminados deja paso a la LRM por ser posterior y del mismo rango, y por el propósito armonizador de la Directiva, de manera que sólo prevalece el régimen de responsabilidad solidaria de la LR por previsión expresa del art. 11 LRM. En mi opinión, habría que tener en cuenta que la LRM no ha derogado en este punto a la LR y que expresamente prevé la existencia de ley especial en la materia (art. 11, sobre pluralidad de responsables de un mismo daño y Disposición Adicional Segunda, sobre aplicación de normativa medioambiental más exigente). Para E. ALONSO GARCÍA (2008, pp. 29 ss.), la LRM se ha de aplicar en el marco de la Ley de Residuos, que a su juicio queda plenamente en vigor.

¹⁰ La LRM toma en consideración la salud humana para: 1) respecto de los suelos, fijar el concepto de daño ambiental y el alcance de su reparación, no por tanto para considerar el efecto adverso en la salud como un daño en sí mismo resarcible al amparo de la Ley [art. 2.1.d) y 2.20 y apartado 2 del Anexo II]; 2) en general, calificar como significativo el daño ambiental con efectos demostrados en la misma (apartado 1 del Anexo I); 3) atribuir a la Administración del Estado competencias para su protección con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia (art. 7.6, que ha de interpretarse en el sentido de que la necesidad de protección viene motivada por un daño ambiental); 4) en sede de medidas de prevención, evitación y reparación, en cuanto que el daño ambiental puede ocasionar efectos adversos para la salud humana [arts. 20.3, 21.b) y 44.1; apartados 1 y 1.3.3 del Anexo II] y que es preciso valorar el efecto de las medidas reparadoras en la salud (apartado 1.3.1 del Anexo II).

dificultades que presenta a estos efectos el medio aéreo¹¹, entre otras la reparación *in natura*; en cualquier caso, la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera, sí contempla para determinados operadores las obligaciones de adoptar medidas preventivas y de evitación [art. 7.1.c) y d)], que son dos de las obligaciones que establece la LRM en el ámbito de los daños medioambientales que contempla.

Ha de notarse que la Ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a la responsabilidad medioambiental (art. 5.1 LRM). Esto no significa que esos daños que resultan excluidos carezcan de relevancia jurídica: simplemente la LRM los excluye de su ámbito de aplicación y por ello concluye el art. 5.1 precisando que “tales acciones se regirán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación”. Obviamente, no cabe la doble reparación si los daños son al mismo tiempo daños medioambientales, de manera que no se puede exigir reparación ni indemnización si el daño queda reparado por la aplicación del régimen de la LRM y, si se ha hecho frente a la doble reparación, el responsable puede reclamar la devolución o compensación que proceda (art. 5.2 LRM). En estos supuestos, el régimen de responsabilidad medioambiental goza de preferencia, de manera que las reclamaciones de los perjudicados en cualesquiera procesos o procedimientos no exoneran de la adopción de las medidas de prevención, evitación o reparación aplicables ni pueden impedir las actuaciones encaminadas a ello (art. 5.3 LRM). En relación con lo anterior debe precisarse que, en cualquier caso, son las normas del anexo II –que regulan específicamente la reparación- o las dispuestas con carácter complementario por la normativa autonómica con el mismo objetivo, las que tienen que aplicarse en la determinación de la obligación de reparación de daños medioambientales, con independencia de que tal obligación se exija en un proceso judicial civil, penal o contencioso-administrativo o en un procedimiento administrativo (Disposición Adicional 9ª LRM)¹².

11 *Vid.* a título de ejemplo E. ORTEU BERROCAL, 2008, p. 167; E. ORTEU BERROCAL y R. MÁRQUEZ MOLERO, 2005, p. 54; C. DE MIGUEL PERALES, 2009, p. 417.

12 Respecto del proceso de penal y del procedimiento sancionador, conviene aclarar que la responsabilidad medioambiental es compatible con las penas o sanciones administrativas que proceda imponer por los mismos hechos que hubieran originado aquélla. Por tanto, la LRM se aplica en todo caso a la reparación de los daños medioambientales causados por los operadores de actividades económicas o profesionales enumeradas en el Anexo III, con independencia de la tramitación de los restantes procedimientos; se aplica también en todo caso a la adopción de medidas de prevención y de evitación de nuevos daños, por parte de todos los operadores de actividades económicas o profesionales, con independencia de la tramitación de los restantes procedimientos; y la reparación de daños es exigible a estos últimos cuando en el procedimiento administrativo o penal correspondiente se haya determinado el dolo, la culpa o la negligencia. Se adoptarán, en todo caso, las medidas compensatorias que fueran necesarias para evitar la doble recuperación de costes. Y si por aplicación de otras Leyes se hubiera conseguido la prevención, la evitación y la reparación de daños medioambientales a costa del responsable, no será necesario tramitar las actuaciones previstas en la LRM (art. 6 LRM). Más adelante se detallará el régimen

