

COMPENSACIÓN AMBIENTAL Y SITES NATURELS DE COMPENSATION EN FRANCIA: ¿UN MODELO DE REFERENCIA PARA EL DESARROLLO DE LOS BANCOS DE CONSERVACIÓN DE LA NATURALEZA EN ESPAÑA? (*)

SAÚL DOMÍNGUEZ ALBERO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA APUESTA DE LA LOI BIODIVERSITÉ POR LA COMPENSACIÓN AMBIENTAL: 1. La compensación como expresión del principio de prevención. 2. Régimen de ejecución de medidas compensatorias: reconocimiento de criterios y modalidades. 3. La sucinta pero decisiva inclusión de los sites naturels de compensation y su definición.– III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SITES NATURELS DE COMPENSATION RESPECTO DE LOS CRITERIOS MARCO PARA LA EJECUCIÓN DE MEDIDAS COMPENSATORIAS: 1. Respeto a la equivalencia ecológica. 2. Requisito de proximidad geográfica. 3. Permanencia en el largo plazo (perpetuidad).– IV. SITES NATURELS DE COMPENSATION: UN MODELO ENRAIZADO EN LA EXPERIENCIA.– V. VALORACIÓN FINAL – UN PRECEDENTE PARA EL DESARROLLO DE LOS BANCOS DE CONSERVACIÓN DE LA NATURALEZA EN ESPAÑA.– VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

RESUMEN: El presente estudio tiene como objetivo analizar el sistema de compensaciones ambientales actualmente vigente en Francia y, en particular, el régimen jurídico de los *sites naturels de compensation*, por su conexión con el modelo de los bancos de conservación de la naturaleza en España, pendientes de desarrollo reglamentario. Para ello, como punto de partida, se examinan los cambios significativos introducidos en el ordenamiento jurídico francés por la Ley de 8 de agosto de 2016, para la reconquista de la biodiversidad. En particular, la previsión de criterios y modalidades de ejecución de medidas compensatorias, así como la inclusión expresa del recurso a las unidades de compensación. A continuación, se estudia el desarrollo reglamentario de la figura de los *sites naturels de compensation*, eventual inspiración para una futura iniciativa española. Adicionalmente, se relata la experiencia piloto de Cossure cuyos retornos orientaron la implementación del marco regulativo actual. En último lugar, se ofrece una valoración sobre el modelo francés como referencia en la experiencia española.

(*) Estudio elaborado como parte del Proyecto de investigación DER 2015-67348-P, «La regulación y los mecanismos de mercado para la protección ambiental en Derecho Administrativo», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

Palabras clave: medio ambiente; biodiversidad; compensación ambiental; sites naturels de compensation; bancos de conservación de la naturaleza; bancos de hábitat.

ABSTRACT: This study examines the environmental compensation system currently in force in France and especially the legal regime of the sites naturels de compensation, given their connection with the model of bancos de conservación de la naturaleza in Spain, currently pending regulatory approval. Thus, as a starting point, significant changes introduced in French legal system by the Loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité are analyzed. In particular, the criteria and modalities implemented in relation to the execution of compensatory measures, as well as the expressly included recourse to compensation units. Next, legal development of sites naturels de compensation is studied, for its potential to inspire a future Spanish initiative. Additionally, we describe the pilot experience of Cossure, whose returns influenced the current regulatory framework. Lastly, an assessment of the French model as a possible reference for the coming Spanish experience is offered.

Key words: environment; biodiversity; environmental compensation; biodiversity offsetting; habitat banking; sites naturels de compensation; bancos de conservación de la naturaleza.

I. INTRODUCCIÓN

Los bancos de conservación de la naturaleza se encuentran presentes en el ordenamiento jurídico español desde su inclusión en el Plan Estratégico del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad 2011-2017 (1), texto en el que se instaba al estudio y desarrollo de esta herramienta. Así, haciendo caso de dicha previsión, la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, introducirá, mediante Disposición adicional octava, la base jurídica necesaria para su constitución y su adscripción a los fines de la compensación ambiental. La sucinta previsión recogida en dicho precepto remite, no obstante, a desarrollo reglamentario posterior para la determinación de aspectos esenciales como su régimen general, organización, funcionamiento o criterios técnicos.

Pese a la reafirmación del legislador español en este instrumento de mercado, al cual se hace referencia en otra ley posterior (2), la elaboración del reglamento aludido *supra* se encuentra actualmente paralizada. Ello, tras

(1) Real Decreto 1274/2011, de 16 de septiembre, por el que se aprueba el Plan Estratégico del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad 2011-2017, en aplicación de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

(2) Ley 42/2017, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, que realiza una mención mecánica de los bancos de conservación al listar, entre otros ejemplos de espacios a tener en cuenta por la Estrategia estatal de infraestructura verde, los «terrenos afectados por los bancos de conservación de la naturaleza».

un proyecto fallido que desató la férrea oposición de las asociaciones ecologistas, a cuyo beneplácito el gobierno había supeditado la aprobación de la normativa.

Ante esta perspectiva tan poco halagüeña, algunos autores como DE GUERRERO MANSO (2016: 91) han calificado el marco jurídico actual de los bancos de conservación en España como «escaso e indeterminado». Por ello y ante el estatismo del legislador español, se hace especialmente importante acudir a la experiencia internacional bajo la premisa de analizar la implementación de este mecanismo en otros ordenamientos jurídicos (mejor cuanto más similares al nuestro).

En atención a lo anterior, en este trabajo estudiaremos el modelo francés de los *sites naturels de compensation* (nombre que reciben actualmente en Francia los bancos de conservación), recientemente introducido. Nótese que, más allá de su denominación, este instrumento se define por la función que desempeña (3). Así, el modelo común sería el de un instrumento de mercado, utilizado para la compensación de daños medioambientales, en virtud del cual una persona pública o privada podrá poner en marcha una actuación (4) que incremente el valor ecológico de un territorio. Posteriormente, este valor creado se transformará en unidades vendibles (créditos o títulos ambientales, unidades de compensación, activos...) susceptibles de ser adquiridos por operadores en el cumplimiento de su obligación legal de compensar los impactos residuales de un determinado proyecto, plan o programa, a la luz del principio de *no pérdida neta* de biodiversidad (5).

Para comprender el modelo francés de los *sites naturels de compensation*, será necesario el estudio previo de los cambios significativos introducidos por la *Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages* (6) en el sistema de compensaciones ambientales,

(3) DE GUERRERO MANSO (2016: 86). En este sentido, la autora recopila algunas de las denominaciones habituales, que varían en función del país y de los objetivos específicos de protección: bancos de hábitat, bancos de mitigación, bancos de conservación de la biodiversidad, biobancos, bancos de compensación ambiental, fondos verdes, *biodiversity offsets*, etc.

(4) Habitualmente, acciones de creación, restauración, mejora y preservación de un territorio natural.

(5) Para más información sobre el concepto y modelo de funcionamiento de los bancos de conservación, particularmente en EE. UU., *vid.* DURÁ ALEMAÑI (2013: 386-540) y CUYÁS PALAZÓN (2016). Sobre las distintas experiencias internacionales, el encaje de los bancos de conservación en el derecho de la Unión Europea y un análisis de la normativa española, *vid.* GARCÍA URETA (2015: 343 y ss.). Especialmente, respecto de la experiencia española y los principales retos a abordar, *vid.* CONDE ANTEQUERA (2014) y DE GUERRERO MANSO (2016).

(6) Ley n° 2016-1087, de 8 de agosto de 2016, para la reconquista de la biodiversidad, de la naturaleza y del paisaje. Las referencias a esta Ley, en lo sucesivo, se realizarán por su título abreviado o por su apelativo *ley biodiversidad*, en castellano o en francés indistintamente.

tanto en lo relativo a su naturaleza, como respecto de la ejecución de medidas compensatorias. Así, la norma incluye una serie de criterios marco y modalidades de realización, en sintonía con las exigencias del derecho de la Unión Europea y del derecho internacional, que permiten orientar las compensaciones ambientales hacia un sistema que garantice su éxito desde un punto de vista ecológico. Entre estas modalidades se prevé expresamente, por primera vez, el recurso a los *sites naturels de compensation*, cuyo régimen general es remitido a desarrollo reglamentario posterior.

De este modo, a diferencia del caso español, la previsión legislativa anterior se manifiesta en dos decretos (7), publicados el 28 de febrero de 2017, que, como veremos más adelante, ofrecen un primer marco regulativo para la constitución y el funcionamiento del instrumento que nos ocupa.

