

CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL(*)

BLANCA SORO MATEO

Sumario: I. EL CONCEPTO DE DAÑO AMBIENTAL ACOGIDO POR LA DIRECTIVA 2004/35/CE SOBRE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL. LA NECESIDAD DE ADOPTAR UN CONCEPTO OMNICOMPRESIVO– II. EL CONCEPTO DE DAÑO AMBIENTAL ACOGIDO POR LA LEY 26/2007, DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL. LAS AMENAZAS DE DAÑOS: 1. Daños ambientales comprendidos: A) Daños a las especies y a los hábitats. B) Daños a las aguas. C) Daños a la ribera del mar y de las rías. D) Daños al suelo. 2. Las amenazas inminentes de daños ambientales.– III. EXCLUSIONES AL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 26/2007, DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL: 1. Exclusiones objetivas. 2. Exclusiones formales: daños que encuentran su regulación en normas sectoriales. 3. Exclusiones subjetivas. 4. Exclusiones derivadas de la excepcionalidad causal. 5. Excepciones: supuestos de inexigibilidad de sufragar los costes.– IV. CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 26/2007, DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL: 1. Sobre el carácter limitado de daño ambiental acogido por la LRMA. 2. La insuficiente regulación de los daños transfronterizos. 3. Sobre la inexigibilidad de sufragar los costes en el caso de contaminaciones legales. Posibles soluciones.

RESUMEN: El presente trabajo se ocupa de analizar el ámbito objetivo de aplicación de la Ley de responsabilidad medioambiental a partir del concepto de daño ambiental acogido por la misma, abordando las exclusiones y la problemática jurídica derivada de la limitación de la responsabilidad, de la escueta regulación del daño transfronterizo y de las controvertidas contaminaciones legales.

Palabras clave: Ley de responsabilidad medioambiental; Ley 26/2007; responsabilidad ambiental; daño ambiental; daño transfronterizo.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 11 de noviembre de 2009 y evaluado favorablemente para su publicación el 18 de noviembre de 2009.

ABSTRACT: The study analyzes the objective area of application of the environmental responsibility Law from the concept of environmental damage, the exclusions and the juridical problematics derived from the limitation of the responsibility, of the succinct regulation of the cross-border damage and the controversial legal pollutions.

Key words: environmental responsibility Law; Law 26/2007; environmental responsibility; environmental damage; cross-border damage.

I. EL CONCEPTO DE DAÑO AMBIENTAL ACOGIDO POR LA DIRECTIVA 2004/35/CE SOBRE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL. LA NECESIDAD DE ADOPTAR UN CONCEPTO OMNICOMPRESIVO

Augurando la opción del legislador comunitario, la andadura legislativa española en materia de responsabilidad ambiental se remonta al año 1999, momento en que el legislador español, consciente de la trascendencia del deterioro del ambiente y constatada la insuficiencia del régimen general de Responsabilidad civil regulado en los arts. 1902 y ss. del CC en relación con el peculiar carácter de los daños al medio ambiente, elaboró un Anteproyecto de Ley de Responsabilidad civil, derivada de actividades con incidencia ambiental, de 29 de marzo de 1999, texto que no fue bien acogido por todas las instancias (1). Ello supuso un proyecto de adelantamiento al legislador comunitario, como lo haría Alemania ya en 1990 con su Ley de 10 de diciembre de 1990 sobre Responsabilidad Ambiental (2). Finalmente, no alumbró una norma reguladora de la Responsabilidad ambiental, entre otros motivos, por la fundada posibilidad de que la proyectada Ley resultara después incompatible con la futura Directiva.

(1) Nos referimos especialmente al sector del seguro y a los Votos Particulares del Dictamen 6/1999, de 6 de mayo, del Consejo Económico y Social al Anteproyecto. También de parte de la doctrina se han formulado críticas a dicho Texto. En concreto, puede verse el trabajo de JORDANO FRAGA, J., «Responsabilidad civil por daños al medio ambiente en derecho público: última jurisprudencia y algunas reflexiones de *lege data* y de *lege ferenda*», REDA, núm. 107, 2000 y mi trabajo titulado La responsabilidad ambiental de las Administraciones Públicas, Ministerio de Medio Ambiente, 2005.

(2) Fuera del ámbito comunitario, la CERCLA norteamericana (Comprehensive Environmental Response Compensation Liability Act), una década antes que Alemania, en 1990, también confiere un régimen especial a la Responsabilidad ambiental. Esta Ley ha sido modificada por la SAR, de 1986 (Superfund Amendments and Reauthorization Act).

En el ámbito comunitario, y concluidos los trabajos preparatorios reflejados en el Libro Verde y en el Libro Blanco sobre reparación de daños ambientales, vio la luz la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Responsabilidad Ambiental en relación con la Prevención y Reparación de los daños ambientales (3). Su Exposición de Motivos justificaba el significativo problema ambiental de Europa en la juventud de las normas sobre Responsabilidad por daños ambientales en los Estados miembros, advirtiendo que, o bien se carecía de una normativa específica o bien, si se disponía de alguna normativa, además de resultar asistemática no garantizaba el saneamiento en todo caso, sobre todo en los supuestos en que no era posible identificar al responsable o cuando éste resultaba insolvente (4).

Como consecuencia del *iter* expuesto, el legislador español aguardó a que la Directiva viera la luz para evitar una posterior y eventual reforma de la norma estatal, a pesar de que, tras la aprobación de la *Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, sobre Responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales* se trataba de una cuestión que demandaba una solución normativa pronta. Y así fue, aunque expirado el plazo de trasposición de la Directiva 2004/35, el 30 de abril de 2007, el 23 de octubre de este mismo año alumbraba la tan esperada Ley 26/2007 de responsabilidad medioambiental.

Asimismo, con carácter previo al análisis del concepto de daño ambiental acogido por la referida Directiva, resulta conveniente advertir sobre la complejidad propia del concepto de daño ambiental.

El daño ambiental no encuentra una definición omnicompreensiva y unívoca válida para todas las ciencias que lo sitúan como objeto de su estudio. Ni siquiera las disciplinas propiamente jurídicas se muestran de acuerdo sobre aquello a lo que los ciudadanos tienen derecho conforme al artículo 45 de la CE o sobre el objeto de la normativa básica de protección a que se refiere el art. 149.1.23^º CE. Han sido numerosísimos los conceptos de medio ambiente propuestos por la doctrina científica (5) y

(3) COM (2002) 17 final.

(4) Vid. Propuesta de Directiva sobre Responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, COM (2002) 17 final, p. 14.

(5) MARTÍN MATEO define el medio ambiente como integración de aquéllos elementos naturales de titularidad común y características dinámicas: en definitiva, el agua y el aire, vehículos

por la jurisprudencia (6) y, sin embargo, no cabe duda de que del concepto de medio ambiente que se acoja dependerán cuestiones de gran trascendencia cómo el concepto de daño ambiental

La tortuosa tarea de definición del daño ambiental parte de la propia complejidad del concepto de medio ambiente, coadyuvando a ello en España, además, la doble perspectiva que sobre el mismo adopta el Texto constitucional, como principio rector (art. 45 CE) y como materia competencial (arts. 148.1.9ª y 149.1.23ª CE). El TC se ha ocupado de definir medio ambiente a los distintos efectos, sobre todo a partir de la STC 102/199, de 26 de julio.

Doctrinalmente se ha abundado sobre la conceptualización de los daños al medio ambiente propiamente dichos (7). La dificultad, en este caso, se

básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la vida del hombre en la tierra. El autor prefiere excluir el suelo, por entender que se reconduce a la ordenación global del territorio y a la lucha contra la erosión (MARTÍN MATEO, R., *Derecho Ambiental*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977, p. 79). En el mismo sentido ARROLLO GÓMEZ, «La problemática del medio ambiente», *DA*, núm. 140, 1971, p. 46. Parte de la doctrina, no obstante, considera que el suelo también es una parte integrante del medio ambiente. Así, CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «El Código Civil, cit. pp. 108-109. Sobre el concepto amplio de medio ambiente, desde el punto de vista doctrinal, cfr. JORDANO FRAGA, J., *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Barcelona, 1995, pp. 56 y ss.

(6) La jurisprudencia se ha ocupado de definir aquello que sea el medio ambiente adoptándose mayoritariamente un concepto amplísimo del mismo que abarca los recursos naturales, el paisaje e incluso los bienes de interés cultural. Ya una Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de noviembre de 1974 efectuó la siguiente consideración: «[...] hoy la belleza del paisaje no parece previsible que pueda ser defendida por un interdicto privado de obra nueva, pero en el momento actual la pureza del ambiente, el silencio, el transitar sin agobiantes aglomeraciones (que hace años podía representar simple paz espiritual para el amante del campo y de la naturaleza) son bienes patrimoniales que la economía moderna tiene en cuenta y valora en dinero [...]».

La STC 102/1995, de 26 de junio define «medio ambiente» como *entorno vital del hombre en un régimen de armonía que aúna lo útil y lo grato ... es un concepto esencialmente antropocéntrico y relativo* (f.j. 4ª) y como *complejo entramado de las relaciones entre sí de los elementos que lo componen* (f.j.6ª). Esta sentencia ilustrativamente se refiere también al medio ambiente como *sazonador de todas las demás políticas*.

(7) GOMIS CATALÁ se refiere al daño ecológico puro como aquél daño ambiental ajeno a cualquier connotación personal, patrimonial o económica y advierte que, como consecuencia de dicho carácter, *la mayoría de los ordenamientos jurídicos reconducen este tipo de daños a la esfera del Derecho Público donde recobran especial relevancia la Responsabilidad administrativa y la Responsabilidad penal* (GOMIS CATALÁ, L., *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 66 y ss.). Ahora bien, se ha de tener en cuenta que estos daños ambientales puros, sinérgicamente, van a incidir en otros bienes jurídicos, como la salud de las personas y los bienes materiales y que, como consecuencia de ello, difícilmente pueden existir daños ecológicos puros independientes.

nutre de la posibilidad de que la titularidad del bien ambiental pueda ser *pública y privada* puesto que la demanialización y expropiación de los bienes ambientales no es, como resulta sobradamente conocido, absoluta y existen montes y espacios naturales, y en general bienes ambientales, susceptibles de propiedad privada. Hablar de daño ambiental, pues, supone tomar en consideración los bienes públicos y privados integrantes del ambiente.

En torno a la problemática de esta noción, se ha observado una dejación por parte de la jurisprudencia civil; más bien se sustituye ésta por la definición de sus consecuencias negativas sobre la propiedad privada o sobre las personas. En este sentido, la jurisprudencia analizada por quienes hemos estudiado la Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por daños al medio ambiente, en puridad, versa sobre daños en el patrimonio privado de los particulares, plantaciones (8), actividad económica (9) y deterioro de la imagen de una playa a efectos de la actividad turística, entre otros; todos éstos son evaluables económicamente e individualizados o individualizables con relación a una persona o grupo de personas (10).

La normativa ambiental, sin embargo, se enfrenta desde hace años y sin rodeos a la definición del daño ecológico. A nivel Comunitario, ya la *Propuesta modificada de Directiva sobre Responsabilidad civil por daños al medio ambiente originados por los residuos, de 23 de julio de 1993*, distinguía a estos efectos entre daños a personas y a sus bienes y daños al medio ambiente, definiendo «deterioro ambiental» como cualquier influencia significativa, ya sea física, química o biológica, del medio ambiente (11). También el *Libro Verde de la Comisión sobre reparación del daño ecológico, de 14 de mayo de 1993*, aunque resultó ciertamente confuso sobre este extremo, se hizo eco de la ambigüedad y disparidad existente sobre el concepto de daño ambiental en cada Estado miembro. No obstante, el *Dictamen sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo*,

(8) STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 1 de diciembre de 1986.