La LRM no se aplica a los daños medioambientales o a su amenaza inminente cuando son causados por una contaminación de carácter difuso, salvo que sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos (art. 3.3). Se excluyen también otros daños medioambientales o amenazas inminentes ocasionados por las causas que señalan los apartados 4 y 5 del art. 3 LRM¹³.

El régimen de responsabilidad entraña distintas obligaciones: de información (arts. 9.2, 17.4 y 19 LRM), de constituir garantías financieras¹⁴ y, fundamentalmente, las obligaciones de adoptar medidas preventivas o medidas de prevención, medidas de evitación de nuevos daños y, en su caso, medidas reparadoras o medidas de reparación¹⁵, así como de sufragar sus costes cuando los obligados resulten responsables de los daños ambientales (arts. 9.1, 17.1 y 2, 19 y 20 LRM); asociadas a éstas, se imponen las obligaciones de colaborar en la definición de las medidas reparadoras y en la ejecución de las adoptadas por la autoridad competente (art. 9.3 LRM). La medida preventiva es la que se adopta como respuesta a un suceso, a un acto o a una omisión que haya supuesto una amenaza inminente de daño medioambiental, con objeto de impedir su producción o reducir al máximo dicho daño (art. 2.14 LRM); a su vez, amenaza inminente es la probabilidad suficiente de que se produzcan daños medioambientales en un futuro próximo (art. 2.13 LRM). La medida de evitación es aquella que, ya producido un daño medioambiental, tiene por finalidad limitar o impedir mayores daños medioambientales, controlando, conteniendo o eliminando los factores que han originado el daño, o haciendo frente a ellos de cualquier otra manera (art. 2.15 LRM). Medida reparadora es toda acción o conjunto de acciones, incluidas las de carácter provisional, que tenga por objeto reparar, restaurar o reemplazar los recursos naturales¹⁶ y servicios de recursos naturales dañados¹⁷, o facilitar una alternativa equivalente a ellos según lo previsto en el anexo II de la Ley (art. 2.16 LRM).

distinto que se aplica a las actividades económicas o profesionales, según estén o no contempladas en el Anexo III.

¹³ Un acto derivado de un conflicto armado, de hostilidades, de guerra civil o de una insurrección; un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible; las actividades cuyo principal propósito sea servir a la defensa nacional o a la seguridad internacional, y las actividades cuyo único propósito sea la protección contra los desastres naturales; los que tengan su origen en un suceso cuyas consecuencias en cuanto a responsabilidad o a indemnización estén establecidas en determinados convenios internacionales; los riesgos nucleares; los daños medioambientales o a las amenazas inminentes de que tales daños se produzcan, causados por las actividades que empleen materiales cuya utilización esté regulada por normativa derivada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica; los incidentes o a las actividades cuyo régimen de responsabilidad esté establecido por determinados convenios internacionales.

¹⁴ Esta obligación se impone sólo a operadores del Anexo III (arts. 24 ss LRM). En particular sobre esta materia puede verse A. RUIZ DE APODACA ESPINOSA (2005) y E. PAVELLEK ZAMORA (2008).

¹⁵ Conforme al complejo Anexo II LRM y el Capítulo segundo de su Reglamento de desarrollo.

¹⁶ Esto es, las especies silvestres y los hábitats, el agua, la ribera del mar y de las rías y el suelo (art. 2.17)

¹⁷ Que son las funciones que desempeña un recurso natural en beneficio de otro recurso natural o del público (art. 2.18 LRM).