Con todo ello, por las similitudes que presenta la gestación de este modelo en Francia y en España y la proximidad entre ambos ordenamientos jurídicos, hemos considerado que la regulación, recientemente implementada, de los *sites naturels de compensation*, podría constituir una interesante referencia que merece ser analizada. Incluso, quizás, sus disposiciones puedan inspirar las de un futuro *Reglamento de régimen general, organización, funcionamiento y criterios técnicos de los bancos de conservación de la naturaleza* en España.

II. LA APUESTA DE LA LOI BIODIVERSITÉ POR LA COMPENSACIÓN AMBIENTAL

Sin duda alguna, la primera declaración de intenciones implícita en la Ley de 8 de agosto de 2016, para la reconquista de la biodiversidad, de la naturaleza y del paisaje, la encontramos, precisamente, en su denominación. Es llamativo el nombre elegido por el legislador para referirse a la norma que, entre otras disposiciones, consagrará en el ordenamiento francés el recurso a la compensación ambiental de los daños producidos al medio ambiente. Así, el término *reconquista* hace referencia, connotación bélica incluida, a la recuperación de aquello que previamente se había perdido (8). No es de extrañar, por tanto, la afirmación de la profesora VAN LANG (2016b: 2381)

(7) Décret n° 2017-264 du 28 février 2017 relatif à l'agrément des sites naturels de compensation; Décret n° 2017-265 du 28 février 2017 relatif à l'agrément des sites naturels de compensation [Decreto n° 2017-264, de 28 de febrero de 2017, relativo a la autorización de los *sites naturels de compensation*; Decreto n° 2017-265, de 28 de febrero de 2017, relativo a la autorización de los *sites naturels de compensation*].

(8) En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se define el verbo *reconquistar* como «conquistar una plaza, provincia o reino que se había perdido».

al considerar esta elección como una declaración de guerra a los enemigos de la biodiversidad (9).

El objetivo de la presente norma, no obstante, no es otro que el de reforzar la protección ofrecida por el ordenamiento jurídico francés frente a la degradación del medio ambiente concebido de forma sistémica, fortaleciendo los compromisos existentes desde la Ley Grenelle II del año 2010 (10), que instituía esta protección como *compromiso nacional*, y en consonancia con el deber constitucional francés que impone a toda persona la participación en la preservación y mejora del medio ambiente, del artículo 2 de la Charte de l'environnement (11).

De este modo, la Ley de 8 de agosto de 2016, lleva a cabo una cuidadosa descripción de su objeto de protección, la *biodiversidad o diversidad biológica*, refiriéndose a ésta como la variabilidad de los organismos vivos de cualquier origen, comprendidos los ecosistemas terrestres, marinos y otros ecosistemas acuáticos, así como los complejos ecológicos de los que forman parte. Esto comprende la diversidad interna de las especies y entre especies, la diversidad de los ecosistemas y las interacciones entre los organismos vivos (artículo 1 de la Ley que modifica el artículo L. 110-1 del Code de l'environnement) (12).

(9) En el mismo sentido, VAN LANG (2016b: 2381) señala que la preferencia por el término *reconquista* no supone sino un acto de vanidad, porque ¿cómo recuperar algo que se ha perdido definitivamente? La destrucción incesante de la biodiversidad ocasionada en el último siglo no se configura como un hecho abstracto, sino que tiene su concreta manifestación en la destrucción de hábitats y la extinción de especies. De este modo, difícilmente será *reconquistable* aquello definitivamente degradado, por lo que la elección del término es, cuanto menos, discutible.

(10) Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement [Ley n° 2010-788, de 12 de julio de 2010, de compromiso nacional con el medio ambiente].

(11) La Charte de l'environnement [Carta del medio ambiente] es un breve texto introducido en Francia por Ley constitucional n° 2005-205, de 1 de marzo de 2005. Integrado en el bloque de constitucionalidad, reconoce los derechos y deberes legales de toda persona en relación con el medio ambiente. En particular, establece tres principios fundamentales: el principio de prevención, el principio de precaución y el principio de quien contamina paga. Además, consagra derechos fundamentales como el derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado y respetuoso con la salud, o el de acceso a la información y la participación en asuntos medioambientales. Como obligaciones principales, aparte de aquellas vinculadas a los principios enumerados, destaca el antedicho deber de toda persona de participar en la protección y mejora del medio natural, así como la importancia de la educación y la formación ambiental para el ejercicio del mandato recogido en la disposición.

(12) Texto original en francés: «On entend par biodiversité, ou diversité biologique, la variabilité des organismes vivants de toute origine, y compris les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques, ainsi que les complexes écologiques dont ils font partie. Elle comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces, la diversité des écosystèmes ainsi que les interactions entre les organismes vivants».

Así, teniendo en todo momento presentes los rasgos esenciales del elemento a proteger (o a *reconquistar*), esta Ley refuerza el contenido de grandes principios del derecho ambiental, como el principio de prevención; consagra, tras una larga lucha por su inclusión, el principio de no regresión (13), e introduce una serie de otros nuevos principios tales como: solidaridad ecológica, utilización sostenible, y complementariedad entre el medio ambiente, la agricultura, la acuicultura y la gestión sostenible de los bosques. Todo ello con el objetivo de hacer de Francia un país ejemplar en materia de reconquista de la biodiversidad (14).

No obstante, durante los más de dos años de trabajo hasta la publicación definitiva de esta Ley, uno de los aspectos más debatidos, tanto internamente como a nivel mediático, ha sido la regulación específica que el texto lleva a cabo sobre la compensación ecológica y la implementación de medidas compensatorias. Como puede adivinarse, este instrumento es percibido con especial sensibilidad por la opinión pública, suscitando reacciones encontradas. Es por ello que, durante estos últimos años, han sido frecuentes los titulares de prensa manifestando preocupación por la instauración de un supuesto —y temido— *derecho a destruir* (15).

La compensación ambiental, sin embargo, no es incluida *ex novo* en el ordenamiento jurídico francés por la Ley de 2016. Por el contrario, ésta disfrutaba de valor normativo desde su introducción, como una de las rúbricas de los estudios de impacto de actividades sobre el medio ambiente, en la *Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature* (artículo 2) (16). Desde ese primer momento, no obstante, la compensación había sufrido

El Code de l'environnement es la obra que codifica, en Francia, la totalidad de los textos jurídicos (leyes, decretos y reglamentos) relacionados con el derecho medioambiental.

(13) En relación con el costoso procedimiento acontecido hasta la aprobación definitiva del principio de no regresión en Francia, *vid.* LÓPEZ RAMÓN (2016), donde se exponen los principales trabajos legislativos, proceso de inconstitucionalidad y entresijos políticos hasta su aprobación definitiva.

(14) «Faire de la France un pays exemplaire en matière de reconquête de la biodiversité» (VAN LANG, 2016b: 2382). Para más información sobre la tramitación parlamentaria de la Ley, incluyendo un análisis pormenorizado de estos *nuevos principios*, *vid.* VAN LANG (2016b). Nótese que la autora destaca cómo los nuevos principios introducidos en la Ley insisten en los vínculos del medio ambiente con las actividades humanas, vínculos que aspira a salvaguardar, manteniendo una visión antropocéntrica de la biodiversidad.

(15) A título de ejemplo, puede verse el artículo de gran formato publicado en el diario francés *Le Monde*, el 20 de mayo de 2016, bajo el título «Compenser par l'offre. Un "permis de détruire" la biodiversité?», firmado por Angela Bolis. En el mismo sentido, aunque más alarmista, estudio publicado en el conocido blog *Mediapart*, por el economista Maxime Combes, el 22 de junio de 2016, que lleva por título: «Loi Biodiversité: la compensation instaure un droit à détruire!».

(16) Ley n° 76-629, de 10 julio de 1976, relativa a la protección de la naturaleza.

una evolución fragmentada, sectorizada, que derivó en una pluralidad de marcos regulativos heterogéneos y en una actitud manifiestamente abúlica hacia este mecanismo, durante largo tiempo apartado (17).