(9) STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 9 de julio de 1984 y de 11 de octubre de 1974, comentada ésta última por SOSA WAGNER en, SOSA WAGNER, F., «Responsabilidad de la Administración en un supuesto de contaminación de aguas», REDA, núm. 12, 1977, pags. 147-152.

(10) Como advierte JORDANO FRAGA, en todos estos casos el medio ambiente es dañado y a la vez vehículo transmisor del daño (JORDANO FRAGA, J., «La Responsabilidad de las Administraciones ... cit.», p. 812).

(11) COM (1991) 219 final, p. 6; DOCE C nº 192, de 23 de julio de 1991.

al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social sobre reparación del daño ecológico, de 24 de febrero de 1994, (94/C 133/02) insistió en la importancia de la definición jurídica de aquello que sea el daño ecológico, proponiendo la comprensión de cualquier tipo de deterioro físico, químico o biológico, refiriéndose a los daños a los ecosistemas, parques naturales, reservas de agua potable y paisaje (4.1.3) (12). Posteriormente, el *Libro Blanco sobre Responsabilidad ambiental*, de 9 de febrero de 2000 (13) señaló que los daños que debe cubrir el régimen comunitario de Responsabilidad ambiental son los causados al medio ambiente y los daños tradicionales, incluyendo entre los primeros los causados a la biodiversidad y la contaminación de lugares (14), quedando identificados los daños ambientales con los denominados daños ambientales puros, que se contraponen a los que se denominan daños tradicionales.

Con mayor concisión que los precitados textos, la *Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, sobre Responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales* (DRMA), se refiere, a los solos efectos de la misma, a los daños que quedan comprendidos en el concepto de daño ambiental:

- a) «daños a la *biodiversidad*, los daños que afecten grave y adversamente al estado de conservación de la biodiversidad»;
- b) «daños a las *aguas*, los daños que afecten adversamente al estado ecológico, el potencial ecológico y el estado químico de las aguas en cuestión, en tal grado que este estado se deteriore o pueda deteriorarse a partir de una de las categorías definidas en la Directiva 2000/60/CE, con excepción de los efectos adversos en que se aplica el apartado 7 del artículo 4 de la Directiva 2000/60/CE»;

(12) *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo*, COM (1993) 47 final..

(13) COM (2000) 66 final, de 9 de febrero.

(14) A este respecto, el Libro advierte de la prácticamente inexistente normativa nacional sobre los daños causados a la biodiversidad. Por otra parte, justifica la necesidad de contemplar también por el sistema comunitario de Responsabilidad ambiental los daños causados a la salud de las personas y los daños materiales, cuando éstos deriven de una actividad peligrosa incluida en el sistema. A favor de esta postura aduce la frecuencia con que se producen ambos tipos de daños, ambientales y tradicionales, como consecuencia del ejercicio de estas actividades peligrosas (4.2.1).

- c) «daños al *suelo*, los daños que ocasionen graves daños posibles o reales contra la salud pública a raíz de la contaminación del suelo o del subsuelo» (art. 2.18).

El concepto de daño ambiental asumido por la DRMA incluye, en definitiva, por un lado, los daños directos o inmediatamente causados a la biodiversidad, al agua y al suelo y, por otro, los daños que podríamos denominar referenciales, secundarios o mediatos, que serían aquéllos causados en cualquier elemento del medio ambiente u otro bien no estrictamente ambiental pero que afecte a la conservación de la biodiversidad, así como los causados como consecuencia de la contaminación del suelo o subsuelo a la salud pública.

Nótese que la DRMA sólo se refiere a los daños ambientales importantes, lo que supone una plasmación evidente del principio de subsidiariedad con respecto a los regímenes que establezcan los Estados miembros en relación con otros menos graves.

A nuestro objeto, y aun antes de entrar a analizar el concepto de daño ambiental acogido por la Ley 26/2007 (LRMA), hemos de advertir que, en nuestra opinión, el ordenamiento jurídico interno debería adoptar un concepto omnicomprensivo de daño ambiental, con el fin de que el sistema específico de Responsabilidad ambiental abarcara todos los supuestos de daños importantes, menos importantes, graves y menos graves para que ninguno de éstos, por leve que sea, quede sin reparación. Ello debe ser de este modo, entendemos, por una razón fundamental, y es que así se deriva del art. 45 CE. A mayor abundamiento, se ha de tener en cuenta que los daños al medio ambiente, en la mayoría de los casos, se producen de la conjunción de varias acciones deteriorantes de carácter leve que, si bien aisladamente consideradas puede que no sean demasiado adversas o demasiado graves, su sinergia puede ser devastadora y de tal calado que resulte imposible, muy difícil o muy costosa su reparación. Sostenemos esta concepción amplia porque en el caso de no resultar aplicable un sistema especial regulador de la Responsabilidad ambiental, tanto el sistema de Responsabilidad extracontractual ex 1902 y ss. CC como el sistema de Responsabilidad patrimonial ex arts. 139 y ss. LRJAP y PAC no excluyen la reparación de los daños leves, además de que durante años ha quedado en evidencia la inadecuación de estos regímenes de responsabilidad con la propia naturaleza del daño ambiental

II. EL CONCEPTO DE DAÑO AMBIENTAL ACOGIDO POR LA LEY 26/2007 DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL

En el sentido visto *supra*, al referirnos al concepto acogido por la DRMA, el art. 2 de la LRMA considera daño ambiental, a efectos de la misma, los daños a especies silvestres y a los hábitats, los daños a aguas superficiales y subterráneas, los daños a la ribera del mar y de las rías y los daños al suelo. Como tendremos ocasión de analizar, la innovación introducida por el legislador estatal que más llama la atención en una primera aproximación es la referencia expresa a la ribera del mar y las rías, con la confesada finalidad de contemplar una nueva perspectiva a través de la cual fiscalizar y garantizar el cumplimiento de la Ley 22/1988, de Costas.

La LRMA define *daño ambiental* como cambio adverso y medible de un recurso natural o el perjuicio de un servicio de recursos naturales, tanto si se produce directa como indirectamente (art. 2.2). A renglón seguido, la Ley se ocupa de definir cada uno de estos elementos del medio ambiente que sitúa dentro del ámbito de aplicación de la Ley, esto es, los recursos naturales cuya afectación adversa y medible implica la aplicación de la misma, precisando el alcance del concepto de daño visto en relación con cada uno de ellos.

1. Daños ambientales comprendidos

A) Daños a las especies y a los hábitats

En primer lugar, y en relación con las especies y hábitats, la LRMA alude a los daños que produzcan *efectos adversos significativos* en la posibilidad de alcanzar o mantener el estado favorable de conservación de las especies silvestres y los hábitats, evaluado en relación con el estado básico, teniendo en cuenta los criterios enumerados en el Anexo I (15).

Por *especies silvestres* se ha de entender las especies de la flora y de la fauna mencionadas en el artículo 2.3 a) de la DRMA o que estén

(15) El carácter significativo de esos efectos se evaluará en relación con el estado básico, teniendo en cuenta los criterios expuestos en el anexo I, como el número de individuos, su densidad o la extensión de su zona de presencia, la rareza de la especie o del hábitat dañado así como su grado de amenaza, el papel de los individuos concretos o de la zona dañada en relación con la especie o la conservación de su hábitat, la capacidad de propagación y viabilidad de la especie o la capacidad de regeneración natural del hábitat dañado, entre otros.

protegidas por la legislación comunitaria, estatal o autonómica, así como por los Tratados Internacionales en que España sea parte, que se hallen en estado silvestre en el territorio español, tanto con carácter permanente como estacional (art. 2.4). En particular, tendrán la consideración de especies silvestres las especies incluidas en el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas o en los catálogos de especies amenazadas establecidos por las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbitos territoriales. Se trata de un concepto de daño a las especies de mayor amplitud que el contemplado por la DRMA. Nótese, además, que el ámbito de aplicación de la Ley, como consecuencia de la referencia a los catálogos autonómicos de especies amenazadas, variará en cada Comunidad Autónoma, según el grado de efectividad del ejercicio de la competencia para el establecimiento de normas adicionales de protección de la flora y de la fauna. Asimismo, por el peculiar diseño competencial que admite la CE en materia de caza y pesca, han de ser observadas también las normas autonómicas sobre estas materias, que en ocasiones podrán entrar en conflicto con las normas ambientales.

Por otra parte, se sitúan dentro del ámbito de aplicación de la LRMA los daños causados a los *hábitats*, entendidos éstos como las *zonas terrestres o acuáticas diferenciadas por sus características geográficas, abióticas y bióticas, y que estén mencionadas en el artículo 2.3 b) de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales* (16), o que estén protegidas por otras normas comunitarias, por la legislación estatal o autonómica, o por los Tratados Internacionales en que España sea parte (art. 2.5). Se amplía notablemente el ámbito de aplicación de la LRM con respecto al de la DRMA, en la medida en que quedarían comprendidos también los espacios naturales protegidos en virtud de una declaración en aplicación, tanto de la Ley de Patrimonio Natural y biodiversidad, como en aplicación de las normas autonómicas sobre protección de la naturaleza. Además, se ha de precisar que, a estos efectos, resultaría de aplicación a aquellos *hábitats* que, en aplicación de la Directiva 92/43/CEE, deberían formar parte de la Red Natura 2000, aunque ni siquiera hubieran sido propuestos

(16) Esto es, los *hábitats* de especies mencionadas en el art. 4.2 o en el Anexo I de la Directiva 92/43/CEE o enumeradas en el anexo II de la Directiva 92/43/CEE y los *hábitats* enumerados en el Anexo I de la Directiva 92/43/CEE y lugares de reproducción o zonas de descanso de las especies enumeradas en el anexo IV de la Directiva 92/43/CEE .

por el Estado español y, por supuesto, si se encontraran propuestos a la Comisión o pendientes de declaración como ZECs. En efecto, la DRMA no se refiere a ZEPAS ni ZECs, sino a los hábitats que alberguen determinadas especies, los enumerados en el anexo I, y los lugares de reproducción o zonas de descanso de las especies animales y vegetales de interés comunitario que requieren una protección estricta, enumerados en el anexo IV de la Directiva hábitats. De este modo, la LRMA pretende evitar que la dejación por parte de las CCAA de la obligación de declaración de ZECs o ZEPAS suponga una inaplicación de la misma a estos lugares.