Son las actividades económicas o profesionales las susceptibles de producir los daños medioambientales, ya sean públicas o privadas y tengan o no ánimo de lucro (art. 2.11)¹⁸. La LRM distingue en el conjunto de éstas las que se enumeran en el Anexo III para imponerles un régimen especial, de manera que: 1) sobre sus titulares recaen las obligaciones de adoptar medidas preventivas, de evitación y de reparación, aunque no exista dolo, culpa o negligencia; 2) se presume, salvo prueba en contrario, que una actividad de este tipo causa el daño o su amenaza inminente cuando es apropiada para causarlo, atendiendo a su naturaleza intrínseca o a la forma en que se ha desarrollado¹⁹. En cambio, sobre los titulares de las demás actividades sólo recaen las dos primeras obligaciones en todo caso y la obligación de reparar cuando ha mediado dolo, culpa o negligencia (art. 3.1 LRM). Han de tenerse en cuenta, no obstante, los supuestos de inexigibilidad de costes que recoge el art. 14 LRM, que presuponen el cumplimiento de las obligaciones de prevención, evitación y reparación y la posibilidad de recuperar su coste²⁰, esto último conforme a lo dispuesto en los arts. 15 y 16 LRM.

18 Los arts. 10 ss. regulan la responsabilidad en caso de grupos de sociedades, pluralidad de responsables de un mismo daño, la transmisión de responsabilidad en caso de muerte o extinción de las personas responsables y los supuestos de responsabilidad solidaria y de responsabilidad subsidiaria.

19 Obviamente, esta presunción no puede jugar en el ámbito sancionador. Por ello, puede ser que un operador resulte obligado según la LRM sin que a la postre se le imponga una sanción (si la conducta causante del daño estuviere tipificada como infracción pero la Administración no pudiera demostrar la autoría). En cualquier caso, no se trata de una auténtica presunción, puesto que la prueba de que el daño es imputable a un tercero ajeno sólo comporta la inexigibilidad de la obligación de sufragar los costes y la posibilidad de recuperarlos, como inmediatamente veremos.

20 Así, el operador no estará obligado a sufragar los costes imputables a las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños cuando demuestre que los daños medioambientales o la amenaza inminente de tales daños se produjeron exclusivamente por cualquiera de las siguientes causas: A) la actuación de un tercero ajeno al ámbito de la organización de la actividad de que se trate e independiente de ella, a pesar de existir medidas de seguridad adecuadas, B) el cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria dictada por una autoridad pública competente, incluyendo las órdenes dadas en ejecución de un contrato a que se refiere la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. Se exceptúan los supuestos en los que la orden o la instrucción se hayan dictado para hacer frente a una emisión o a un incidente previamente generado por la propia actividad del operador. La aprobación de proyectos por las Administraciones públicas, cuando así lo exija la normativa aplicable, no tendrá la consideración de orden o instrucción. En particular, los proyectos aprobados por la administración contratante no podrán considerarse como orden o instrucción obligatoria respecto de daños medioambientales no previstos expresamente en la declaración de impacto ambiental o instrumento equivalente. Cuando los daños medioambientales sean consecuencia de vicios en un proyecto elaborado por la Administración en un contrato de obras o de suministro de fabricación, el operador no vendrá obligado a sufragar el coste de las medidas que se adopten.

Por otra parte, el operador no estará obligado a sufragar el coste imputable a las medidas reparadoras cuando demuestre que no ha incurrido en culpa, dolo o negligencia y que concurre alguna de las siguientes circunstancias: A) que la emisión o el hecho que sea causa directa del daño medioambiental constituya el objeto expreso y específico de una autorización administrativa otorgada de conformidad con la normativa aplicable a las actividades enumeradas en el Anexo III. Adicionalmente, será necesario que el operador se haya ajustado estrictamente en el desarrollo de la actividad a las determinaciones o condiciones establecidas al efecto en la referida autorización y a la normativa que le sea aplicable en el momento de producirse la emisión o el hecho causante del daño medioambiental; B) que el operador pruebe que el daño medioambiental fue causado por una actividad, una emisión, o la utilización de un producto que, en el momento de realizarse o

Por último, en este breve apunte sobre algunos aspectos básicos del régimen de la responsabilidad medioambiental, debe tenerse en cuenta que no se aplica a los daños medioambientales si han transcurrido más de treinta años desde que tuvo lugar la emisión, el suceso o el incidente que los causó, contados desde el día en que terminó por completo o se produjo por última vez (art. 4)²¹. Ha de tenerse en cuenta también la Disposición Transitoria única de la Ley, que establece la inaplicación de la LRM a los daños causados por una emisión, un suceso o un incidente producido antes del 30 de abril de 2007 y a los causados por una emisión, un suceso o un incidente que se haya producido después del 30 de abril de 2007, cuando éstos se deriven de una actividad específica realizada y concluida antes de dicha fecha²².