Pese a la variedad creciente de disposiciones legales mencionando en su redacción el sistema de compensaciones, DUPONT y LUCAS (2017: 145) señalan cómo todas ellas no incluían sino una mera alusión, sin precisar su contenido ni, por ende, tampoco las modalidades de ejecución. Ni el legislador francés, ni probablemente la sociedad, estaban entonces preparados para asumir los desafíos que suponía la implementación efectiva de este instrumento. Tarea, la cual, intentará llevarse a cabo, en una primera instancia, con ocasión de la Ley Grenelle I en 2009 (18), ley que abrirá la puerta al debate sobre la posibilidad de un nuevo principio general de compensación en el derecho ambiental (19). De este modo, la norma recoge en su articulado diversas disposiciones con el objetivo de ofrecer un marco coherente que mejore la efectividad de las compensaciones. En particular, impone la obligación para la autoridad administrativa de precisar estas medidas junto con la decisión de autorización del proyecto, plan o programa, así como las modalidades de seguimiento de sus efectos. Transformaciones, las cuales, consolidarán el valor de la compensación como jurídicamente vinculante, reforzándose reglamentariamente los medios y procedimientos de sanción por la autoridad en caso de incumplimiento (20).

Por tanto, la Ley de 8 de agosto de 2016, para la reconquista de la biodiversidad, lejos de resultar decididamente innovadora, parece seguir la línea del trabajo acometido previamente. No obstante, esta Ley dará un salto cualitativo importante en una apuesta clara por regular este mecanismo, aportando modificaciones significativas que ofrezcan un verdadero marco unificado para la acción. Así, la *ley biodiversidad* introduce en el Code de l'environnement un capítulo titulado «Compensation des atteintes à la biodiversité» [compensación de daños —violaciones— a la biodiversidad] (21), agrupando por primera vez las disposiciones relativas a la ejecución de estas medidas.

(17) Para un análisis sobre la aplicación inicial de la compensación en Francia, *vid.* UNTERMAIER (1986), en DUPONT y LUCAS (2017: 144). Un estudio más extenso y pormenorizado puede encontrarse en LUCAS (2015: 11 y ss.).

(18) Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement [Ley n° 2009-967, de 3 de agosto de 2009, de programación relativa a la ejecución de Grenelle del medio ambiente].

(19) VAISSIÈRE (2014: 181-182).

(20) *Vid.* MERCIER y BRUNENGO-BASSO (2016: 18); *Vid. et.* DUPONT y LUCAS (2017: 145).

(21) Artículos L. 163-1 a L. 163-5 del Code de l'environnement, introducidos mediante artículo 69 de la Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

Podría afirmarse, sin lugar a dudas, que dos son los cambios *revolucionarios* introducidos por la Ley de 2016 en lo que respecta al sistema de compensaciones ambientales. Uno de ellos es, como se comentaba en el párrafo anterior, la instauración de un marco detallado para la ejecución de la obligación compensatoria, estipulando criterios esenciales y detallando modalidades de satisfacción; plasmado mediante la inclusión de un capítulo específico en el Code de l'environnement. Entre estas disposiciones se incluye, además, por primera vez y proporcionando el necesario apoyo legal, la posibilidad del recurso a las unidades de biodiversidad en el marco de un *site naturel de compensation*, como analizaremos posteriormente.

El otro aspecto significativo viene definido por la habilidad del legislador francés para dotar de visibilidad y base jurídica sólida a la compensación ambiental, al incluirla entre los principios generales del derecho ambiental. Frente a las eventuales vicisitudes y el inevitable debate que hubiera supuesto la introducción de un *principio general de compensación*, el legislador recurre a la adhesión del sistema de compensaciones a uno de los grandes principios ambientales: el principio de prevención. Asociación cuya naturaleza trataremos a continuación.

1. La compensación como expresión del principio de prevención

Para sorpresa de parte de la doctrina francesa, el legislador, mediante la Ley para la reconquista de la biodiversidad de 2016, consagra la compensación ambiental adhiriéndola a uno de los principios indiscutibles del Derecho ambiental: el principio de prevención o acción preventiva (22). Para ello, se sirve de concebir la obligación compensatoria como parte de un todo indisoluble, de un mecanismo de etapas sucesivas conocido como *jerarquía de mitigación* o *secuencia ERC* (*Evitar-Reducir-Compensar*). En otras palabras, el mérito de la *ley biodiversidad* es el de endosar el tríptico ERC al principio de prevención, dándole a éste mayor visibilidad y entendiendo la compensación ambiental como un recurso indisoluble de dicha secuencia.

La jerarquía de mitigación se encuentra presente en el sistema francés desde la primera ley de protección de la naturaleza en 1976 (23). Tras esta temprana inclusión, casi a título programático, su contenido ha ido variando en consonancia con la rápida evolución acaecida en todos los sectores del ordenamiento jurídico ambiental. Su consagración con la llegada de la Ley de

(22) El principio de acción preventiva aparece regulado en el artículo 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea como uno de los principios inspiradores de la política medioambiental de la Unión.

(23) Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature [Ley n° 76-629, de 10 julio de 1976, relativa a la protección de la naturaleza].

2016, no obstante, no es un hecho fortuito, sino la conclusión del esfuerzo de todos los actores implicados (servicios del Estado, asociaciones, federaciones e investigadores de todas las disciplinas concernidas) que no han cesado en los últimos años de producir informes, organizar coloquios y construir guías que sirvieran de referencia a los sujetos participantes y a todos los ciudadanos (24).

La secuencia ERC, ya unida a la prevención y recogida como principio general en el artículo L. 110-1, II, 2° del Code de l'environnement como *principe de acción preventiva y de corrección por prioridad en la fuente* (25), se compone de tres etapas que habrán de ser observadas en régimen de estricta jerarquía. En primer lugar, la manera óptima de prevenir los daños que un proyecto, plan o programa pueda causar sobre el medio ambiente, será la de *evitar* tal impacto. Es decir, considerar todo tipo de soluciones alternativas, tanto de naturaleza técnica, como geográfica (26). En segundo lugar, los efectos nocivos para el medio ambiente que no puedan ser evitados a un coste razonable, habrán de ser reducidos utilizando soluciones técnicas de minimización del impacto. En última instancia, todos aquellos daños residuales que no puedan ser evitados, ni minimizados, a un coste razonable, habrán de ser compensados, teniendo en cuenta especies, hábitats naturales y funciones ecológicas afectadas (27).

(24) Entre ellos destaca, por asentar la interpretación de este principio, la doctrina publicada por el Ministerio encargado de los asuntos medioambientales en el año 2012, dirigida a promotores, operadores y servicios del Estado, contenida en el informe titulado «Éviter, réduire et compenser les impacts sur le milieu naturel» [Evitar, reducir y compensar los impactos sobre el medio natural], con la vocación, como se indica en primera página, de avanzar hacia el futuro a la luz de los progresos de naturaleza técnica y reglamentaria.

En el mismo sentido, es remarcable la publicación del informe «Lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur les milieux naturels» [Líneas directrices nacionales sobre la secuencia evitar, reducir y compensar los impactos sobre los medios naturales], por la CGDD (Commissariat général au développement durable), en 2013, que establecía las líneas directrices para la aplicación de la secuencia ERC.

Otros documentos institucionales posteriores, son también importantes en la construcción del contenido de este instrumento (el último de enero de 2018). Ellos, junto con los antes mencionados, pueden consultarse en la página oficial del Ministère de la Transition Écologique et Solidaire [Ministerio de la Transición Ecológica y Solidaria], en la dirección: <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/eviter-reduire-et-compenser-impacts-sur-lenvironnement>.

(25) «Principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable» [principio de acción preventiva y de corrección, por prioridad en la fuente, de los daños al medio ambiente, usando las mejores técnicas disponibles a un coste económicamente aceptable] (artículo L. 110-1, II, 2° del Code de l'environnement).

(26) Por ejemplo, modificar el trazado de una carretera para evitar un emplazamiento de la Red Natura 2000 (MEEM, 2017: 1).

(27) La expresión *funciones ecológicas afectadas*, introducida por la Ley de 8 agosto de 2016, sustituye a la anterior *servicios afectados y funciones ecosistémicas afectadas*. En

Este principio de acción preventiva tendrá como objetivo, de acuerdo con el artículo mencionado *supra*, la ausencia de pérdida neta de biodiversidad, incluso tender hacia una ganancia de biodiversidad, reproducción de los principios *no net loss* y *net gain* de origen estadounidense (28). La no pérdida neta de biodiversidad implica, de este modo, que en el marco de la implementación de un proyecto, plan o programa, las ganancias de biodiversidad alcanzadas mediante actuaciones de creación, restauración, mejora o preservación, habrán de ser, como mínimo, equivalentes a las pérdidas derivadas del impacto de la actividad sobre el medio ambiente e, incluso, suponer una ganancia en términos de tipo, cantidad y calidad de la biodiversidad —por tanto, sólo cabe la reparación *in natura*— en el espacio y en el tiempo (29). La adhesión de este objetivo a la prevención, no obstante, es discutible, siendo más adecuada, quizá, su configuración como principio orientador de la implementación medidas compensatorias, de forma particular.