En sede de especies silvestres y hábitats se aprecia una laguna importante en relación con eventuales daños provocados por especies exóticas invasoras. En virtud del art. 3.1. de la LRMA, la misma se aplicará a los daños medioambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran, cuando hayan sido causadas por las actividades económicas o profesionales enumeradas en el Anexo III, aunque no exista dolo, culpa o negligencia, o por actividades no enumeradas en el Anexo III, cuando medie dolo, culpa o negligencia, exigiéndose, en este último caso, sólo medidas de prevención y evitación y no de reparación. Pues bien, la Directiva Marco sobre la estrategia marina 2008/56/CE exige que los estados miembros incluyan a las especies invasoras en la descripción del buen estado medioambiental. De ello se deriva la obligación de tener en cuenta los daños que estas puedan generar sobre el medio ambiente como consecuencia del desarrollo de actividades que favorecen o provocan su introducción (agua de lastre, exportaciones e importaciones de origen animal y vegetal, acuicultura, pesca recreativa y transporte de mercancías, entre otras), actividades que no en todo caso, además, encajarían en la definición de actividad económica o profesional que acogen tanto la DRMA como la LRMA. Si examinamos el contenido del Anexo III de la LRMA podemos comprobar que las actividades cuyo ejercicio puede implicar la introducción de especies invasoras en nuestro Estado no se encuentran incluidas en el mismo, ni en el Anexo I de la Ley 16/2002 de prevención y control integrado de la contaminación, ni en el Anexo I del Real Decreto Legislativo 1/2008 que aprueba el TRLEIA. Ello es así porque estas actividades, en sí mismas, no son tenidas por contaminantes o agresoras del entorno, esto es, porque se consideraba que su ejercicio no implicaba un riesgo para el medio ambiente. No obstante, la introducción de especies exóticas fuera de su hábitat habitual constituye una amenaza que ha de ser tenida en cuenta por la normativa nacional, en la línea propuesta por

la Comisión Europea en la *Comunicación hacia una estrategia de la Unión Europea sobre especies invasoras* (17). Esta comprensión, por parte de la normativa estatal ambiental podría tener lugar, y esta es nuestra propuesta en este ámbito, en la normativa sobre EIA, en la actualidad, en fase de reforma, así como en la normativa sobre responsabilidad ambiental, al menos con la inclusión de las actividades susceptibles de provocar su introducción en los respectivos anexos de estas normas.

B) Daños a las aguas

En relación con las aguas, quedan comprendidos en el concepto de daño ambiental los daños a las aguas, entendidos como cualquier daño que produzca efectos adversos significativos tanto en el estado ecológico, químico y cuantitativo de las masas de agua superficiales o subterráneas, como en el potencial ecológico de las masas de agua artificiales y muy modificadas (art. 2.1.b). A tales efectos, se estará a las definiciones que establece la legislación de aguas, teniendo en cuenta que no tendrán la consideración de daños a las aguas los efectos adversos a los que le sea de aplicación el artículo 4.7 de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (18).

(17) COM (2008) 749 final (p. 9).

(18) En virtud de este precepto, no se considerará que los Estados miembros han infringido la presente Directiva cuando: el hecho de no lograr un buen estado de las aguas subterráneas, un buen estado ecológico, o en su caso un buen potencial ecológico, o de no evitar el deterioro del estado de una masa de agua superficial o subterránea se deba a nuevas modificaciones de las características físicas de una masa de agua superficial o a alteraciones del nivel de las masas de agua subterránea, o el hecho de no evitar el deterioro desde el excelente estado al buen estado de una masa de agua subterránea se deba a nuevas actividades humanas de desarrollo sostenible, y se cumplan las condiciones siguientes: a) que se adopten todas las medidas factibles para paliar los efectos adversos en el estado de la masa de agua; b) que los motivos de las modificaciones o alteraciones se consignen y expliquen específicamente en el plan hidrológico de cuenca exigido con arreglo al artículo 13 y que los objetivos se revisen cada seis años; c) que los motivos de las modificaciones o alteraciones sean de interés público superior y/o que los beneficios para el medio ambiente y la sociedad que supone el logro de los objetivos establecidos en el apartado 1 se vean compensados por los beneficios de las nuevas modificaciones o alteraciones para la salud humana, el mantenimiento de la seguridad humana o el desarrollo sostenible; y d) que los beneficios obtenidos con dichas modificaciones o alteraciones de la masa de agua no puedan conseguirse, por motivos de viabilidad técnica o de costes desproporcionados, por otros medios que constituyan una opción medioambiental significativamente mejor (art. 4.7).

Resultan interesantes estas previsiones si las comparamos con las vistas *supra* en relación con los hábitat y especies, porque en puridad tienen un alcance distinto. En el caso de las especies y de los hábitats se exige que, independientemente del estado de conservación de los mismos, éstos o éstas mantengan las características que los hagan merecedores de su protección en el momento de entrada en vigor de la Ley; de ahí que el estado de conservación de referencia, a partir del cual se aprecien los efectos adversos significativos será el que exista desde el momento a partir del cual se retrotraigan los efectos de la Ley. De este modo, habrá especies y hábitats que, por no reunir estas condiciones, no quedarán incluidos en el concepto de recursos naturales a que se refiere la definición legal de daño ambiental.

Algo distinto sucede, en cambio, en relación a las aguas como recurso natural que integra el concepto legal de daño ambiental a que nos referimos. En este caso, la DRMA define aguas como todas las aguas comprendidas en la Directiva 2000/60/CE Marco de Aguas, considerando daño ambiental a sus efectos (art. 2.1.b) los daños a las aguas, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos sobre el estado ecológico, químico o cuantitativo o en el potencial ecológico definidos en la DMA de las aguas en cuestión, con excepción de los efectos adversos a los que se aplica el apartado 7 del art. 4 de dicha Directiva (19). Ello significa que quedarían comprendidas en esta categoría todas aquellas masas de agua a que ésta se refiere, esto es, sobre las que extiende su ámbito de aplicación (20).

(19) Vid. W. J.M MARTENS, R. SLOOFF y E.K JACKSON, «El cambio climático, la salud humana y el desarrollo sostenible», *Rev. Panam. Salud Pública* [http: www.scielosp.org/pdf/rpsp/v4n2/4n2a10.pdf](http://www.scielosp.org/pdf/rpsp/v4n2/4n2a10.pdf).

(20) Una de las novedades más relevantes que comporta la DMA se circunscribe al original ámbito objetivo de la misma. El art. 1 de esta norma señala que su objeto es establecer un marco para la protección de las aguas superficiales continentales, las aguas de transición, las aguas costeras y las aguas subterráneas para la consecución de los objetivos medioambientales a que se refiere su art. 4. Interesa, pues determinar qué se entiende por cada una de estas masas de agua. Pues bien, las aguas superficiales son definidas como *las aguas continentales, excepto las aguas subterráneas, las aguas de transición y las aguas costeras, y, en lo que se refiere al estado químico, también las aguas territoriales* (art. 2.1 DM). Las aguas subterráneas serán todas aquellas que se encuentran bajo la superficie del suelo en la zona de saturación y en contacto directo con el suelo o el subsuelo (art. 2.2 DM). A Puede colegirse que como una de las exigencias de la DMA que repercuten en la actual regulación de las aguas se encuentra el ámbito objetivo integrador de aquélla, pues se aplica a las aguas costeras, de transición, superficiales y subterráneas, aglutinando, los tradicionales objetos de nuestra normativa sobre aguas continentales y litorales. Puede advertirse, asimismo, que el ámbito objetivo de la DMA resultó sensiblemente más amplio que el concepto de DPH que contenía el art. 2 del TRLA, pues éste venía a coincidir sustancialmente con la mayor

parte del concepto de aguas continentales adoptado por la DMA, a salvo las subterráneas a que se refiere su art. 2.3 y las *aguas costeras y territoriales*, que formarían parte del concepto de DPMT albergado por la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas y que la Directiva incluye dentro de la categoría de aguas superficiales. La complejidad en la tarea de transposición de la DMA a nuestro ordenamiento se ha visto acrecentada por la necesidad de incorporar nuevos conceptos o reformulaciones de conceptos ya presentes como el de «aguas continentales», «aguas de transición», «aguas costeras», «aguas territoriales» —las cuatro, del concepto de «aguas superficiales»— y «aguas subterráneas». Como se ha advertido, el macroconcepto de aguas superficiales comprende, en primer término, las «aguas continentales», que son, según el art. 2.3 de la DM, *todas las aguas quietas o corrientes en la superficie del suelo y todas las aguas subterráneas situadas hacia tierra desde la línea que sirve de base para medir la anchura de las aguas territoriales*. Por su parte, el TRLA señalaba, antes de su modificación por obra de la Leyes 62/2003, de 30 de diciembre, y 11/2005, de 22 de junio, que constituyen el DPH del Estado las aguas continentales, tanto superficiales como subterráneas renovables, los cauces de corrientes naturales continuas y discontinuas, los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos, los acuíferos subterráneos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos, y las aguas procedentes de desalación de agua de mar, una vez que queden incorporadas a cualquiera de los elementos anteriores (art. 2). Téngase en cuenta que el art. 2 del TRLA ha sufrido dos importantes modificaciones como consecuencia de las Leyes 62/2003, de 30 de diciembre y 11/2005, de 22 de junio, pues, en primer lugar, ahora alude a los acuíferos y no a las aguas subterráneas y, en segundo lugar, —y esta innovación sí que resulta, en cambio, de gran calado— se consideran de dominio público estatal, en todo caso, las aguas procedentes de desalación de agua del mar. Varias consideraciones merecía el contraste del art. 2 del TRLA con la DMA. En primer lugar, el art. 2.3 de la DMA introdujo un concepto hasta ahora inédito en nuestra disciplina jurídica de las aguas, como es el de aquéllas «aguas subterráneas situadas bajo el lecho marino», en concreto aquellas masas de agua subterránea comprendidas entre la costa y el límite interior del mar territorial. Estas aguas subterráneas que la norma comunitaria incluye en la categoría de aguas continentales, según nuestra vigente disciplina en materia de aguas, forman parte, sin embargo, del denominado DPMT. En efecto, esta delimitación geográfica coincide, por cierto, con la de las aguas interiores superficiales, que son aquellas comprendidas entre el límite exterior de la ribera del mar y el límite interior del mar territorial, y sobre las cuales, como es sabido, las CCAA pueden asumir importantes competencias (art. 149.1.11^º CE). De este modo, la transposición de la Directiva, en este punto, debería haber observado esta cuestión, que parece haber sido olvidada por el art. 16 bis 4.

Como ha quedado visto, también forman parte de las aguas continentales, a efectos de la Directiva Marco, las que ésta denomina aguas de transición y las aguas costeras. Las primeras, quedan definidas como *aquellas masas de agua superficial próximas a la desembocadura de los ríos que son parcialmente salinas como consecuencia de su proximidad a las zonas costeras pero que reciben una notable influencia de flujos de agua dulce* (art. 2.6 DMA). Las aguas de transición a que se refiere la norma comunitaria forman parte de nuestro Dominio Público Marítimo-terrestre, más concretamente de lo que la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas denomina Zona Marítimo Terrestre (art. 3.1.a. párrafo. 2 LC). Así, cuando existan, servirán para determinar el límite de las aguas costeras, que según el art. 2.7 de la Directiva Marco son *aquellas aguas superficiales situadas hacia tierra desde una línea cuya totalidad de puntos se encuentra a una distancia de una milla náutica mar adentro, desde el punto más próximo de la línea de base que sirve para medir la anchura de las aguas territoriales y que se extienden, en su caso, hasta el límite exterior de las aguas de transición* (cfr. art. 16. bis 1, párrafo 3, del TRLA). El concepto y delimitación de lo que la DMA denomina aguas costeras presenta algunos problemas íntimamente relacionados con la propia delimitación de las aguas de transición. De hecho, puede advertirse que la definición de aquéllas dada por la DMA hace referencia tan sólo a su límite exterior, que se sitúa en una

Este precepto, esto es, el art. 4.7 de la DMA alude a incumplimientos de los apartados precedentes que no suponen infracción de la norma comunitaria. Consecuentemente, cuando estos incumplimientos generen daños, en los términos de la DRMA, no se responderá si se cumplen las condiciones establecidas. En efecto, no supondrá una infracción de la DMA y, en consecuencia, tampoco resultará de aplicación la DRMA la no consecución del buen estado ecológico de las aguas subterráneas o el buen estado ecológico de las masas de agua superficiales o subterráneas cuando ello se deba a modificaciones de las características físicas de las masas de agua superficiales o a la alteración del nivel de las subterráneas. Además, y a ello es, en mi opinión, a lo que se refiere el art. 2.1.b de la LRMA, cuando no se evite el deterioro del estado de una masa de agua superficial o subterránea cuando ello se deba a las causas apuntadas, o bien cuando no se evite el deterioro desde el excelente estado al buen estado de una masa de agua subterránea cuando ello se deba a nuevas actividades humanas de desarrollo sostenible.