III. Rasgos significativos del régimen de responsabilidad medioambiental: carácter preventivo de la institución y administración del régimen

III.1 El carácter preventivo de la responsabilidad medioambiental

La institución de la responsabilidad aúna dos perfiles diferentes. El más evidente es el de carácter reparador: la consagración de un régimen de responsabilidad implica por principio la reparación, en mayor o menor medida, de un daño, con independencia de cómo éste se acote o, en otros términos, de cómo se defina la lesión reparable; y con independencia, también, de la fórmula de reparación que se acoja. Pero la responsabilidad incorpora también siempre la finalidad de la prevención, siquiera sea porque la obligación de reparar actúa como incentivo para evitar la producción de daños, adoptando medidas de prevención y extremando la diligencia.

En el régimen de la responsabilidad medioambiental encontramos también la vertiente preventiva²³, en el sentido antes apuntado²⁴ pero también, y muy

utilizarse, no eran considerados como potencialmente perjudiciales para el medio ambiente con arreglo al estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en aquel momento.

Las acciones frente a terceros para la recuperación de costes se regulan en el art. 16.

21 El plazo de los treinta años puede operar, según apunta J. JORDANO FRAGA (2005, p. 36), como “una cláusula de inmunidad en daños diferidos sobre todo en actividades nuevas”. G. VALENCIA MARTÍN (2005, p. 167) también se ha referido a la impunidad de daños que permanezcan ocultos durante muchos años y ha subrayado que la Directiva realmente no se oponía al mantenimiento de la imprescriptibilidad de la acción en el caso de daños a ciertos bienes de dominio público.

22 Ello no impide que se exija responsabilidad conforme a otras normas que resulten de aplicación, que se impongan medidas de prevención o de evitación de nuevos daños conforme a lo dispuesto en la Ley o que se obligue a la reparación respecto a la parte de los daños no excluidos por el juego de la fecha de 30 de abril de 2007. A favor de la aplicación retroactiva del régimen de la Directiva, con ocasión de su transposición, se manifestó J. JORDANO FRAGA (2005, pp. 37 y 38).

23 El Preámbulo de la Ley pone un especial acento en la finalidad preventiva de la nueva regulación, y para ello no duda en traer a primer plano lo que pudiera considerarse, de tener por ciertas y sin mayores matizaciones sus palabras, un relativo fracaso de la legislación ambiental considerada en su conjunto. Y es que, tras sintetizar el contenido del art. 45 de la Constitución, se destaca que, pese a la extensión y actualización de las normas de desarrollo del mandato constitucional, éstas “no han sido capaces de prevenir la producción reiterada de accidentes de

especialmente, referida al específico daño ambiental²⁵, de manera que la prevención forma parte de la institución. En este sentido, la responsabilidad no nace como consecuencia de la falta de prevención sino que las obligaciones sustanciales que comporta sirven a la misma. En consecuencia, puede afirmarse que la prevención no es externa a la responsabilidad, sino que se incardina en su núcleo mismo.

Por ello se imponen las obligaciones de adoptar medidas preventivas y medidas de evitación. El presupuesto de hecho de las primeras es, precisamente, la amenaza inminente de daño medioambiental y su objeto es el de impedir su producción o reducirlo al máximo. Las segundas tienen como finalidad limitar o impedir mayores daños medioambientales.

Incluso en la misma obligación de reparación se advierte el carácter preventivo de la responsabilidad: en expresión gráfica, el daño genera más daño, más aun si es de carácter medioambiental por tratarse de un daño dinámico que se retroalimenta; en este sentido, la Directiva llama la atención acerca de que “la falta de acción puede acarrear un incremento de la contaminación y que la pérdida de la biodiversidad aún sea mayor en el futuro”. De ahí que la reparación sea en sí misma una medida preventiva.

En el tratamiento de la contaminación del suelo se aprecia también la vertiente preventiva de la responsabilidad medioambiental, con mayor intensidad si cabe. Como ya hemos expuesto *supra*, el daño al suelo, *per se*, no es un daño ambiental, sino que lo es la contaminación del suelo como factor de riesgo²⁶, de manera que la reparación adquiere una dimensión genuinamente preventiva al ser, en sí misma, una medida de prevención.

En suma, pues, la responsabilidad medioambiental en su conjunto, la institución, no es sino un mecanismo de prevención ambiental.

diversa naturaleza que han tenido gravísimas consecuencias para el entorno natural”. De ahí “la necesidad de contar con una legislación ambiental que instrumente nuevos sistemas de responsabilidad que prevengan eficazmente los daños medioambientales y, para los casos en los que estos lleguen a producirse, aseguren una rápida y adecuada reparación”.