Por tanto, de acuerdo con lo expuesto hasta ahora, no resultará sorprendente que la asociación pretendida por el legislador entre compensación ambiental y principio de prevención haya suscitado disparidad de opiniones en la doctrina jurídica francesa. Por una parte, DUPONT y LUCAS (2017: 147-148) consideran este endose como parcialmente erróneo, al sustentarse en la premisa de la indivisibilidad conceptual de la jerarquía de mitigación que, en realidad, niega la singularidad de la compensación. Ya que, para las autoras, las dos primeras medidas (evitación y reducción) tienen una finalidad distinta de la tercera (compensación), la cual se relaciona mayormente con el principio *quien contamina paga* (30). Así, se correría el riesgo de percibir el principio de prevención únicamente a través del prisma de la sucesión ERC, en lugar de en su sentido más amplio, perdiendo generalidad.

opinión de VAN LANG (2016a: 588) este cambio persigue aclarar que de lo que se trata es de compensar los impactos sobre el buen funcionamiento de los ecosistemas, mientras que, determinados servicios prestados por aquellos hacia el hombre como, por ejemplo, los relacionados con el ocio, no serán objeto de la compensación ambiental.

(28) «Ce principe doit viser un objectif d'absence de perte nette de biodiversité, voire tendre vers un gain de biodiversité» (Artículo L. 110-1, II, 2°, *in fine*, del Code de l'environnement). Sobre el principio *no net loss* en el sistema de compensaciones ambientales de Estados Unidos y, en particular, en relación con los bancos de conservación, *vid.* CONDE ANTEQUERA (2014: 387 y ss.).

(29) BBOP-BUSINESS AND BIODIVERSITY OFFSETS PROGRAMME (2012: 10).

(30) Es inevitable pensar que el distanciamiento buscado por el legislador respecto de este principio *quien contamina paga*, persigue, *inter alia*, alejarse de la crítica fácil que deriva de la inversión de esta formulación en *quien paga contamina* (DE GUERRERO MANSO, 2016: 104), utilizada para representar la temida idea de que el régimen de compensaciones dé lugar a un *derecho a destruir*, es decir, a la autorización de la producción de daños al medio ambiente a cambio de contrapartidas.

Esta singularidad de la compensación nos llevaría, asimismo, a identificar dos subgrupos de medidas habitualmente denominadas: medidas *ex ante* y medidas *ex post*. De este modo, la clasificación hace referencia, por un lado, a las medidas compensatorias diseñadas con anterioridad (*ex ante*) a la realización de un proyecto, plan o programa, en el ámbito de la evaluación ambiental. Por otro lado, se encontrarían las medidas de compensación cuya finalidad es restituir el equilibrio ecológico ya destruido —accidentalmente— (*ex post*) que se sitúan en el ámbito de la responsabilidad medioambiental. En este sentido, VAN LANG (2016a: 587) señala que la Ley para la reconquista de la biodiversidad se ocupa sólo de las primeras, es decir, de las medidas *ex ante*, que son las que el legislador anexiona al principio de prevención. Mientras que el otro grupo de medidas, aquéllas *ex post*, se encuentran reguladas precisamente en la Ley de 1 de agosto 2008 (31), que incorpora en el ordenamiento jurídico francés la Directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad medioambiental, y sí ostentarían relación directa con el principio quien contamina paga.

Pese al valor de esta distinción, sigue siendo cuestionable la asociación entre las medidas llamadas *ex ante* y la acción preventiva, aunque la adición de la *no pérdida neta de biodiversidad* parece mitigar dicha aprensión. En este sentido, se pronunciaba años antes CONDE ANTEQUERA (2014: 991), indicando que «admitir la posibilidad de un efecto ambiental adverso irreparable a la hora de emitir la declaración ambiental en el procedimiento de evaluación ambiental puede suponer una lesión del principio de prevención [...] si no se reinterpreta dicho principio en el sentido comentado de la no pérdida neta de biodiversidad» a la luz del cual «lo que se pretende es *prevenir* esa pérdida neta de biodiversidad derivada de la realización de un proyecto».

Con todo, hay quienes señalan que, con independencia de la naturaleza de las medidas compensatorias, anteriores o posteriores, todas comparten un carácter *curativo*, elemento determinante para la apreciación de un ánimo preventivo (32). Pues si bien ciertas degradaciones no hubieren podido ser evitadas, ni completamente reducidas, al menos podrán ser constatadas, en vistas de una prevención global de pérdidas de biodiversidad resultantes de la realización del proyecto, plan o programa objeto del procedimiento (33). El acento se pone de nuevo, por tanto, en la visión de conjunto indivisible del mecanismo. No en vano, todo aquel proyecto cuyos daños potenciales

(31) Loi n° 2008-757 du 1er août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement [Ley n° 2008-757, de 1 de agosto de 2008, relativa a la responsabilidad medioambiental y a diversas disposiciones de adaptación al derecho comunitario en el ámbito del medio ambiente].

(32) Vid. VAN LANG (2016a: 587); vid. et. DUPONT y LUCAS (2017: 147).

(33) Vid. TRÉBULLE (2017: 1).

al medio ambiente no puedan ser evitados, ni reducidos, ni compensados de forma satisfactoria no podrá, en ningún caso, ser autorizado por la Administración en tal estado (34).

2. Régimen de ejecución de medidas compensatorias: reconocimiento de criterios y modalidades

Como comentábamos anteriormente, además de la adhesión de la compensación ambiental a la acción preventiva y al tríptico ERC, otro de los aspectos clave de la Ley de 2016 para la reconquista de la biodiversidad es la regulación contenida en ella sobre la ejecución de medidas compensatorias ofreciendo, por primera vez, parámetros sobre su intensidad, modalidades de satisfacción y criterios de estricta observancia.

No es baladí señalar que, pese a que la Ley dedica una mayor atención a estas medidas en comparación al total de disposiciones referidas a la evitación y a la reducción, lo que ha suscitado no pocas críticas (35), el carácter de las mismas se configura expresamente como excepcional, sólo en relación a impactos residuales. Es decir, éstas no pueden sustituir, en ningún caso, a las de evitación y minimización, respectivamente.

El objetivo esencial de la compensación, de acuerdo con lo expuesto hasta ahora es, por tanto, la consecución de la no pérdida neta de biodiversidad, o incluso ganancia. Así, continuando con el artículo mencionado *supra*, el hecho generador de la obligación será la existencia de un impacto residual (ni evitable, ni reducible) previsto o previsible (36); a condición de que un texto legal o reglamentario así lo prevea y dentro del respeto a la *equivalencia eco-*

(34) Art. L. 163-1, I, párrafo 2º, del Code de l'environnement. Nótese que esta prohibición entra en aparente contradicción con la previsión que se establece en materia de evaluación ambiental de proyectos (artículo R. 122-5, II, 8º del Code de l'environnement) al incluir, en el contenido del *étude d'impact* [estudio de impacto], la relación de las medidas compensatorias a implementar por el promotor para mitigar los efectos nocivos del proyecto que se pretende autorizar y *si no es posible compensar sus efectos, justificar dicha imposibilidad*. ¿Para qué incluir en el documento la justificación de la imposibilidad de compensar posibles daños si, en atención a la prohibición mencionada, un proyecto cuyo impacto no sea compensable —ni evitable, ni reducible— no podrá ser autorizado?

(35) En este sentido, GRIMONPREZ (2016: 23) apunta que el detalle y número de artículos que el legislador dedica a la compensación, en detrimento de los otros dos eslabones superiores de la jerarquía, lleva, inevitablemente, a focalizar la atención sobre este mecanismo con el riesgo de infravalorar los anteriores.

(36) Nótese que, al no especificar este artículo el grado de daño requerido, ni la naturaleza particular de la biodiversidad afectada —pudiendo ser hasta la más ordinaria—, corresponderá a la Administración, dentro de su margen de discrecionalidad, apreciar si la amplitud del impacto residual es suficiente como para justificar la aplicación de medidas compensatorias (GRIMONPREZ, 2016: 24).

lógica (37). Criterio de equivalencia que analizaremos, por su trascendencia, en epígrafe posterior junto al resto de criterios esenciales.