La LRMA debería haberse referido también a los efectos adversos que contempla el art. 4.6 de la DMA, que comprende las causas naturales, la fuerza mayor, excepcionales o razonablemente imprevisibles (inundaciones

milla mar adentro a partir del límite interior del MT. Ello supone que las aguas costeras abarcan la integridad de las aguas interiores y una milla del MT. Por el contrario, la norma comunitaria no determina en todo caso el límite interior de las aguas costeras, pues sólo lo hace cuando existan aguas de transición, en cuyo caso lo sitúa en el límite exterior de éstas. Cuando dichas aguas de transición no existan, cabría interpretar que el límite interior de las aguas costeras se situaría en el límite exterior de la ribera del mar, pues no tendría demasiado sentido, a los efectos de la DMA, comprender, en el concepto de aguas costeras, y como integrantes de las aguas superficiales, una parte de la zona marítimo terrestre. Las aguas territoriales, que cierran la categoría de las aguas superficiales, no son definidas por la DMA, de manera que la norma parece acoger el concepto de MT adoptado por el Derecho Internacional, y asumido por nuestro Estado en la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre MT y por el Real Decreto, de 5 de marzo de 1976, por el que se establecen las líneas de base recta que unen puntos del litoral que penetran en el mar, a través de las que se determina el límite interior del MT (12 millas a partir de dicha línea, en virtud del art. 1º del Convenio de Ginebra de 29 de abril de 1958, al que España se adhirió el 25 de febrero de 1971 y del art. 1 de la Ley 10/1977, de 4 de enero). La novedad que introduce la DMA a este respecto consiste en que las aguas que integran el Mar Territorial, y que no integran las denominadas aguas costeras, forman parte de las aguas superficiales definidas en la norma comunitaria, ahora bien, sólo en lo que se refiere a su estado químico. En efecto, se ha de tener en cuenta que las aguas costeras ocupan la primera milla del MT; de este modo, las referencias que la DMA realiza a las aguas territoriales deben entenderse efectuadas a las once millas restantes, siendo de aplicación a la primera milla todo el régimen jurídico dispuesto para las aguas superficiales que, desde luego, no se limita al control de su estado químico. De este modo, debemos entender que afecta a la regulación del régimen jurídico del DPMT.

graves y sequías prolongadas) o resultado de accidentes razonablemente imprevisibles, cuando se cumplan una serie de circunstancias (21).

C) Daños a la ribera del mar y de las rías

En tercer lugar, la LRMA extiende su aplicación a los daños a la ribera del mar y de las rías, entendidos como cualquier daño que produzca efectos adversos significativos sobre su integridad física y adecuada conservación, así como también aquéllos otros que impliquen dificultad o imposibilidad de conseguir o mantener un adecuado nivel de calidad de aquélla (art. 2.1.c). Como apuntábamos, se trata de la innovación que más llama la atención en una primera aproximación al estudio comparado de la DRMA y de la LRMA, cuya finalidad atisbamos que puede concretarse en incorporar una nueva perspectiva a través de la cual garantizar el cumplimiento de la Ley 22/1988, de Costas. No obstante, merece que nos detengamos en este asunto.

El artículo 2.8 de la LRMA define «ribera del mar y de las rías» como los *bienes de dominio público marítimo terrestre regulados en el art. 3.1 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas*. Queda claro que el precepto no se refiere a las rías, ni a las aguas de transición, ni a las aguas interiores, en la terminología de la DMA, masas de agua que quedarían comprendidas en el concepto de aguas (art. 2.7 LRMA), que abarca todas las aguas continentales, tanto superficiales como subterráneas —es decir, lo comúnmente conocido como dominio público hidráulico— las aguas costeras y de transición —integrantes del DPMT— y los demás elementos que integran el DPH en virtud del TRLA —las aguas desaladas, lo cual no tiene mucho sentido, los cauces de corrientes naturales continuas o discontinuas y los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos que a todas luces no conforman el concepto de aguas que manejamos como recurso natural, sino más bien de suelo—.

Por su parte, el art. 3.1. de la Ley 22/1988 de Costas define ribera del mar y de las rías como

- a. La zona marítimo-terrestre o espacio comprendido entre la línea de bajamar escorada o máxima viva equinoccial, y el límite hasta

(21) A este respecto, téngase en cuenta la Directiva 2007/60, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, relativa a la evaluación y gestión de los riesgos de inundación.

donde alcanzan las olas en los mayores temporales conocidos o, cuando lo supere, el de la línea de pleamar máxima viva equinoccial. Esta zona se extiende también por las márgenes de los ríos hasta el sitio donde se haga sensible el efecto de las mareas. Se consideran incluidas en esta zona las marismas, albuferas, marjales, esteros y, en general, los terrenos bajos que se inundan como consecuencia del flujo y reflujo de las mareas, de las olas o de la filtración del agua del mar.

- b. Las playas o zonas de depósito de materiales sueltos, tales como arenas, gravas y guijarros, incluyendo escarpes, bermas y dunas, tengan o no vegetación, formadas por la acción del mar o del viento marino, u otras causas naturales o artificiales.

En cuanto a la compatibilidad del sistema instaurado por la LRMA y las obligaciones de restitución y reposición previstas en el art. 100 de la LC (22), cuando se realicen acciones u omisiones que causen daños o menoscabo a los bienes de dominio público marítimo terrestre en virtud del art. 90, el art. 6 de la LRMA dispone expresamente que

1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 36.3 (23), 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.

2. En los supuestos de concurrencia de responsabilidad medioambiental con procedimientos penales o sancionadores se aplicarán las siguientes reglas:

(22) De conformidad con este precepto, cuando la restitución y reposición a que se refiere el art. 95.1 de la LC no fueran posibles y, en todo caso, cuando subsistan daños irreparables y perjuicios, los responsables de la infracción deberán abonar las indemnizaciones que procedan, fijadas ejecutoriamente por la Administración. En segundo término, cuando los daños fueren de difícil evaluación, se tendrán en cuenta los siguientes criterios: coste teórico de la restitución y reposición, valor de los bienes dañados, coste del proyecto o actividad causante del daño y beneficio obtenido con la actividad infractora. En tercer lugar, cuando el beneficio sea superior a la indemnización se tomará para ésta, como mínimo, la cuantía de aquél.

(23) Según el artículo 36.3 de la LRMA, *no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en los que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento. En los supuestos en los que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito o de falta, la autoridad competente pasará el tanto de la culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado* (art. 36.3).

- a) Esta ley se aplicará, 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.
- b) Esta ley se aplicará, 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.
- c) La adopción de las medidas de reparación de daños medioambientales causados por actividades económicas o profesionales distintas de las enumeradas en el anexo III será exigible únicamente 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.

3. Si por aplicación de otras leyes se hubiera conseguido la prevención, la evitación y la reparación de daños medioambientales a costa del responsable, no será necesario tramitar las actuaciones previstas en esta ley.

Este precepto contiene tres reglas fundamentales. En primer lugar, puede extraerse que respecto de actividades incluidas en el anexo III de la Ley se establece una compatibilidad absoluta de primer grado con otros procedimientos sancionadores o penales respecto de las medidas reparadoras. En relación con los operadores de actividades económicas y profesionales, la compatibilidad también es absoluta pero sólo respecto de las medidas de prevención y evitación, no de reparación, por lo que la denominamos compatibilidad absoluta de segundo grado. Por otra parte, para determinar la aplicación de la LRMA a actividades distintas de Anexo III, hay que esperar a la determinación de la existencia de dolo o culpa o negligencia en el correspondiente y previo procedimiento administrativo o penal. Se trataría de una compatibilidad relativa. Por último, se establece la supletoriedad de la aplicación de la LRMA cuando por aplicación de otras leyes se hubiera conseguido la prevención, la evitación y la reparación de daños medioambientales a costa del responsable (24).

(24) Cfr. ESTEVE PARDO, J., *Ley de responsabilidad medioambiental. Comentario sistemático*. Marcial Pons, Barcelona, p. 25.

Dejando a un lado estas consideraciones, y continuando con el análisis del ámbito objetivo de aplicación de la LRMA, se ha de hacer una última precisión. A la luz de su texto, quedarían fuera de su ámbito de aplicación las aguas subterráneas bajo el lecho marino, que según la Directiva forman parte de las aguas que integran el DPH y, según nuestra normativa en materia de costas, integran el DPMT, ya que en ningún momento alude a ellas la LRMA. Se plantea, pues, un problema en relación con la inclusión de estas porciones de agua en el concepto de recurso natural susceptible de ser dañado en los términos de la LRMA.

D) Daños al suelo

Por último, quedan dentro del ámbito de aplicación de la LRMA los daños al suelo, es decir, cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana o para el medio ambiente debidos al depósito, vertido o introducción directos o indirectos de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o en el subsuelo (art. 2.1.d). Se refiere la Ley a los efectos adversos para la salud humana o para el medio ambiente, lo cual supone un avance respecto de lo dispuesto en la DRMA, ya que la norma comunitaria, al definir el daño ambiental al suelo, sólo alude a los efectos adversos para la salud humana (art. 2.1. c). No obstante, era lógico que así fuera por parte del legislador español, siguiendo la línea iniciada por la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos y desarrollada por 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 (25).

(25) A pesar de la vulnerabilidad ecológica de los suelos, en España se ha carecido de instrumentos normativos para promover su protección hasta la promulgación de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos. Así, el Real Decreto da cumplimiento a las obligaciones impuestas al Gobierno por la Ley 10/1998, de Residuos, en lo que refiere a la definición de criterios para la declaración de un suelo contaminado, estableciendo que *las comunidades autónomas declararán, delimitarán y harán un inventario de los suelos contaminados debido a la presencia de componentes de carácter peligroso de origen humano, evaluando los riesgos para la salud humana o el medio ambiente, de acuerdo con los criterios y estándares que, en función de la naturaleza de los suelos y de los usos, se determinen por el Gobierno previa consulta a las comunidades autónomas* (art. 27)

En cuanto al contenido del Real Decreto trata dos aspectos diferentes relativos a los suelos contaminados: las obligaciones asociadas a aquellas actividades económicas que se ha considerado

2. Las amenazas inminentes de daños ambientales

Por otra parte, y es una novedad importante, la LRMA se aplicará a los daños efectivamente producidos así como a las amenazas inminentes de que los daños ambientales se produzcan, esto es, cuando exista una probabilidad suficiente de que se produzcan daños medioambientales en un futuro próximo (arts. 2.3 y 2.13 LRMA).

La efectividad del daño ambiental es un elemento del sistema de Responsabilidad que resulta fácil de apreciar, en la medida en que siempre que sea comprobable un deterioro del entorno se cumplirá dicho requisito. No obstante, es cierto que en ocasiones la *prueba* de la efectividad del daño requerirá pericias técnicas complejas, pues no resultará siempre constatable con una simple comprobación visual (26).

que son susceptibles de contaminar el suelo y las pautas para la investigación de la contaminación del suelo en función del riesgo para la salud humana y para los ecosistemas.