24 Con la responsabilidad medioambiental se pretende “inducir a los operadores a adoptar medidas y desarrollar prácticas dirigidas a minimizar los riesgos de que se produzcan daños medioambientales, de forma que se reduzca su exposición a responsabilidades financieras” (considerando 2º de la Directiva). Una expresión particular de esta manifestación de la prevención pudiera encontrarse en el art. 14.1.a) LRM, en la medida en que parece hacer depender la inexigibilidad de sufragar los costes, en caso de actuación de tercero ajeno, de la existencia de medidas de seguridad adecuadas; de alguna manera, se propicia que el operador no sólo prevenga el daño que él mismo puede causar, sino también el daño de terceros.

25 No se trata ahora, pues, de la específica manifestación de responsabilidad que entraña la obligación de cumplir la densa normativa ambiental que disciplina las actividades y de asumir los costes que ello implica. Esta obligación general existía antes de la Directiva y la misma no aporta nada nuevo, aunque sí alcanza a expresarlo al señalar que “los operadores deben sufragar los costes ocasionados por las medidas preventivas que hayan tenido que ser adoptadas en cualquier caso con vistas al cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que regulen sus actividades, o de los términos de cualquier permiso o autorización” (considerando 21º).

26 Por ello la Directiva señala que para la evaluación del daño es conveniente recurrir a procedimientos de evaluación de riesgos (Considerando 7).

III.2. El carácter administrativo de la responsabilidad medioambiental

La responsabilidad medioambiental tiene un carácter específicamente administrativo²⁷. Corresponde a la Administración en primera instancia garantizar la aplicación y cumplimiento de la normativa que la rige, a cuyo efecto se le atribuyen potestades para obligar a los operadores a la adopción de las conductas debidas, entre ellas la sancionadora, llegándose a la ejecución forzosa si fuere el caso. Pero el interés público que entraña la prevención, evitación y reparación de los daños medioambientales exige una intervención administrativa más intensa, de manera que el papel de la Administración en este ámbito se amplía para, por un lado, tutelar íntegramente las acciones que voluntaria o forzosamente lleven a cabo los operadores y, por otro lado, asumir ella misma la ejecución directa de las medidas en determinados supuestos que no suponen incumplimientos previos²⁸.

De este modo, y en términos generales, el art. 22.1 LRM dispone que la Administración ejercerá las potestades que la atribuyen la LRM y cualquier otra norma del ordenamiento jurídico con la finalidad de que el operador adopte las medidas de prevención, evitación y reparación, así como para que observe las demás obligaciones establecidas en la LRM. Se prevé que en caso de incumplimiento total o parcial de los deberes de llevar a cabo las medidas consignadas, la Administración requiera al operador su cumplimiento, sin perjuicio de la aplicación del régimen sancionador (art. 22.2 y 3 LRM). Y en caso de incumplimiento, puede proceder a la ejecución forzosa, mediante ejecución subsidiaria y multas coercitivas (art. 47 LRM).

La tutela más intensa de la Administración se advierte en la atribución de potestades para dar al operador instrucciones de obligado cumplimiento sobre las medidas de prevención, de evitación de nuevos daños y de reparación que deba adoptar o, en su caso, dejar sin efecto [arts. 18.c) y 21.d)] y sobre las medidas de reparación de carácter urgente que deba adoptar [art. 21.b)], así como para aprobar la propuesta del operador sobre las medidas reparadoras [art. 20.1.b)]. Al efecto, la LRM orienta la acción de la Administración, por una parte previendo que pueda habilitar al operador para que opte entre distintas medidas de reparación adecuadas o entre diferentes formas de ejecución (art. 20.2) y, por otra, prescribiendo que fije el orden de prioridades en la reparación cuando sean varios los daños y resulte imposible la adopción simultánea de las medidas reparadoras (art. 20.3). Como se aprecia, el modo como se prevenga el daño en caso de amenazas inminentes o como reparen los daños no queda a la libre disposición del operador obligado, ni aun cuando la titularidad de los recursos dañados es privada. Es la función pública de tutela ambiental, el interés

²⁷ B. LOZANO CUTANDA (2005, p. 29) y E. ORTEU BERROCAL Y R. MÁRQUEZ MOLERO (2005, p. 55) pronunciándose sobre la Directiva, calificaron en su momento la responsabilidad medioambiental como “responsabilidad de derecho público por daños al medio ambiente” y “responsabilidad de carácter público”, respectivamente.