Además, continúa dicho artículo en su párrafo segundo, estas medidas deben traducirse en una obligación de resultado y ser efectivas durante la duración total de los impactos. En lo que respecta a la exigencia de resultado, ésta debe interpretarse como una obligación para la administración no solamente de prescribir las acciones a acometer, sino también de exigir resultados medibles y precisos, que reflejen el estado ecológico perseguido con la implementación de las medidas (38). Algo que, para DUPONT y LUCAS (2017: 150), resulta ambicioso, a la luz de la fuerte incertidumbre científica en este ámbito (39). Señala VAN LANG (2016a: 591), asimismo, que este requisito obligaría también a la administración respecto de sí misma, conminada a modificar sus propias prescripciones si éstas no resultaren suficientes para asegurar el éxito de la compensación.

En cuanto a la previsión de perdurabilidad de las medidas compensatorias durante la duración total de los daños, la cuestión será examinada posteriormente, con ocasión del criterio de *permanencia en el largo plazo*.

El apremio de resultado permitirá que la autoridad administrativa actúe contra la persona obligada a la implementación de las medidas compensatorias, cuando ésta no las haya satisfecho en las condiciones impuestas. En particular, el artículo L. 163-4, párrafos 1º y 2º, del Code de l'environnement, especifica que, ante un incumplimiento, la autoridad se dirigirá al interesado ordenando la satisfacción de la compensación, en un plazo determinado por ésta. Si al transcurso de dicho plazo la persona obligada no ha actuado conforme al requerimiento, la administración procederá a ejecutar de oficio las medidas prescritas, en el lugar de dicha persona y a su costa. Además, todo obligado a implementar medidas compensatorias podrá ser compelido a constituir garantías financieras, destinadas a asegurar la realización satisfactoria de la compensación (40).

(37) Art. L. 163-1, 1, párrafo 1º, del Code de l'environnement.

(38) MEDTL (2012: 8) en DUPONT y LUCAS (2017: 150).

(39) Las autoras consideran, además, que la calificación de *obligación de resultado* es inadecuada, dada su significación jurídica, y podría dar lugar a contencioso (por ejemplo, en el Código Civil francés se regula que, en caso de fuerza mayor, el obligado puede quedar exonerado del cumplimiento, incluso siendo exigible el resultado, como señala GRIMONPREZ [2016: 24], ¿quedaría el promotor liberado del cumplimiento de las medidas compensatorias en caso de imposibilidad fortuita e imprevisible?).

(40) Artículo L. 163-4, párrafos 4º y 5º, del Code de l'environnement. El incumplimiento de la prescripción de constituir dicha garantía financiera, continúa el artículo, podrá conllevar la obligación de consignar ante una autoridad contable, la suma correspondiente a la realización de las medidas, sin perjuicio de la correspondiente multa administrativa y el procedimiento en vía penal, si procediere.

Hasta aquí, las disposiciones introducidas por la Ley de reconquista de la biodiversidad en el Code de l'environnement suponen una evolución natural de la regulación del sistema de compensaciones. La verdadera *revolución*, no obstante, viene de la mano del artículo L. 163-1, II, párrafo 1º, que especifica, por primera vez, las posibles modalidades de ejecución de estas medidas, en los siguientes términos (traducido):

II. Toda persona sometida a una obligación de implementación de medidas compensatorias de daños a la biodiversidad, podrá satisfacer dicha obligación ya sea directamente; confiando su realización, mediante contrato, a un operador de compensación definido en el punto III del presente artículo, o mediante la adquisición de unidades de compensación en el marco de un *site naturel de compensation* definido en el artículo L. 163-3 (41).

Para cumplir con la obligación de compensación, el promotor tendrá la posibilidad, por lo tanto, de elegir entre varias opciones legales, de forma alternativa o complementaria —párrafo 3º del artículo antecitado— (42). Por un lado, podrá efectuar las medidas de compensación por él mismo (opción menos frecuente, a la luz de los requerimientos técnicos necesarios para acometer acciones de esta índole). Por otro lado, podrá recurrir a la formalización de un contrato, regulándose dos tipos: el primero, aquel que permite encargar a un *operador de compensación* la realización de las medidas prescritas; el segundo tipo de contrato, aquel que versa sobre la adquisición de unidades de compensación en el marco de un *site naturel de compensation*.

En sí, podría decirse que el legislador no innova sobre la elección del instrumento jurídico utilizado, pues el contrato ya era el recurso más utilizado en la ejecución de medidas de compensación. La novedad viene del lado,

(41) «II. – Toute personne soumise à une obligation de mettre en œuvre des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité y satisfait soit directement, soit en confiant, par contrat, la réalisation de ces mesures à un opérateur de compensation défini au III du présent article, soit par l'acquisition d'unités de compensation dans le cadre d'un site naturel de compensation défini à l'article L. 163-3».

(42) La libertad que acompaña a esta elección, dice VAN LANG (2016a: 590), tiene como finalidad incitar al promotor a comprometerse, con mayor voluntariedad, a llevar a cabo la compensación. En el mismo sentido, VAISSIÈRE, QUÉTIER y LEVREL (2017: 127) señalan que la regulación anterior a la Ley de 2016, dispersa e inespecífica, generaba una gran heterogeneidad en el tratamiento de los proyectos. Las medidas complementarias eran determinadas *ad hoc* y, a menudo, la urgencia conducía a privilegiar soluciones rápidas, poco duraderas y en ocasiones ineficaces desde un punto de vista ecológico.

Nótese que, cuando la administración proceda de oficio por causa de incumplimiento del obligado, ésta lo hará de acuerdo con la modalidad fijada en la autorización, es decir, o bien ejecutando las medidas o bien confiando su realización a un operador de compensación o adquiriendo unidades de compensación de un *site naturel de compensation*, según hubiere sido prescrito.

por tanto, de la designación de la parte contratante y del objeto del negocio jurídico (43).

La definición de operador de compensación, recogida en el mismo artículo L. 163-1, punto III, indica que tal condición hace referencia a una persona pública o privada que recibe el encargo, por parte del sujeto obligado a aplicar medidas de compensación de daños a la biodiversidad, de implementar dichas medidas y de su coordinación a largo plazo. Teniendo en cuenta, además, que en todos los casos —también en el de la adquisición de unidades de compensación— el promotor se mantiene como el único responsable frente a la autoridad administrativa. Es decir, no se da una transferencia de responsabilidad del promotor al operador, sin perjuicio de que el primero pueda actuar contra el operador de compensación que haya incurrido en incumplimiento de sus compromisos contractuales (44).

Sobre el contenido previsto del contrato, nada se dice, aunque es lógico pensar que la determinación de las obligaciones contractuales estará fuertemente correlacionada con el contenido de las medidas prescritas por la autoridad administrativa. Sobre su naturaleza, tampoco. En este sentido, VAN LANG (2016a: 590) aboga por instituir esta modalidad en contrato administrativo, habida cuenta de su finalidad de compensación de la biodiversidad, que tiene como objetivo asegurar un interés general, con independencia de la naturaleza de las partes contratantes.

La Ley introduce, además, un nuevo criterio —que será junto a los anteriores, objeto de análisis posterior— al disponer que las medidas de compensación serán implementadas prioritariamente sobre el sitio dañado o, en todo caso, a *proximidad* del mismo, con el fin de garantizar sus funcionalidades de manera perenne (proximidad, en relación con la equivalencia funcional y la permanencia en el largo plazo) —artículo L. 163-1, II, *in fine*, del Code de l'environnement—.

En cualquier caso, las modalidades de cumplimiento recogidas en este artículo, responderían a un esquema que algunos autores han clasificado del *lado de la demanda* y del *lado de la oferta* (45). Las modalidades del lado de la demanda serían aquellas consistentes en ejecutar las acciones prescritas por la administración para garantizar la compensación ecológica, tanto directamente (por el promotor), como mediante delegación (a través de un operador de compensación). Actualmente, constituyen una obligación

(43) Vid. LUCAS (2017: 31) en DUPONT y LUCAS (2017: 156 y ss.).

(44) Artículo L. 163-1, II, párrafo 2º, del Code de l'environnement, donde se indica que el promotor se mantiene como único responsable frente a la autoridad administrativa, en todos los casos.