El art. 2 del Real Decreto 9/2005 define al suelo contaminado como *aquel cuyas características han sido alteradas negativamente por la presencia de componentes químicos de carácter peligroso de origen humano, en concentración tal que comporte un riesgo inaceptable para la salud humana o el medio ambiente, y así se haya declarado mediante resolución expresa*. Por su parte, la Ley 10/1998 los definió como *todo aquel cuyas características físicas, químicas o biológicas han sido alteradas negativamente por la presencia de componentes de carácter peligroso de origen humano, en concentración tal que comporte un riesgo para la salud humana o el medio ambiente, de acuerdo con los criterios y estándares que se determinen por el Gobierno* (art. 3). Esta última definición deja abierta la posibilidad de que puedan darse diferentes tipos de contaminación, en cambio el Real Decreto fija la atención únicamente en la contaminación de carácter químico, señalando, además, que la presencia de estas sustancias peligrosas debe ser consecuencia de la actividad humana. Una vez que se ha establecido una relación de actividades susceptibles de contaminar el suelo, se requiere dotar a la Administración competente de una herramienta que permita verificar si, efectivamente, estas actividades cuentan con los medios necesarios para que no se produzca la contaminación del suelo, los informes de situación. El art. 3 establece que los titulares de las actividades relacionadas en el Anexo I son quienes deben presentar el informe al órgano competente de la Comunidad Autónoma, que deberá contener datos de la situación de los suelos en los que se desarrolla la actividad. Según el artículo 4.1, las Comunidades Autónomas pueden iniciar un procedimiento de declaración de suelos contaminados no sólo a partir de la información recibida en aplicación del artículo 3 del Real Decreto (que sólo podrían declarar suelos contaminados por actividades potencialmente contaminantes), sino que se fija como válida cualquier información disponible, entendiéndose por ello cualquier información de la que disponga la autoridad competente sobre la que se pueda fundamentar una sospecha de contaminación del suelo: partes de accidentes, presencia de contaminantes en agua, denuncias verificadas, entre otras.

En relación a la descontaminación del suelo, se establece que, una vez declarado el suelo como contaminado, se deberán realizar las actuaciones necesarias para proceder a su recuperación ambiental en los términos que establezca el órgano competente (art. 7).

(26) LÓPEZ MENUÑO, «El derecho a la protección del medio ambiente», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 1991, p. 198.

En este sentido, adquiere especial importancia el tratamiento jurisprudencial conferido a la apreciación de la prueba del daño ambiental. La STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 29 de noviembre de 2001 es reveladora de esta trascendencia que nuestro ordenamiento jurídico otorga a la prueba fehaciente y formalizada en este ámbito. En efecto, aun resultando notorios los daños producidos por unos vertidos ilegales, este dato no resulta suficiente para que la Administración pueda resarcirse de los daños producidos por vertidos contrarios al RDPH. En efecto, entiende el TS que *sólo los vertidos contaminantes que excediesen de los parámetros autorizados podían determinar la indemnización por daños al dominio público y que la realidad de aquel exceso implicaba disponer de unos análisis que demostrasen, con la seguridad propia de este género de pruebas realizadas por servicios oficiales o empresas colaboradoras, sus características ... esta conclusión frustra la facultad (derecho y simultáneo deber) de la Administración en cuanto representante de los intereses generales de la colectividad, de resarcirse de los daños inherentes a unos vertidos ilegales que sin duda existieron y perjudicaron la calidad de las aguas públicas, pero la estimación de cuyas circunstancias —tanto de los vertidos como de los daños—no se hizo con el rigor exigible ni del modo adecuado. [...]* (27).

Resulta criticable que la no utilización de medios técnicos de comprobación y análisis de los vertidos contaminantes aboque, como entiende la Sentencia parcialmente transcrita, a la inoperancia del principio «quien contamina paga». La disyuntiva, pues, se encuentra en determinar si es suficiente con que se demuestre el vertido de una sustancia susceptible de deteriorar el medio ambiente o si se requiere constatar que determinado parámetro o indicador de la calidad de las aguas ha sido perjudicado, esto es, si se responde por actividades dañosas o por daños efectivamente producidos o reales. Esta cuestión, que conecta necesariamente con el tema de los *riesgos ambientales* ha sido abordada por la Ley 34/2007. En nuestra opinión, en sede resarcitoria no debe olvidarse el enfoque preventivo y, en consecuencia, la barrera entre la efectividad y no efectividad del daño ha de ser situada a partir del riesgo del daño efectivo, sobre todo cuando éste presupone el deterioro real de otro elemento del ambiente en los supuestos de daños continuados, tan frecuentes en materia ambiental —El riesgo se presenta, pues, como un concepto probabilístico que puede

(27) Vid. f.j. 5º.

quedar definido, en consecuencia, como probabilidad de ocurrencia de un evento accidental, inesperado. En consonancia con ello, el riesgo ambiental será la probabilidad de que acontezca un accidente con consecuencias ambientales negativas. Pues bien, se ha de advertir que los sistemas de Responsabilidad objetiva tienden a garantizar la reparación de los daños aun accidentales (28).

La reparación pronta de la presencia de la contaminación, sea acústica, atmosférica, electromagnética o de cualquier otra índole puede evitar, en la mayoría de los casos, muerte de especies, desaparición de la flora y daños a la salud, esto es, daños por todos constatables como efectivos sin necesidad de pericia alguna. Si la barrera a partir de la cual apreciamos la concurrencia del requisito de la efectividad la situamos donde comienzan los daños a la salud, ¿cuál es entonces el bien protegido por las normas ambientales? No cabe duda que el Derecho Ambiental, por su horizontalidad, favorece y procura la salvaguarda de otros intereses distintos del ambiental; pero no debe abandonar la finalidad que le es propia, esto es, la función tuitiva del entorno derivada del propio texto constitucional ex art. 149.1.23^º. Así pues, la línea divisoria entre la efectividad del daño y el daño probable, en nuestra opinión, debe situarse en determinados índices o parámetros de calidad ambiental, sobrepasados los cuales se considere producido un daño ambiental que los particulares no tenemos el deber jurídico de soportar, sin perjuicio de que éstos parámetros sean, por su naturaleza, cambiantes en función de los avances de la ciencia, de la técnica, del descubrimiento de nuevos perjuicios asociados a ciertas actividades antes tenidas por inocuas o a nuevas actividades deteriorantes del ambiente (29).

Por consiguiente, consideramos muy acertado, al menos en sede ambiental, que la Ley 26/2007 contemple el riesgo de daños, como

(28) LEGUINA VILLA aboga por la eliminación de los riesgos socialmente injustificados con la aplicación de la teoría de la «Responsabilidad por riesgos», a través de la imputación de los daños que se derivan de una actividad peligrosa a quien tiene el control de las llamadas «condiciones generales del riesgo». Vid. LEGUINA VILLA, J., *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Tecnos, Madrid, 1970, pp. 144-146.

(29) En esta línea, la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales* COM (2002) 17 final, de 23 de enero, junto a la conceptualización del daño añadía lo que se entiende por amenaza inminente, esto es un riesgo suficientemente probable de que se produzcan daños ambientales en un futuro próximo (art. 1.6).

preconizador de daños reales futuros que seguro van a producirse (30). En nuestra opinión, dejar en manos de la jurisprudencia la apreciación de la concurrencia de este elemento cuando se trate de riesgos ocasiona una quiebra del principio de prevención e, indirectamente, del principio «quien contamina paga».

III. EXCLUSIONES AL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 26/2007 DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL

De la lectura reposada de la Ley 26/2007 puede constatar que su aplicación va a resultar ciertamente limitada, en la medida en que a lo largo del articulado de la misma encontramos importantes exclusiones que merecen consideraciones distintas. En primer término, se observan lo que podemos denominar exclusiones objetivas, entre las que se encuentran los daños personales, los daños a la propiedad privada, los daños a la atmósfera y los daños a especies no amenazadas o a espacios no protegidos. En segundo lugar, las exclusiones formales, esto es, las exclusiones de daños que encuentran su regulación en otras normas. Por último, se contemplan exclusiones subjetivas y exclusiones basadas en la excepcionalidad causal.

1. Exclusiones objetivas

Como advertimos *supra*, la LRMA contempla una serie de exclusiones objetivas, entre las que se encuentran los daños personales, los daños a la propiedad privada, los daños a la atmósfera y los daños a especies no amenazadas o a espacios no protegidos.

Los daños a particulares, tanto personales como a la propiedad privada, aunque tengan su causa en lo que la LRMA considera daños ambientales, quedan fuera del ámbito de aplicación de la misma y habrán de buscar su reparación de conformidad con los sistemas tradicionales de

(30) Las SsTS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 2 de octubre de 1999 y de 18 de marzo de 2000 son ilustrativas de lo exigente que se muestra la jurisprudencia para apreciar la concurrencia del requisito de la efectividad del daño, no bastando la existencia de un riesgo potencial o futuro. Como advierte, MARCOS OYARZUN sólo se permite en ocasiones una excepción, para el supuesto de los daños futuros, cuando estos se van a producir de *manera fatal e incondicionada* (MARCOS OYARZUN, F.J., *Reparación integral del daño. El daño moral*, Bayer Hnos., Barcelona, 2002, p. 44).

responsabilidad (art. 5.1 LRMA), esto es, de conformidad con los arts. 1902 y ss. del CC, 139 y ss de la LRJAP y PAC y demás normativa especial. Esta exclusión resulta ciertamente llamativa en relación con la definición de daño ambiental al suelo que lleva a cabo la Ley, en la medida en que su existencia puede apreciarse cuando produzca o exista un riesgo significativo de efectos para la salud humana, que habrá de determinarse, entonces, de forma previa.

En segundo lugar, quedan fuera del concepto de daño ambiental, por extraño que pudiera resultar, los daños a la atmósfera. En realidad la Ley no los excluye expresamente, sino que no se refiere a la atmósfera cuando define daño ambiental y, de modo indirecto, al enumerar las exclusiones, siguiendo a la Directiva, se refiere a los daños ambientales originados por una contaminación de carácter difuso, como lo es la atmosférica (31).

En tercer lugar, se excluyen también otros daños ambientales como los originados a especies no amenazadas o a espacios no protegidos por la normativa comunitaria, internacional, nacional o autonómica. Como apunta ESTEVE PARDO, numerosos espacios y especies muy apreciadas quedan fuera del ámbito de aplicación de la LRMA (32).

2. Exclusiones formales: daños que encuentran su regulación en normas sectoriales

Otro de los ámbitos excluidos de la LRMA viene constituido por la Responsabilidad por daños nucleares, que por razón de la materia y se encuentra regulado por la Ley 25/1964, de 29 de abril, de Energía nuclear (33). Por tratarse de un régimen especial, también, como es sabido,

(31) ESTEVE PARDO, ha criticado esta exclusión, por la gravedad de estos daños, así como por la importancia que desde antiguo para nuestro Ordenamiento jurídico ha significado este tipo de contaminación, considerando idóneo el carácter preventivo de las medidas que acoge la LRMA para este tipo de daños, *Ley de responsabilidad mediambiental. Comentario sistemático*, Marcial Pons, Barcelona, 2008, p. 30.

(32) ESTEVE PARDO, J, *Ley de responsabilidad mediambiental ... cit.*, p. 32.