²⁸ *Vid.* M. ZAMBONINO PULITO, 2008, pp. 18 ss. La Directiva justifica el protagonismo de los poderes públicos en la prevención y reparación de los daños ambientales porque “es una tarea que contribuye directamente a la finalidad de la política medioambiental de la Comunidad” (Considerando 15º).

público que reviste la protección del medio ambiente y, aquí específicamente, la reparación de los daños, lo que explica este régimen peculiar.

Para todo ello resulta imprescindible el intercambio de información, para lo cual la LRM establece las correspondientes obligaciones de los operadores²⁹ y apodera a la Administración para exigirlos [arts. 18.a) y 21.a)].

Con independencia de todo lo anterior, y como ya avancé, la Administración puede acordar y ejecutar por sí misma las medidas de prevención, de evitación de nuevos daños o de reparación atendiendo, entre otras, a las siguientes circunstancias, que no presuponen incumplimiento alguno: a) que no se haya podido identificar al operador responsable y no quepa esperar a ello sin peligro de que se produzcan daños medioambientales; b) que haya diversos operadores responsables y no sea posible una distribución eficaz en el tiempo y en el espacio que garantice la correcta ejecución de las medidas; c) que se requieran estudios, conocimientos o medios técnicos que así lo aconsejen; d) que sean necesarias actuaciones en bienes de las Administraciones públicas o en los de propiedad privada de terceros que hagan difícil o inconveniente su realización por el operador responsable; e) que la gravedad y la trascendencia del daño así lo exijan (art. 23.1). Puede también adoptar medidas de prevención, de evitación y de reparación en casos de emergencia, sin tramitar procedimiento previo [art. 21.b) y art. 23]³⁰.

Este protagonismo de la Administración representa muy claramente las causas y consecuencias de la afirmación de una función pública ambiental: de un lado, la protección del medio ambiente no queda al albur de iniciativas ni de remedios particulares; de otro lado, se asume que la intervención administrativa es necesaria porque es la Administración, y no los Tribunales de Justicia, la que cuenta con los medios y conocimientos necesarios, así como con los procedimientos necesarios para hacer frente al daño ambiental y para repararlo en la forma en que se exige esta reparación, que no es mediante indemnizaciones³¹, de manera que no cabe la acción judicial directa³². Pero

29 Las obligaciones son: 1) Poner en conocimiento inmediato de la autoridad competente todos los aspectos relativos a los daños medioambientales o a la amenaza de tales daños, así como las medidas de prevención y evitación adoptadas. De no desaparecer la amenaza de daño a pesar de haberse adoptado las medidas de prevención o de evitación de nuevos daños, ponerlo en conocimiento inmediato de la autoridad competente (art. 17.4); 2) Poner en conocimiento inmediato de la autoridad competente la causación de daños medioambientales (art. 19); 3) Informar a la autoridad competente de las medidas provisionales adoptadas ante el daño ambiental causado [art. 20.1.a)]

30 Se prevé la recuperación de los costes en que la Administración haya incurrido, no necesariamente íntegros si los gastos para hacerlo son superiores al importe recuperable y así queda justificado en una memoria económica (arts. 21.e) y 23.3 LRM). La recuperación de costes se regula específicamente en el art. 48. C. PLAZA MARTIN (2008, p. 451, nota 75) considera que en este caso cualquier decisión tendrá que materializarse en una resolución adoptada conforme a un cauce procedimental preestablecido, aunque éste sea mínimo, porque de otro modo se podría incurrir en vía de hecho. En mi opinión, puede suceder que la resolución a que se refiere la autora no sea sino una orden verbal y genérica de actuación a los efectivos encargados de hacer frente a la amenaza inminente o al daño ya producido, emanada sin procedimiento previo.

31 En el considerando 24 de la Directiva se indica que “conviene que las autoridades competentes se encarguen de tareas específicas que impliquen la discreción administrativa apropiada, a saber, la tarea de evaluar la importancia de los daños y determinar qué medidas reparadoras deben adoptarse”. *Vid.*, en el contexto de la discrecionalidad y de sus aspectos

además, el protagonismo de la Administración es coherente con un elemento que forma parte de la filosofía de fondo de la regulación: la idea de que, a la postre y por defecto, es a la sociedad en su conjunto a la que corresponde reparar el daño ambiental³³, lo que a mi juicio revela que es ella, la sociedad y no los recursos naturales, “la víctima”, en última instancia, del daño.