(45) Vid. BORN, DUPONT Y PONCELET (2012); *vid. et.* THIEVENT (2017), ETRILLARD (2017).

de medios más que de resultado, pues sólo prescriben la realización de las acciones oportunas y, si bien corresponde a la administración el seguimiento y la verificación del resultado ecológico perseguido, tal producto no deja de ser una mera estimación al momento del otorgamiento de la autorización. Por otro lado, nos encontraríamos con la compensación por el lado de la oferta: el recurso a las unidades de compensación en el marco de un *site naturel de compensation*. Este mecanismo, como veremos en epígrafes sucesivos, puede presentar, por su juventud, incertidumbres de toda índole; no obstante, algunas de sus ventajas con respecto al sistema de compensación a la demanda, son *a priori* constatables (46).

En primer lugar, favorece la satisfacción del objetivo de resultado y la eficacia de la compensación permitiendo conocer de antemano, en el momento de la autorización, en qué términos y sobre qué valores ecológicos se producirá ésta, pues el promotor estará adquiriendo, desde el primer momento, el resultado —medido y valorado— de una acción de mejora o restauración anterior (anticipada). En segundo lugar, en relación al objetivo de no pérdida neta de biodiversidad, al que se orientan todas las medidas de compensación, el recurso a las unidades de un lugar de compensación presentaría, además, la ventaja añadida de que, al desarrollar la ganancia de biodiversidad antes de la producción del impacto, podrían evitarse las *pérdidas intermedias*. Es decir, aquellas que se producen entre el momento de la destrucción de biodiversidad y aquel en que surten efecto las medidas de compensación. Pérdidas constatables en los mecanismos del lado de la demanda (47).

Su inclusión en último lugar al citar el elenco de modalidades, no obstante, lleva a algunos autores, como TRÉBULLE (2017: 2), a afirmar que el recurso a las unidades de compensación no es sino subsidiario con respecto a los otros modos de compensación, siendo los dos anteriores preferidos. Este presupuesto, sin embargo, parece no concordar con el empeño demostrado por el legislador en su desarrollo y en la difusión de sus ventajas operativas y ecológicas.

De lo que sí existe evidencia es de que el reconocimiento legal del recurso a las unidades de compensación ha sido una de las reformas más controvertidas acometidas por la Ley para la reconquista de la biodiversidad. Tras la publicación del texto, las críticas a su inclusión han sido cuantiosas desde todas las disciplinas; encontrando, también, fervientes partidarios. En cualquier caso, su introducción, aunque sucinta, responde a un largo proceso de tramitación parlamentaria que no fue, ni mucho menos, sencillo.

(46) De ello hace alarde el propio Ministerio encargado de los asuntos medioambientales, con la publicación de un documento oficial titulado «Sites naturels de compensation, un outil prometteur au service de la biodiversité», con fecha diciembre de 2017, disponible en la página web de la institución, *op. cit.*, nota 24.

(47) MTES (2017: 1).

3. La sucinta pero decisiva inclusión de los *sites naturels de compensation* y su definición

Ausentes de la versión inicial de la Ley presentada por el gobierno en 2014, los *sites naturels de compensation* serán incorporados en primera lectura en la Assemblée Nationale francesa, bajo la denominación de *réserves d'actifs naturels*, en reconocimiento de la denominación otorgada a la Réserve d'actifs naturels de Cossure, primer proyecto experimental de creación de unidades de compensación llevado a cabo en Francia, en el año 2008, sobre el territorio de la llanura de Crau. En segunda lectura, no obstante, este nombre será sustituido por su apelativo actual.

La mayor parte de las enmiendas presentadas al proyecto de ley incluían la supresión de toda alusión a este mecanismo. La principal crítica, como era esperable, vino de la mano del temor a una mercantilización de la naturaleza. No cabe duda, por tanto, de que el cambio de denominación haciendo desaparecer cualquier referencia a *activos, bancos o créditos de compensación*, fue uno de los recursos empleados por el legislador para sobrellevar los posibles reproches, en una apuesta decidida por dar impulso a este instrumento (48). Finalmente, el texto será aprobado el 8 de agosto de 2016, dando reconocimiento legal y sentando las bases para la futura reglamentación de los *sites naturels de compensation*. Así, el artículo 69 de la Ley para la reconquista de la biodiversidad, además de prever expresamente el recurso a las unidades de compensación como una de las tres modalidades de satisfacción de la obligación antevistas, introduce en el Code de l'environnement el artículo L. 163-3, fijando la definición de los *sites naturels de compensation* en los siguientes términos (traducido):

Las operaciones de restauración o desarrollo de elementos de la biodiversidad, denominadas «sites naturels de compensation», pueden ser implementadas por personas públicas o privadas, con el fin de ejecutar las medidas de compensación definidas en el punto I del artículo L. 163-1, de manera anticipada y mutualizada.

Los «sites naturels de compensation» están sujetos a autorización previa del Estado, de acuerdo con los procedimientos definidos por decreto (49).

(48) VAISSIÈRE, QUÉTIER y LEVREL (2017: 127).

(49) «Des opérations de restauration ou de développement d'éléments de biodiversité, dénommées "sites naturels de compensation", peuvent être mises en place par des personnes publiques ou privées, afin de mettre en œuvre les mesures de compensation définies au I de l'article L. 163-1, de manière à la fois anticipée et mutualisée.

»Les sites naturels de compensation font l'objet d'un agrément préalable par l'État, selon des modalités définies par décret».

De este modo, para su constitución se exigirá una operación de restauración o de desarrollo, es decir, no basta la mera conservación. Esta acción puede provenir de la iniciativa tanto de una persona (50) privada como pública y, además, su establecimiento estará sometido a autorización previa favorable de la administración, regulada por vía reglamentaria. Esta previsión dará lugar a dos decretos, publicados apenas seis meses después, el 28 de febrero de 2017 (Decreto nº 2017-264 y Decreto nº 2017-265). Estos introducirán en el Code de l'environnement un total de diez artículos regulando las condiciones relativas al otorgamiento y contenido de la autorización, a su validez y modificación, así como obligaciones para los *sites naturels* y normas respecto de su seguimiento y evaluación.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS *SITES NATURELS DE COMPENSATION* RESPECTO DE LOS CRITERIOS MARCO PARA LA EJECUCIÓN DE MEDIDAS COMPENSATORIAS

Tal y como señalábamos en el apartado introductorio, el modelo elemental de funcionamiento de este mecanismo no es sino el de los bancos de hábitat de origen norteamericano, con independencia de la denominación que reciban —en España, bancos de conservación de la naturaleza—. De este modo y de acuerdo con la nueva previsión legislativa, cualquier persona podrá, en territorio francés, solicitar una autorización para la constitución de un *site naturel de compensation* y, tras su otorgamiento, iniciar operaciones de restauración o desarrollo de un territorio determinado. Posteriormente, esta acción de mejora podrá ser vendida en forma de unidades de compensación a los promotores de proyectos, planes o programas, con impactos residuales que deban ser compensados; los cuales podrán satisfacer esta obligación mediante la adquisición de dichas unidades de conservación, tal y como se dispone expresamente en el artículo L. 163-1, II, párrafo 1º del Code de l'environnement francés, anteriormente analizado.

Nótese que, en la definición de *site naturel de compensation*, se omite cualquier referencia a la venta de estas unidades. La definición, breve, de esta herramienta, se centra en exclusiva en la acción de mejora de la biodiversidad inicial. De este modo, el legislador pretende apaciguar las críticas en torno a la mercantilización de la naturaleza inherentes a los mecanismos de mercado. En este mismo sentido parece incidir al conceptualizar qué es una unidad de

(50) Esta persona podría ser tanto persona física como jurídica, al no especificarse detalle en la Ley. No obstante, el requerimiento técnico y presupuesto necesario para la puesta en marcha de estas operaciones, hace inviable en la práctica su implementación a cargo de una persona física.

compensación, en el documento institucional «Sites naturels de compensation, un outil prometteur au service de la biodiversité» (51). Así, para el legislador francés, una unidad de compensación se corresponde con la prestación de un servicio delimitado en el tiempo y en el espacio. En particular, representa la implementación de medidas de restauración o de creación específicas sobre un hábitat o una especie. A esta unidad, continúa el documento, se asocian las medidas de seguimiento de la eficacia de la compensación y recalca: lo que el promotor obligado a compensar está pagando es el servicio de reparación o mejora acometido previamente por el operador del *site naturel de compensation*. No se da, en modo alguno, venta de ningún elemento de biodiversidad. Así mismo, la adquisición de unidades tampoco supone transferencia de la responsabilidad legal de compensar del promotor hacia el operador del *site*, respondiendo el primero en exclusiva frente a la administración. Será necesario, no obstante, que más allá de documentos informativos el legislador incluya en la normativa una definición clara de lo que representa una unidad de compensación.