(33) *Vid.* Real Decreto 2117/1967, de 22 de julio, que aprueba el Reglamento sobre la cobertura de riesgos nucleares. Asimismo, se han de tener en cuenta los Reales Decretos 53/1992, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes y Real Decreto 2869/1972, de 21 de julio, sobre Instalaciones nucleares y radiactivas, Asimismo, el Convenio de París sobre Responsabilidad en materia de energía nuclear de 1950, el Convenio de Bruselas sobre Responsabilidad de navíos nucleares de 1962 y el Convenio de Bruselas sobre Responsabilidad civil, en la esfera del transporte marítimo de sustancias nucleares,

queda excluido del régimen general de la Responsabilidad extracontractual contenido en los arts. 1902 y ss. del CC. Pues bien, ésto que está claro en relación con los particulares explotadores no lo está tanto cuando esta posición se encuentra ocupada por una Administración Pública. En este sentido, y en virtud de los arts. 54 de la LEN y 65 del RCRN, cuando se trate de entidades públicas que ocupen la posición de explotadoras de instalaciones nucleares responderán conforme al sistema regulado en la Ley. Asimismo, serán responsables subsidiarias respecto de los daños nucleares causados en los bienes personales cuando el patrimonio del sujeto responsable no alcance a cubrir los daños causados (34).

El carácter del sistema de Responsabilidad albergado en la LEN responde al carácter objetivo. En consecuencia, el deber de indemnizar derivado de este tipo de daños surge, aun cuando quede demostrado un funcionamiento normal de la actividad nuclear. Ahora bien, este sistema de Responsabilidad se encuentra limitado en un doble sentido: cuantitativo y temporal. Esta limitación rige también sorprendentemente para las Administraciones Públicas en virtud del art. 65 del RCRN, aunque este límite cuantitativo es completado temporalmente en la medida en que será el Estado el que repare los daños personales que se manifiesten en los diez años siguientes al accidente de modo ilimitado (arts. 46 y 56.2 de la LEN) (35). En consecuencia, la regulación de la LEN resulta, en principio, contraria a la reparación integral ilimitada postulada por la LRJAP y PAC. No obstante, se ha de tener en cuenta que la *Responsabilidad subsidiaria* de las Administraciones Públicas positivada en la LEN sólo se refiere a los daños personales; pero, ¿qué ocurre con los daños materiales que sí son indemnizables conforme a la LRJAP y PAC? Y, en segundo lugar, habida cuenta del sistema de Responsabilidad ilimitada que postula la LRJAP y PAC que prescribe una reparación íntegra, ¿qué sucede con el exceso respecto a la limitación de Responsabilidad que también opera en relación con las

de 1971. Sobre la suerte de estos convenios internacionales que exceden nuestro objeto de estudio puede profundizarse en AYLLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, J.M., *Derecho nuclear*, Comares, Granada, 1999, pp. 221-227.

(34) En concreto, estos riesgos, son asumidos por el Consorcio de Compensación de Seguros como Administración Institucional (arts. 13 a 19 del ECCS).

(35) Además, sobre este límite temporal y cuantitativo aludido, se ha entendido que que también responderá el Estado cuando el responsable no cuente con garantía o sea insolvente Véase AYLLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, J.M., *Derecho nuclear*, cit., p. 745. Se ha de tener en cuenta que el art. 57 fue modificado por la DA 5ª de la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional. Las sucesivas reformas en este ámbito no han modificado dicha cuantía.

Administraciones Públicas cuando éstas resultan responsables directas (36)? A nuestro juicio dichas omisión y exclusión no plantean problemas, pues vendría, además, aplicable el régimen general de Responsabilidad patrimonial de la LRJAP y PAC (37).

Por otra parte, también como exclusiones formales de la LRMA, hemos de referirnos a los daños o amenazas inminentes de daños ambientales cuando tengan su origen en sucesos cuyo régimen de responsabilidad se encuentre regulado en los Convenios Internacionales enumerados en el Anexo IV de la Ley (38).

3. Exclusiones subjetivas

Se excluyen, asimismo, los daños derivados de actividades que no tengan la consideración de actividad económica o profesional, de conformidad con la conceptualización de los operadores a que se refiere el art. 2.11 de la LRMA, esto es, los daños producidos como consecuencia de la caza, la pesca, la navegación y la recolección, cuando estas actividades no formen parte de una profesión, esto es, en tanto que actividades lúdicas o deportivas. En estos casos entrará en juego, pues, la responsabilidad administrativa o, en su caso, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

La LRMA regula la responsabilidad de los operadores, que define como cualquier *persona física o jurídica, pública o privada que desarrolle una actividad económica o profesional o que, en virtud de cualquier título, controle dicha actividad o tenga poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico* (art. 2.10). Como puede observarse, quedan incluidas en su ámbito de aplicación, como anunciábamos, las AAPP cuando actúan direc-

(36) AYLLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ critica que existan daños respecto de los cuales la LEN no prevea su reparación. Considera que esta exclusión choca de plano con el derecho a una tutela judicial efectiva, demandando una modificación normativa en este sentido, AYLLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, J.M., u.o.c., p. 749.

(37) En este sentido, AYLLÓN llama la atención sobre las soluciones de otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno que acogen sistemas ilimitados. En concreto se refiere a Suiza, Japón y Alemania (AYLLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, J.M., u.o.c., p. 750, nota 79).

(38) Convenio sobre Responsabilidad civil derivada de la contaminación por hidrocarburos, de 1992 y por hidrocarburos para combustible de buques de 2001, Convenio sobre Responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas de 1996 y Convenio sobre responsabilidad civil por daños causados por el transporte de mercancías peligrosas por carretera, ferrocarril y vías navegables.

tamente, ya que en caso de gestión indirecta, quedan excluidas del ámbito subjetivo de aplicación de esta Ley, resultando, entonces, de aplicación la Ley de Contratos del Sector Público, como tendremos ocasión de analizar.

En cambio, tendrán la consideración de operador, según dispone el art. 2.10, los contratistas y concesionarios de la Administración. No obstante, no estarán obligados a costear los daños ambientales cuando éstos tengan su causa en el cumplimiento de órdenes en ejecución de contratos regulados en la legislación de contratos del sector público.

Téngase en cuenta, además, que las CCAA, al igual que pueden completar la lista de actividades sometidas a esta LRMA, pueden ampliar también la lista de sujetos responsables, en virtud del título competencial relativo al establecimiento de normas adicionales de protección ex art. 149.1.23 *in fine* CE.

4. Exclusiones derivadas de la excepcionalidad causal

Por último, la LRMA excluye, de conformidad con la DRMA, los daños ocasionados en caso de conflicto armado, los producidos por fenómenos naturales de carácter excepcional, inevitable e irresistible y por las actividades cuyo único propósito sea la defensa nacional, la seguridad internacional o la protección contra los desastres naturales (art. 3.4). Esta exclusión comprende los típicos supuestos incardinables en lo que conocemos por fuerza mayor y los casos en los que concurre un interés público de primer orden.

En relación con estos últimos, resultaría de aplicación, además, el régimen contemplado en los arts. 139 y ss. de la LRJAP y PAC.

5. Excepciones: supuestos de inexigibilidad de sufragar los costes

La LRMA también incorpora supuestos en los que, a pesar de la existencia del daño ambiental y de la concurrencia de las circunstancias objetivas previstas en la misma para que procedan las medidas correspondientes, resulta inexigible sufragar sus costes. Estos supuestos se concretan en las siguientes circunstancias, que ha de probar el operador (art. 14):

En primer lugar, no será exigible sufragar los costes cuando el daño o la amenaza de daños ambientales derive de la actuación de un tercero

ajeno a la organización. Se considera, pues, que queda interrumpida la relación de causalidad, lo cual no exime de la adopción de las medidas previstas en la Ley. Sorprende esta solución, ya que, hasta ahora, en estos casos, con la aplicación del sistema general de responsabilidad civil esta circunstancia ha servido para modular o graduar la responsabilidad, pero no para excluirla.

En segundo término, tampoco se deberán costear las medidas correspondientes cuando los daños o la amenaza de los mismos sean consecuencia del cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria dictada por una autoridad competente, incluidas las órdenes de ejecución de un contrato (no se considerarán órdenes la aprobación de proyectos por la AAPP respecto de daños no previstos en la EIA o instrumento equivalente). En estos casos será responsable, entendemos, la Administración ordenante, de conformidad con los arts. 139 y ss de la LRJAP y PAC.

En tercer lugar, también serán inexigibles los costes cuando la emisión o el hecho contaminante constituya el objeto expreso y específico de una autorización de conformidad con la normativa aplicable a las actividades del Anexo III (esta circunstancia exige cumplimiento de la autorización y de la normativa aplicable), esto es, lo que se entiende por contaminaciones legales, salvo que el operador conociera que se estaban produciendo daños y no hubiera adoptado las medidas de evitación y prevención o no hubiera comunicado la existencia de daños ambientales o su amenaza inminente a la autoridad competente (art. 9 LRMA).

La inexigibilidad de los costes derivados de los daños ambientales en estos casos excluidos pone en evidencia el carácter objetivo de la responsabilidad ambiental positivada por la LRMA. También ciertamente discutible, en la medida en que la normativa reguladora de las autorizaciones ambientales exige, por lo general, la adaptación al progreso técnico, esto es, a la mejor tecnología disponible. Esta cláusula de progreso puede determinar la inaplicación de esta exclusión (39).

(39) La DRMA regula este supuesto en su art. 8.4, que deja libertad a los Estados miembros para permitir que los operadores no sufragan el coste de las acciones reparadoras cuando demuestren que no ha habido culpa o negligencia por su parte y que el daño se ha producido por una emisión o un hecho autorizados mediante autorización expresa, y plenamente ajustados a las condiciones en ella fijadas, concedida por u otorgada de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias nacionales aplicables que incorporarán las medidas legislativas adoptadas por la Comunidad especificadas en el Anexo III, tal y como se apliquen en el momento de la emisión o del hecho en cuestión.

Por último, según el art. 14 de la LRMA, no serán exigibles los costes cuando sean desconocidos por la ciencia o la técnica los posibles efectos dañosos de la actividad en el momento de producirse la actividad dañosa. Se trataría de actividades tenidas por inocuas que causan un daño al medio ambiente, que perfectamente podrían encajar en el supuesto que, para las Administraciones Públicas, contempla el art. 141 de la LRJAP y PAC.

IV. CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LRMA

Varias consideraciones de diversa índole deben ser formuladas, a nuestro parecer, sobre la noción de daño ambiental ofrecida por la vigente LRMA y, en consecuencia, sobre el ámbito de aplicación de la misma.