Tal protagonismo se encauza a través del procedimiento administrativo, que tiene un carácter cuasi-necesario, pues habrá de seguirse, en efecto, en la mayoría de las hipótesis de responsabilidad medioambiental. Tan sólo, si acaso, no habrá necesidad de abrir un procedimiento si el supuesto de hecho es el de una amenaza inminente y el operador adopta las medidas de prevención oportuna en los términos del art. 17 LRM, esto es, las adopta sin demora y sin necesidad de advertencia, de requerimiento o de acto administrativo previo, conforme a los criterios establecidos en el punto 1.3 del anexo II y los que en su caso haya fijado la Comunidad Autónoma, poniéndolo de inmediato en conocimiento de la Administración; en este supuesto, si las medidas preventivas surten su efecto y la Administración no ve la necesidad de que se adopten otras o de dirigir ningún tipo de instrucción, podría considerarse que el incidente se ha zanjado sin necesidad de instruir un procedimiento. En los demás casos³⁴, el procedimiento es necesario, incluso cuando el recurso dañado sea de titularidad privada y el operador no cuestione el cumplimiento de sus obligaciones, ni aun la de reparación³⁵.

Este procedimiento tiene unos perfiles propios –que más se adivinan que se “ven”- pues en el mismo se concitan aspectos que pertenecen a su tradicional fisonomía como iter de actuaciones formalizadas que concluyen en una resolución, pero también aspectos más informales y dinámicos que abonan la consideración del procedimiento como un cauce de cooperación con la Administración para resolver el problema ambiental generado, problema que en todo caso tiene carácter público y que excede del ámbito del particular responsable y, en su caso, del particular perjudicado³⁶. En el seno de este

extrajurídicos, J. PONCE SOLE, 2001, pp. 113 ss. Con referencia a la aprobación administrativa de las propuestas de reparación del operador, G. VALENCIA MARTÍN (2005, pp. 161 y 162) destacó que ello se compadecía “con la complejidad que pueden revestir dichas medidas y el peligro que supondría dejarlas al arbitrio del operador aun bienintencionado”.

³² B. LOZANO CUTANDA (2005, p. 33), J. ESTEVE PARDO (2008, p. 82) y C. PLAZA MARTÍN (2008, p. 431) han destacado la ausencia de acción directa. *Vid.* también G. VALENCIA MARTÍN, 2005, pp. 140 ss.

³³ G. VALENCIA MARTÍN, 2005, p. 144.

³⁴ En los supuestos de emergencia, la intervención directa de la Administración se produce sin necesidad de procedimiento previo, en el marco de las medidas provisionales, de manera que cuando la situación de emergencia haya cesado se abrirá el procedimiento.

³⁵ Por consiguiente, no es sólo que el modelo de la LRM “se distancia del marco natural de resolución de los casos de responsabilidad que es el proceso judicial”, como con acierto subraya J. ESTEVE PARDO (2008, p. 82), sino que, haya o no conflicto, ha de tramitarse normalmente un procedimiento.

³⁶ Me refiero a lo que podríamos llamar procedimiento de responsabilidad medioambiental en sentido estricto, no al de recuperación de costes por parte de la Administración, regulado en el art. 48, de corte clásico, como conviene a la materia. El primero ofrece cobertura a la acción material de la Administración o del responsable; el segundo persigue la titulación de una obligación de dar.

procedimiento, la Administración podrá exigir la adopción de las medidas de prevención y de evitación y dar instrucciones sobre las mismas; podrá exigir la adopción de las medidas reparadoras necesarias y dar instrucciones también sobre las mismas (incluso para dejarlas sin efecto); y aprobará, en su caso, la propuesta de medidas reparadoras que se le presente; en su caso, también podrá adoptar, exigir al operador que adopte o dar instrucciones al operador respecto de todas las medidas de carácter urgente que sean necesarias ante el daño ambiental producido. Y llegado el caso, habrá de ejecutar a costa del sujeto responsable las medidas de prevención, de evitación o de reparación.