La regulación actual de los *sites de compensation* tendrá que ampliarse y precisarse en años venideros, a la luz de los retos científicos y operacionales que supone la puesta en marcha de este mecanismo. También, por los riesgos asociados a un uso inadecuado, que obligan a implementar un estricto marco de seguimiento, evaluación y garantías. Para ello, el legislador francés encontrará un apoyo fundamental en la experimentación nacional, como veremos más adelante. Por el momento, la regulación contenida en los dos decretos de desarrollo (Decreto n° 2017-264 y Decreto n° 2017-265, antes citados), más una orden ministerial que fijará la composición del expediente de solicitud (52) componen el marco normativo sobre el que asentar las distintas experiencias.

De este modo, la implementación de un *site naturel de compensation* estará siempre orientada hacia el objetivo esencial de la compensación, la no pérdida neta de biodiversidad. Igualmente, deberá observar los criterios mencionados en el apartado anterior introducidos para garantizar el éxito ecológico de cualquier operación compensatoria. En particular, podemos identificar un criterio material, el de equivalencia ecológica; un criterio espacial, con la generalización del requisito de proximidad, y un último criterio marco relativo a la permanencia en el largo plazo, incluso a perpetuidad, de la

(51) MTES (2017: 3).

(52) Arrêté du 10 avril 2017 fixant la composition du dossier de demande d'agrément d'un site naturel de compensation prévu à l'article D. 163-3 du code de l'environnement [Orden, de 10 de abril de 2017, que fija la composición del expediente de solicitud de autorización de un *site naturel de compensation* previsto en el artículo D. 163-3 del Code de l'environnement].

compensación. Habida cuenta de que estos no se dan de forma aislada, sino interrelacionados.

1. Respeto a la equivalencia ecológica

La propia definición del concepto de medidas compensatorias, recogida en el artículo L. 163-1, I, párrafo 1º del Code de l'environnement, señala que son aquellas destinadas a compensar, *dentro del respeto a su equivalencia ecológica*, los daños previstos o previsibles a la biodiversidad producidos por causa de un proyecto, plan o programa. ¿Qué significa, por tanto, la equivalencia ecológica y qué implicaciones tiene? ¿Qué medidas adoptarán los *sites naturels de compensation* para garantizar el respeto a esta equivalencia ecológica?

En respuesta a la primera de las cuestiones planteadas, la equivalencia ecológica supone que las medidas compensatorias deben ser capaces de restituir, en proporciones semejantes, tanto en el plano cuantitativo como en el plano cualitativo, los elementos de la biodiversidad degradados (53). Esta interpretación, orientada al principio de no pérdida neta, nos está indicando que debe producirse una restitución *in natura* de los valores impactados, donde la compensación permita la correspondencia entre los elementos de biodiversidad dañados y los creados, en términos cuantitativos y cualitativos —de especies, hábitats y funciones ecológicas (54)—. Nótese que, en el ámbito de la responsabilidad (compensación *ex post*), la propia Directiva de responsabilidad ambiental establece el uso, en primer lugar, de los criterios de equivalencia recurso-recurso o servicio-servicio, obligando a considerar prioritariamente aquellas «acciones que proporcionen recursos naturales y/o servicios del mismo tipo, calidad y cantidad que los dañados» (55).

La equivalencia ecológica es, a día de hoy, uno de los aspectos más controvertidos de compensación medioambiental. La realidad es que, en la actualidad, no existe ninguna unidad de medida capaz de expresar el valor de un elemento de biodiversidad en toda su complejidad. El estado de la ciencia

(53) Aproximación al concepto de equivalencia ecológica, según las autoras DUPONT y LUCAS (2017: 147). Para más información sobre el criterio de equivalencia ecológica y su interpretación, en Francia, desde una orientación científica que va más allá del objeto de este trabajo, *vid. QUÉTIER et. al.* (2012).

(54) Clasificación de elementos de la biodiversidad (especies, hábitats y funciones ecológicas) recogida en el artículo L. 110-1, II, 2º del Code de l'environnement, que define el principio de acción preventiva y corrección por prioridad en la fuente.

(55) Anexo II, apartado 1.2.2. 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, en GARCÍA URETA (2015: 342).

y las capacidades técnicas disponibles son igualmente insuficientes a la hora de determinar el valor ecológico inicial de un territorio, así como el impacto que podrán tener determinadas medidas de restauración o desarrollo (56). Lo mismo ocurrirá con la evaluación del estado final, en relación al éxito o fracaso de las medidas prescritas. Será fundamental, por lo tanto, en la aplicación de este criterio, escoger los indicadores ecológicos más avanzados, capaces de ofrecer un acercamiento omnicomprendivo de los valores que aporta la biodiversidad, a la vez que se invierte en el desarrollo de metodologías que permitan mejorar en precisión y representatividad.

Ante la ausencia de certezas, uno de los criterios aplicados en la actualidad es el de la sobrecompensación. De este modo, la ratio de equivalencia recurso dañado-compensado se mantendrá, o debería mantenerse, en la mayoría de las ocasiones por encima del 1:1. En apoyo de esta interpretación, la Comisión Europea, al considerar el grado de compensación derivado de la Directiva de Hábitats, sostenía que «los coeficientes deben estar ampliamente por encima del 1:1. Así pues, los coeficientes de compensación de 1:1 o inferiores deben considerarse sólo cuando se demuestre que, con ellos, las medidas tendrán una eficacia del 100% en la restauración de la estructura y la funcionalidad en un período breve» (57).

En Francia, la legislación nacional no ofrece ninguna indicación en lo referente a métodos y ratios a utilizar. Hay autores, como la profesora CAMPROUX-DUFFRÈNE (2008: 87) (58) que manifiestan que la afirmación del objetivo de equivalencia ecológica es una falsedad y un contrasentido ecológico y jurídico,

(56) Por ejemplo, según un estudio que analiza las propiedades del suelo cincuenta años después en zonas degradadas que fueron objeto de repoblación forestal, los resultados concluyen que no hay diferencias significativas entre los terrenos revegetados artificialmente y aquellos en los que la revegetación se produjo de manera natural (NADAL-ROMERO y CAMMERAAAT, 2015).

(57) Documento orientativo sobre el apartado 4 del artículo 6 de la «Directiva sobre Hábitats» 92/43/CE, publicado por la Comisión Europea en el año 2000, apartado 15.4, en GARCÍA URETA (2015: 335). El autor desarrolla asimismo este concepto mostrando su reflejo en algunos dictámenes de la Comisión. Por ejemplo, en la página 337, se recoge una experiencia en la cual las medidas compensatorias presentadas para la autorización de la ampliación y profundización de un canal en un río en Alemania, ostentaban una ratio de casi 1:7 y 1:4 en los dos hábitats prioritarios, teniendo en consideración el período requerido para su recreación, de incluso varias décadas —referencia: Dictamen C (2013) 1871 final, de 5 de abril de 2013, página 4—.

(58) En VAN LANG (2016a: 588). En este pasaje, VAN LANG recoge más opiniones de expertos que desconfían de la posibilidad de alcanzar una equivalencia ecológica real, como la de la diputada ecologista Laurence Albeille, que durante los debates parlamentarios relativos a la aprobación de la Ley para la reconquista de la biodiversidad sostuvo que la sola idea de la compensación ecológica es ilusoria.

pues tal concepción no es alcanzable (59). Así, la autora critica fuertemente el mecanismo de la compensación por el lado de la oferta (a la que responden los *sites naturels de compensation*) asegurando que compensar por anticipación es negar el funcionamiento de los ecosistemas y de su especificidad. En el caso de la compensación anticipada, continúa, ésta no tiene como efecto restituir el equilibrio anterior destruido, puesto que esto aún no ha sucedido. De este modo, con la compensación *ex ante* lo que verdaderamente se está haciendo es organizar una destrucción futura y prever las contrapartidas. Y añade: la neutralidad ecológica no existe, una destrucción y una creación no pueden anularse.

Es innegable, por tanto, la existencia de una controversia candente en lo que se refiere a la posibilidad de alcanzar, o no, una equivalencia ecológica en la compensación ambiental. En atención a las dificultades que esto plantea, ¿cómo ha implementado el legislador francés este criterio en la regulación de los *sites naturels de compensation*?