1. Sobre el carácter limitado de daño ambiental acogido por la LRMA

Además de las consideraciones vertidas *supra* sobre los daños a los distintos elementos del medio ambiente contemplados por la LRMA, así como respecto de las exclusiones, materialmente existe una limitación importante derivada de la Ley, que se traduce en considerar sólo como daños ambientales indemnizables los derivados de un *grupo muy reducido de actividades* (40). Varias precisiones pueden ser hechas al respecto. Por un lado, no cabe duda que a pesar de la seguridad jurídica que comporta una lista tasada desde la Ley, que no supedita el sometimiento de la actividad a que la Administración así lo decida efectivamente, se plantea el inconveniente de no existir un régimen jurídico de Responsabilidad ambiental uniforme, ni desde una consideración material ni desde una consideración subjetiva. Desde la óptica material, el resto de actividades, esto es, todas aquéllas con incidencia ambiental o susceptibles de producir alteraciones sobre el medio ambiente, habrá de ser clasificado en al menos cuatro grupos. Por un lado se encontrarían aquellas actividades nucleares cuyo régimen de Responsabilidad viene establecido en la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre Energía Nuclear. En segundo lugar,

(40) Téngase en cuenta que el Anteproyecto de Ley sobre almacenamiento geológico de carbono de 2009 incluye a estas instalaciones en el ámbito de aplicación de la LRMA.

también la Ley 10/1998, de 21 de abril de Residuos contiene, entre su articulado —si bien de manera confusa, al no delimitar claramente las distintas Responsabilidades derivadas de las actividades de recogida, tratamiento, gestión y aprovechamiento de los residuos— un régimen especial de Responsabilidad, no por casualidad, sino por la indiscutible incidencia de estas actividades sobre el entorno. Y finalmente, como cláusula residual, se sitúan aquéllas no sometidas a régimen especial que se articulan en torno al art. 1902 del CC.

Desde la otra óptica, podría señalarse que la variedad de regímenes jurídicos sobre Responsabilidad, en este ámbito ambiental, viene también determinada por el criterio subjetivo y, en consecuencia, si se trata de una Administración Pública, el sistema arbitrado, salvo las excepciones vistas *supra*, será el contenido en los arts. 139 y ss. de la LRJAP y PAC.

Por otra parte, como hemos advertido, la LRMA, siguiendo a la Directiva, no se refiere a la atmósfera cuando define daño ambiental y, de modo indirecto, al enumerar las exclusiones, alude a los daños ambientales originados por una contaminación de carácter difuso, como lo es la atmosférica. El control del daño a la atmósfera se está llevando a cabo, en cambio, a través de otros instrumentos jurídicos dirigidos a la reducción de las emisiones como el mercado de derechos de emisión (41), el alma-

(41) *Vid.* Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Téngase en cuenta, asimismo, el Anteproyecto de modificación de esta Ley, para su adaptación al Derecho comunitario. El presente año podemos destacar una intensa labor normativa de la Unión Europea en esta materia, fundamentalmente a través del Reglamento 443/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, por el que se establecen normas de comportamiento en materia de emisiones de los turismos nuevos y de cuatro fundamentales Directivas de la misma fecha. En primer término, la Directiva 2009/28, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, relativa al *Fomento del uso de la energía procedente de fuentes renovables*. En segundo lugar, la Directiva 2009/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, por la que se *modifica la Directiva 2003/87/CE*. En tercer término, la Directiva 2009/30, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril por la que se modifica la Directiva 98/70/CE introduciendo un mecanismo de control y reducción de las emisiones de GEI en relación con la gasolina, el diesel y el gasóleo y por la que se modifica, asimismo, la Directiva 93/12/CEE sobre combustibles utilizados por buques en el mercado interior. Por último, con la misma finalidad de contribuir en la lucha contra el cambio climático, resulta fundamental la Directiva 2009/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, relativa al almacenamiento geológico del dióxido de carbono y por la que se modifican las Directivas 2000/60, 2001/80/CE, 2004/35, 2006/12, 2008/1 y el Reglamento 1013/2006.

Asimismo, se ha de tener en cuenta la Ley 5/2009, de 29 de junio, cuya disposición adicional segunda amplía el ámbito de aplicación de la Ley 1/2005.

cenamiento geológico de carbono (42), como tecnología de transición, y el fomento de las energías renovables (43).

2. La insuficiente regulación de los daños transfronterizos

Una de las cuestiones más complejas que se encuentran sin respuesta en sede ambiental es ofrecer una idónea disciplina jurídica a los supuestos de daños ambientales transfronterizos. En puridad, no se encuentra satisfactoriamente resuelta la problemática relativa a los daños transfronterizos que, en la mayoría de los casos, serán ambientales (44).

La DRMA abordó esta cuestión de modo parcial en su art. 15, que establece una obligación de colaboración, mediante un intercambio de información, cuando un daño ambiental afecte o pueda afectar a varios Estados miembros, para velar por que se adopten medidas preventivas y, en su caso, reparadoras. El deber de información, en caso de producirse un daño ambiental, recae sobre el Estado en el que se ha originado el daño (art. 15.2). Por otra parte, el Estado miembro en cuyo territorio se produzcan daños ambientales originados fuera de sus fronteras podrá informar de ello a la Comisión y a otros Estados miembros afectados, formular recomendaciones para la adopción de medidas preventivas o reparadoras e intentar recuperar los costes que le haya supuesto la adopción de las mismas, de conformidad con la Directiva. Estos mecanismos jurídicos de colaboración, inspirados en la idea de buen gobierno de los Estados, aún concientes de su importancia en sede de precaución, se muestran insuficientes para solventar la problemática que tratamos, cuando el daño transfronterizo se ha producido.

En conclusión, puede afirmarse que la DRMA no resolvió de modo satisfactorio el supuesto de daños transfronterizos, pues la exclusiva remisión a

(42) Téngase en cuenta la Directiva 2009/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre almacenamiento geológico de carbono y el Anteproyecto para su transposición al ordenamiento jurídico español, que incide en el ámbito de aplicación del sistema de responsabilidad ambiental que estudiamos, al incluirse estas instalaciones en el Anexo III de la LRMA.

(43) Directiva 2009/28, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, relativa al *Fomento del uso de la energía procedente de fuentes renovables*

(44) En el ámbito del Derecho Internacional Público, la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas cuenta con diversos trabajos en este ámbito, sobre los que puede consultarse DRNAS DE CLÉMENT, Z., «Prevención del daño transfronterizo a la luz de los proyectos de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en materia de responsabilidad Internacional», en <http://acader.unc.edu.ar>.

la cooperación internacional en este terreno resulta ser una solución parcial. Quedan, pues, sin resolver problemas cruciales como los derivados de la determinación de la normativa aplicable a daños causados por empresas europeas que operan fuera de la UE, la determinación del sujeto responsable o la concreción de las medidas reparatoras exigibles, entre otras.

A nivel interno, la LRMA dedica dos de sus preceptos a la regulación de los daños transfronterizos, el art. 8 y la disp. adic. 13.

Por lo que hace a las relaciones entre España y los restantes Estados miembros, la LRMA establece una obligación de cooperación entre el Estado Español y los restantes Estados miembros de la Unión Europea, introduciendo el principio de que cuando un daño ambiental o la amenaza inminente del mismo sea susceptible de afectar a la jurisdicción de los Estados miembros, estos deben cooperar mediante el intercambio de informaciones y adoptando medidas preventivas o reparatorias según el caso (art. 8 LRMA). El precepto alberga dos supuestos distintos. En primer término, cuando se haya originado un daño medioambiental en el territorio de una Comunidad Autónoma que pueda afectar a otros Estados miembros, ésta deberá poner estos hechos en conocimiento del Ministerio con competencias en materia de medio ambiente. Éste, a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, deberá facilitar todo tipo de información que resulte relevante y establecerá los mecanismos de colaboración con las autoridades competentes de otros Estados miembros y así facilitar la adopción de todas las medidas destinadas a la prevención, a la evitación y a la reparación de daños medioambientales,. Asimismo, deberá tomar en consideración las recomendaciones que les sean formuladas por las autoridades de los otros Estados miembros afectados y las comunicará a las autoridades competentes afectadas. Por otro lado, se contempla el supuesto de que una autoridad española competente por razón de la materia identifique un daño o una amenaza inminente de daño para su territorio ocasionado por una actividad económica o profesional que se desarrolla en el territorio de otro Estado miembro. En este caso se deberá informar a la Comisión Europea. A su vez, se podrán formular recomendaciones para la adopción de medidas preventivas o reparatoras y estas deberán ser transmitidas al Estado miembro en el que se haya ocasionado el daño a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (art. 8).

Por su parte, la disp. adic. 13, sobre responsabilidad medioambiental en el exterior, esto es sobre responsabilidad ambiental por daños oca-

sionados en Estados no miembros, obliga a los operadores que realicen actividades económicas o profesionales reguladas en la Ley en Estados no miembros de la UE a prevenir, evitar y reparar los daños ambientales, en aplicación de lo establecido en los acuerdos, principios, objetivos y normas internacionales que, en esta materia, suscriba España, pudiendo resultar de aplicación las medidas previstas en la Ley (disp. adic. 13.1) (45). El incumplimiento de estas obligaciones determinará, además de las sanciones que se deriven de la aplicación del Derecho Internacional, la obligación de devolución de todas las ayudas públicas de apoyo a la inversión en el exterior, estableciéndose una penalización de dos años sin recibir este tipo de ayudas (disp. adic. 13.2). En tercer lugar, dispone el precepto que lo dispuesto en los apartados anteriores no eximirá del cumplimiento de cualquier otra obligación legal existente en el Estado en el que se realice la actividad causa del daño ambiental (disp. adic. 13.3).

Además de esta disposición de la LRMA, se ha de traer necesariamente a colación el Reglamento Comunitario 864/2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), cuya entrada en vigor tuvo lugar el 11 de enero de 2009 (46).

(45) Ténganse en cuenta, especialmente, los siguientes convenios internacionales: Convenio de Ginebra sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia de 13 de noviembre de 1979, Convenio de Basilea sobre control internacional los movimientos transfronterizos y la eliminación de residuos peligrosos para la salud humana y el medio ambiente de 1989, Convenio de Viena sobre la protección de la capa de ozono de 1985, y el Convenio de Berna sobre la conservación de la fauna y la flora salvaje en Europa y sus hábitats naturales de 1982.

(46) Sobre este reglamento, puede verse DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «La Lex Loci protectionis tras el Reglamento Roma II», *AEDIPr*, T. VII, 2007, pp. 375-406.

En España, con anterioridad a la aprobación del Reglamento Roma II, esto es, siempre que el supuesto no encontrara su regulación en tratados internacionales, se debía acudir al art. 10.9 CC. El precepto determina la ley aplicable cuando se trata de obligaciones no contractuales, actuando como norma subsidiaria del DIPr. De esta forma, se acudiría a esta norma cuando por ejemplo se tratara de un accidente nuclear originado en un Estado no parte del Convenio de París de 1960, cuyas consecuencias se manifestaran en España o en otro Estado no parte del mismo, así como cuando los daños causados por un supuesto de contaminación marítima por hidrocarburos se localizara en un Estado no parte del Convenio de Bruselas de 1969, así como el resto de los supuestos de daños al medioambiente con carácter internacional. Recordemos que el art. 10.9 cc establece que *Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho del que deriven*. Se establece así que el ordenamiento estatal aplicable para aquellos supuestos considerados como obligaciones extracontractuales en los que se presenta un elemento de extranjería será *ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho del que deriven*. Por lo tanto, cuando los tribunales españoles se encontraban frente a un caso de responsabilidad civil por daños al medioambiente en el que se presentara un elemento de extranjería, el art. 10.9 los conducirá a aplicar el ordenamiento material del Estado en donde ocurrió el daño ambiental. Este planteamiento presenta, al menos dos problemas: aquellos casos en que se produce la contaminación en un lugar libre de la soberanía de los

La norma comunitaria contempla el daño medioambiental, que define como *cambio adverso de un recurso natural, como el agua, el suelo o el aire, el perjuicio a una función que desempeña ese recurso natural en beneficio de otro recurso natural o del público o un perjuicio a la variabilidad entre los organismos vivos*. Puede observarse cómo se adopta un concepto más amplio de recurso natural que el adoptado por la LRMA, que siguiendo a la DRMA no comprende al aire. De este modo, cuando de conformidad con el Reglamento resulte de aplicación la normativa española, habrá que acudir a la LRMA y al CC, en relación a los daños ambientales no incluidos en el ámbito de aplicación de la LRMA pero sí incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento, como los daños a la atmósfera o los daños personales y materiales, derivados de un daño ambiental.