Son los arts. 41 ss. LRM los que regulan las normas aplicables a los procedimientos de exigencia de responsabilidad medioambiental, sin conseguir expresar el dinamismo y el carácter cooperativo que, a la vista de las previsiones anteriores, pueden alcanzar las relaciones entre la Administración y el operador responsable y, en consecuencia, el procedimiento, lo que acaso pueda obedecer a que se trata de una regulación básica, de manera que serán las Comunidades las que tendrán que imprimir “vida” a la disciplina del procedimiento. Pero también porque la LRM se muestra excesivamente apegada al esquema del procedimiento común de la Ley 30/1992, de manera que nos encontramos ante unos preceptos que, en el boceto que bosquejan, desvelan más bien un patrón clásico del mismo³⁷. En mi opinión esta regulación permite considerar como hipótesis –apoyada en los ejemplos que brindan otras regulaciones– que el carácter bifásico de la normativa de procedimiento en España (por el juego del tandem legislación básica-legislación de desarrollo y por la defectuosa comprensión de la competencia estatal sobre el procedimiento común) puede suponer un impedimento a la hora de avanzar en el diseño normativo de procedimientos administrativos que respondan a la realidad que hoy muestran los diferentes modos de relación y de cooperación entre la Administración y la ciudadanía, si el procedimiento común es el tradicional de la Ley 30/1992 y es en éste en el que se inspiran las normas básicas de contenido procedimental.

Como prueba de lo expuesto, detengámonos en el art. 45, que al regular la resolución del procedimiento sólo contempla la del procedimiento en que se exige la responsabilidad (iniciado por tanto de oficio o a instancia de interesado³⁸, no por el propio responsable) y que parece presuponer que es posible detener en el tiempo la amenaza inminente de daño o el propio daño, pues de suyo describe la resolución de un procedimiento que puede durar más de tres meses, encaminado a exigir al operador la responsabilidad medioambiental o a declarar que no existe tal responsabilidad, y ofreciendo un catálogo de contenidos de la

37 De hecho, no se regula un procedimiento, sino que se trata de normas aplicables a los procedimientos.

38 Por cierto que la restricción que opera la LRM en cuanto a la condición de interesado no se aviene con la filosofía que late en el régimen de esta responsabilidad, que parte de la consideración del medio ambiente como bien colectivo. Tampoco casa con el reconocimiento de la acción pública en la Ley de Costas. El impacto del Derecho Comunitario en nuestro Ordenamiento arroja en este punto un balance negativo, advertido ya en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. *Vid.* C. PLAZA MARTÍN, 2008, pp. 439 ss. Tempranamente, J. F. ALENZA GARCÍA (2005, p. 80) advirtió sobre la conveniencia de que la Ley estatal que transpusiera la Directiva recogiera la acción popular.

resolución que parece que se orientan pro futuro, salvo que se entienda que la resolución levanta acta del conjunto de actuaciones y actos de trámite que hayan tenido lugar en forma de medidas provisionales.

En la mayoría de los casos, sin embargo, el procedimiento de responsabilidad medioambiental habrá de ser más dinámico y complejo, con acusado protagonismo de los sucesivos requerimientos, instrucciones y decisiones que la Administración haya de ir adoptando a la vista del desenvolvimiento de los acontecimientos. Un procedimiento en el que necesariamente se situarán en primer plano las medidas provisionales que tan escuetamente regula el art. 44, precepto en el que no se exteriorizan formas ni matices de diálogo y cooperación, con el que más bien se parece querer cumplir sólo con el principio de legalidad y cuyo único dinamismo es tan sólo el que proporciona la rápida enumeración de posibilidades en manos de la Administración. Es a esto a lo que me refiero cuando señalo que la resolución que regula el art. 45 puede entrañar, figuradamente, un levantamiento de acta³⁹, a lo que hay que añadir ahora que incluso en su conformación como resolución pro futuro, no deja de ser sino un acto cuya ejecución abre a su vez, si se ha identificado al responsable, una nueva fase en la relación continuada entre éste y la Administración, que sólo concluirá con la finalización de las tareas de reparación.

Lo anterior no obsta a que se puedan reconocer los méritos de esta regulación en lo que a procedimiento concierne, que también los tiene, como es el caso de la previsión de que en el inicio del procedimiento a solicitud del operador (art. 41.1 LRM) -que debería ser la forma ordinaria de inicio si contásemos con una ciudadanía responsable (nunca mejor dicho) y bien formada- no se exija ningún formalismo especial, de manera que puede entenderse que la comunicación informativa del operador (arts. 17.4 y 19 LRM) inicia el procedimiento. El art. 46, sobre la terminación convencional, también se sitúa en esta línea.

³⁹ J. ESTEVE PARDO (2008, p. 99), tras analizar el procedimiento, en especial el art. 45 sobre la resolución, indica que “la reacción preventiva o reparadora que la LRM impone se habrá de producir en muchos casos de manera inmediata, sin aguardar por supuesto a que se tramite el procedimiento administrativo del que acabamos de dar cuenta”.