El Reglamento se aplicará a obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil. Asimismo, quedan excluidas las *materias administrativas* y los casos en que el *Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad* (art. 1.1). Esta disposición plantea problemas interpretativos que hemos de resolver en nuestro ordenamiento. Porque, qué se ha de entender por materias administrativas? Podría pensarse en la responsabilidad por infracción de la normativa ambiental, pero no queda claro si también se encuentra excluida del ámbito de aplicación del Reglamento la responsabilidad civil derivada de infracción administrativa, lo cual no tendría, desde luego, mucho sentido. Por otra parte, el último inciso del precepto parece querer excluir la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Por lo que se refiere a la ley aplicable en relación con el daño ambiental o de un daño sufrido por personas o bienes como consecuencia de dicho daño, señala el art. 7 del Reglamento Comunitario que será la del país donde se produzca el daño, independientemente del país donde se haya generado la actividad dañosa (art. 4). No obstante, el actor puede elegir la aplicación de la ley del país donde se origina el mismo (art. 7). El principio contamina paga justifica perfectamente el principio de favo-

Estados y cuando el lugar en donde se produce el hecho contaminante y donde se manifiestan sus consecuencias lesivas no coinciden. El artículo 10.9 del Código civil no ha sido derogado por el Reglamento Roma II. Dicho precepto designa, a día de hoy, la ley aplicable a ciertos supuestos de las obligaciones extracontractuales no reguladas por el Reglamento Roma II ni por otros convenios y textos legales internacionales en materia de obligaciones extracontractuales.

recer a la víctima. Esta solución, que permite al que reclama invocar la legislación más estricta, cumple con los principios de acción preventiva y quien contamina paga. Además, supone un desincentivo a las empresas que localizan su actividad en países con legislaciones más flexibles en materia ambiental.

Por otra parte, la Ley designada por este Reglamento, y esto es lo más interesante, se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro. De este modo, se trata de un Reglamento de aplicación universal (art. 3). No obstante, no afectará a la aplicación de los convenios internacionales en que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del Reglamento y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones extracontractuales, aunque entre Estados miembros primará el Reglamento frente a los convenios celebrados exclusivamente entre Estados miembros (art. 28).

Como puede observarse, tanto de las disposiciones de la DRMA y de la Ley española de responsabilidad ambiental, como del Reglamento comunitario Roma II puede deducirse que está surgiendo una tendencia hacia la transnacionalidad de un sistema de responsabilidad ambiental, en la línea de la denominada globalización ecológica (47).

3. Sobre la inexigibilidad de sufragar los costes en el caso de contaminaciones legales

Resulta muy frecuente en sectores como el ambiental, fuertemente condicionados por el desarrollo de la técnica y la ciencia aplicada, que el cumplimiento del ordenamiento jurídico no garantice la indemnidad del objeto de protección. Como consecuencia de ello, suele ser común, asimismo, que se produzcan daños al medio ambiente por actividades autorizadas de perfecta conformidad con el ordenamiento jurídico. Se trata del complejo tema de las contaminaciones legales que causan daños al medio ambiente.

Recordemos que, según el art. 14.2 de la LRMA, serán inexigibles los costes cuando la emisión o el hecho contaminante constituya el objeto expreso y específico de una autorización de conformidad con la normativa

(47) CRUZ, P.M. y Zenildo BODNAR, Z., «Pensar globalmente y actuar localmente: El Estado transnacional ambiental en Ulrico Beck», *Revista de Derecho Vlex*, núm 63, 2008, p. 6 y 9.

aplicable a las actividades del Anexo III (esta circunstancia exige cumplimiento de la autorización y de la normativa aplicable), esto es, lo que se entiende por contaminaciones legales, salvo que el operador conociera que se estaban produciendo daños y no hubiera adoptado las medidas de evitación y prevención o no hubiera comunicado la existencia de daños ambientales o su amenaza inminente a la autoridad competente (art. 9 LRMA), esto es, salvo que concurriera dolo o negligencia por parte del operador. Afirmábamos que la inexigibilidad de los costes derivados de los daños ambientales en estos supuestos excluidos ponen en evidencia el carácter objetivo de la responsabilidad ambiental (48). La DRMA reguló este supuesto en su art. 8.4, que deja libertad a los Estados miembros para permitir que los operadores no sufragan el coste de las acciones reparadoras cuando demuestren que no ha habido culpa o negligencia por su parte y que el daño se ha producido por una emisión o un hecho autorizados mediante autorización expresa y plenamente ajustados a las condiciones en ella fijadas, concedida por u otorgada de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias nacionales aplicables que incorporarán las medidas legislativas adoptadas por la Comunidad especificadas en el Anexo III, tal y como se apliquen en el momento de la emisión o del hecho en cuestión. A la luz de este precepto, y como resaltó en su momento JORDANO FRAGA, la regulación dada a estos supuestos por la DRMA suponía un retroceso con respecto al ordenamiento jurídico español (49).

En estos casos, a diferencia de los contemplados por el art. 14.1 de la LRMA, daños ocasionados como consecuencia del cumplimiento de una orden de la Administración, no nos encontramos ante un supuesto de

(48) En efecto, se presumirá, salvo prueba en contrario, que las actividades económicas y profesionales contenidas en el Anexo III de la LRMA atendiendo a su naturaleza son idóneas o apropiadas para causar el daño o la amenaza inminente de que dicho daño se produzca. No obstante, los operadores no cargarán con los costes de la reparación si la actividad se desarrollaba cumpliendo lo dispuesto en una autorización o en cumplimiento de una orden dictada por autoridad competente. Respecto a las actividades no incluidas en el Anexo III, la Ley no establece presunción alguna. Según ESTEVE PARDO pueden hacerse dos lecturas de este silencio. Podría entenderse que también se aplica la presunción a estas actividades, siempre que se demostrara la concurrencia de culpa. Pero también cabría estimar, y nosotros así lo entendemos, que, al no decir nada en contra la Ley, sería necesario en este caso probar la relación de causalidad para destruir la presunción de inocencia, salvo que esta relación de causalidad fuera evidente. Cfr. ESTEVE PARDO, *ob. cit.*, p. 61.

(49) JORDANO FRAGA, J., «La responsabilidad por daños ambientales en el Derecho de la Unión Europea: análisis de la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril, sobre Responsabilidad medioambiental, en *Estudios sobre la Directiva 2004/35/CE, de responsabilidad por daños ambientales y su incidencia en el ordenamiento español*, Aranzadi, 2005, pp. 30-32.

Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas por hechos ajenos, sino más bien ante la omisión de los deberes que desde instancias constitucionales y legales derivan para las Administraciones Públicas en sede ambiental, esto es, ante supuestos de Responsabilidad *in vigilando* (50). De este modo, el fundamento de la Responsabilidad, en estos casos contemplados en el art. 14.2, podría encontrarse en el incumplimiento de los deberes de policía, vigilancia e inspección de las actividades intervenidas, teniendo en cuenta, no obstante, que esta afirmación exige partir de la consideración de la protección del medio ambiente como una función-obligación de las Administraciones Públicas que, en una de sus facetas, se circunscribe al control de las actividades potencialmente o efectivamente deteriorantes (51).

Procede pues que nos preguntemos si constituye suficiente nexo causal el mero otorgamiento de licencia que habilita al ejercicio de una actividad que causa daños para imputar Responsabilidad a la Administración o si, más bien, en estos casos el responsable resulta ser el legislador, por tolerar dicha contaminación, esto es, por consentir como legal el ejercicio de una actividad que genera daños al medio ambiente (52). También nos interesa determinar si además del legislador, al tercero contaminador le sería de algún modo imputable la contaminación producida con habilitación formal, a pesar de que el art. 14.2 establezca la no exigibilidad de sufragar los costes a los operadores que demuestren que no han incurrido en culpa, dolo o negligencia respecto de actividades enumeradas en el Anexo III de la LRMA.

Sobre esta problemática cabría adoptar, al menos, dos soluciones. En primer término, podría convenirse en responsabilizar a la colectividad de manera objetiva, en la medida en que no es reprochable al sujeto causante del daño ningún comportamiento contrario a las normas. En segundo lugar, podría pensarse en responsabilizar al legislador por omisión, máxime cuando ésta constituya, además, un incumplimiento del Derecho Comunitario, o bien,

(50) REBOLLO PUIG, M., *Servicio...*, cit., p. 50 y RIVERO ORTEGA, *El Estado Vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 228. En el ámbito de la responsabilidad ambiental, Vid. GOMIS CATALÁ, L., *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 138.

(51) GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ se ocupa de esta concepción en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *La reparación de los daños causados a la Administración*, Cedecs, Barcelona, 1998, pp. 241-242.

(52) El *Libro Blanco sobre Responsabilidad ambiental* advierte, en este sentido que en el ámbito comunitario serán responsables las autoridades que han concedido el permiso de emisión cuando se ocasionaran daños por una actividad autorizada, COM (2000) 66 final, de 9 de febrero.

como en la práctica ha entendido la Jurisdicción Civil, en condenar al causante del daño, independientemente de que dicho daño se haya producido cumpliendo la normativa vigente (53), exigiéndose en este último caso una diligencia debida más allá del estricto cumplimiento de las normas, lo que supondrá un acercamiento del alcance del requisito de la antijuridicidad civil como presupuesto de aplicación del sistema de Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

(53) Como precursora de la objetivación de la Responsabilidad civil, en este sentido, encontramos la STS (Sala de lo Civil) de 26 de febrero de 1935 que, resaltada por DE ÁNGEL YAGÜEZ, viene a dar por sentado, ya en aquel momento, que no basta con el cumplimiento de los reglamentos y demás disposiciones legales que obligan a la adopción de garantías para prevenir y evitar daños, pues si éstas medidas no han ofrecido un resultado positivo —porque de hecho el daño se ha producido—, se revela su insuficiencia y que faltaba algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia (DE ÁNGEL YAGÜEZ, *La Responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988, pp. 61 y ss. Recuérdese, asimismo que el art. 12.2 del RSCL establece que las autorizaciones *no podrán ser invocadas para excluir o disminuir la responsabilidad civil o penal en que hubieran incurrido los beneficiarios en el ejercicio de sus actividades*).

La STS (Sala de lo Civil) de 28 de mayo de 1993 advierte que el cumplimiento de Reglamentos de protección atmosférica no altera la Responsabilidad de quienes los cumplan, cuando las medidas adoptadas se muestren insuficientes en la realidad para evitar los daños lesivos (f.j. 4). Asimismo, SsTS (Sala de lo Civil) de 12 de diciembre de 1980, de 17 de marzo de 1981, de 3 de diciembre de 1987, 16 de enero de 1989 y 24 de mayo de 1993. Por su parte, la jurisprudencia contenciosa también se ha referido a esta cuestión. Así, las SsTS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 12 de febrero de 1980, de 28 de junio de 1983, 23 de mayo de 1984, 1 de abril de 1995, 30 de abril de 1996. También la doctrina hace eco de esta cuestión. Cfr. MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho Ambiental...*, cit., Tomo I, p. 69.