En primer lugar, la solicitud de autorización de la implementación de un *site naturel de compensation*, que irá dirigida al ministro encargado de los asuntos medioambientales (60), habrá de contener un informe aportado por el solicitante (61) que describa, *inter alia*, el estado ecológico inicial del *site naturel de compensation* y el estado ecológico final esperado; así como la identificación de los hábitats y especies susceptibles de ser compensables mediante la adquisición de unidades de compensación. Recogerá también este informe la articulación del sitio con respecto a los instrumentos de planeamiento y estrategias relativas al urbanismo y la biodiversidad, previendo potenciales continuidades ecológicas (62).

Curiosamente, el legislador deja al arbitrio del solicitante la determinación de las unidades de compensación (composición, nombre, precio unita-

(59) Incluso la propia CGDD, en su documento de 2013 «Lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur le milieu naturels», *op. cit.*, admitía que no todo será compensable y que habrá de tenerse en cuenta que, dado el estado actual del conocimiento y las técnicas científicas, por razones prácticas o de coste, no será siempre posible obtener esta equivalencia (TRÉBULLE, 2017: 2).

(60) Mediante correo certificado con acuse de recibo (Artículo D. 163-3, párrafo 1º, del Code de l'environnement).

(61) Artículo 2, 6º, de la Orden de 10 de abril de 2017, que regula el contenido del informe aportado por el solicitante como parte del expediente de solicitud.

(62) Precisamente, la posibilidad de una mejor coordinación con los instrumentos de planeamiento era una de las ventajas de los mecanismos de compensación del lado de la oferta, debido a su factor de anticipación, con respecto a los mecanismos del lado de la demanda, donde las medidas se determinan de forma aislada, caso por caso. Esta anticipación permitiría, además, diseñar medidas de mayor amplitud y coherencia ecológica territorial (MTES, 2017: 1).

rio...) que se recogerá así mismo en dicho informe adjunto a la solicitud de autorización. También deberá el futuro operador incluir el tipo de medidas ecológicas previstas para lograr una ganancia ecológica y las modalidades de evaluación de dicho resultado (método de equivalencia, indicadores...). Así como el nombre y condición de los expertos a quienes se encarga la evaluación del estado inicial del lugar, de la futura ganancia ecológica y de las equivalencias ecológicas.

Prevé también la orden ministerial que el solicitante adjunte un calendario de ejecución de las operaciones técnicas programadas, así como de las operaciones de seguimiento y evaluación. Este calendario recogerá, asimismo, la planificación y las modalidades de comercialización previstas de las unidades de compensación (fases del proyecto, duración de la venta, etc.) que, nuevamente, se dejan al arbitrio del solicitante.

La normativa francesa da, por lo tanto, libertad al futuro operador para fijar condiciones esenciales como la determinación de las unidades de compensación o el método de equivalencia y los indicadores utilizados. Posteriormente, será la administración quien evalúe la adecuación del expediente. En caso de otorgamiento, la autorización deberá contener el estado ecológico inicial y final, las condiciones previas a la puesta en venta de las unidades de compensación y la duración del periodo de venta, así como las modalidades de seguimiento de la ganancia ecológica (que pueden coincidir, o no, con las previsiones incluidas por el solicitante en el informe). La autorización incluirá asimismo el tipo de daños susceptibles de ser compensados por las unidades del *site* que se pongan en venta (63). Como garantía adicional, la legislación prevé que la decisión de autorización se someterá a dictamen previo (64) del Conseil national de la protection de la nature.

La puesta en venta de unidades de compensación no es un procedimiento inmediato, desde la autorización de la operación hasta el momento de la venta habrá de transcurrir un tiempo suficiente para, al menos, haber ejecutado las medidas de restauración o mejora previstas. Así lo confirma el artículo D. 163-8 del Code de l'environnement, que regula las obligaciones de los *sites naturels de compensation* y que, en su párrafo 2º, precisa que antes de la venta de unidades éstas deben permitir la satisfacción efectiva de la obligación compensatoria en virtud de la cual se adquieren. Es decir, las medidas de restauración o mejora deben estar efectivamente implementadas sobre el

(63) Artículo D. 163-4 del Code de l'environnement, que fija el contenido de la autorización.

(64) Traducción de «avis préalable» [dictamen previo]. Artículo R. 163-2 del Code de l'environnement.

lugar, de modo que la unidad adquirida represente la prestación efectiva de un servicio delimitado en el tiempo y en el espacio (65).

Parece lógico que, siguiendo un criterio de economía de medios, la administración deje en manos del futuro operador la delimitación de los aspectos esenciales antes vistos, determinantes de la equivalencia ecológica; siempre y cuando ella misma verifique su adecuación y decida, en consecuencia, otorgar o no la autorización. Por ello, quizá lo más sorprendente de la regulación de los *sites naturels de compensation* sea el sentido del silencio administrativo que el legislador ha previsto en el artículo R. 163-2, *in fine*, del Code de l'environnement. Así, la ausencia de respuesta del ministro encargado de los asuntos medioambientales, a la expiración de un plazo de seis meses a contar desde la recepción de la solicitud de autorización, tendrá el efecto de aprobación de la misma.

Es preciso señalar que el artículo L. 163-4 del Code de l'environnement prevé expresamente que, si la administración constata la ineficacia de las medidas prescritas para garantizar la equivalencia ecológica, podrá ordenar medidas complementarias, en cualquier momento. Sin embargo, no puede dejar de sorprendernos la decisión del legislador de implementar un silencio administrativo en sentido positivo que, sin perjuicio de que estos instrumentos de mercado se sometan a seguimiento y evaluación de la efectividad, autorizaría tácitamente el inicio de la intervención sobre un territorio de valor ecológico (actual y/o potencial). Esto, sin duda, sirve de acicate a aquellos que critican los mecanismos de compensación a la oferta y la inexistencia de garantías suficientes para asegurar un respeto a la equivalencia ecológica; criterio cuyo cumplimiento, hoy por hoy, es imposible de verificar.

2. Requisito de proximidad geográfica

La Ley para la reconquista de la biodiversidad, al introducir en el Code de l'environnement que las medidas de compensación serán implementadas prioritariamente sobre el sitio dañado o, en todo caso, a proximidad del mismo —artículo L. 163-1, II, *in fine*—, retoma el concepto de compensación *in situ*, reconociendo que los distintos hábitats y ecosistemas tienen unas funciones ecológicas determinadas que es preciso salvaguardar (66). No en vano, este requisito aparece expresamente mencionado en el artículo 191.2 del TFUE

(65) En consonancia con la definición de *unidad de compensación* que se recogía en el documento interpretativo MTES (2017: 3), *op. cit.*

(66) DUPONT y LUCAS (2017: 153) señalan que el principio de reparación *in situ* ya estaba presente en el ordenamiento jurídico francés desde su introducción por el Décret n° 2011-2019, du 29 décembre 2011 portant réforme des études d'impact [Decreto n° 2011-2019, de 29 de diciembre de 2011, sobre la reforma de los estudios de impacto].

como uno de los principios orientadores de la política medioambiental de la Unión Europea, formulado como *principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma* (67).

En lo que respecta al derecho de la Unión Europea, GARCÍA URETA (2015: 337) señala que, si bien la Directiva de Hábitats no indica el ámbito territorial de la compensación, sí lo hace la Comisión (68), afirmando que el área seleccionada deberá encontrarse en la «misma región biogeográfica [...] o dentro del área de distribución natural, la ruta migratoria o la zona de invernada de las aves, en el Estado miembro de que se trate». No obstante, la propia Comisión reconoce a continuación que esto no siempre es posible, como acertadamente señala GARCÍA URETA; de ahí que el principio disponga la corrección sobre la fuente como prioritaria, pero no obligatoria. Nada se indica, además, sobre la posibilidad de compensación en otro Estado miembro de la Unión Europea.

Es preciso tener en cuenta, asimismo, que la corrección en la fuente no siempre tiene el efecto deseado desde un punto de vista ecológico. De este modo, la experiencia internacional ha demostrado que, en determinados supuestos, la compensación en el lugar del impacto finalmente derivaba en un mosaico de hábitats aislados, degradados y difíciles de gestionar (69). Por ello, es posible que, en ocasiones, una compensación *ex situ* planteada desde una perspectiva funcional (proximidad funcional) sea más adecuada en términos ecológicos que una compensación en la fuente o zonas adyacentes (proximidad geográfica). Las medidas compensatorias, en atención al valor superior de equivalencia ecológica, deberían situarse efectivamente allí donde las posibilidades de éxito en términos de reconstitución o restauración sean elevadas; teniendo en cuenta factores como la diversidad de los hábitats y su conectividad, las exigencias ecológicas de las distintas especies y la ocupación de terrenos contiguos. En cualquier caso, corresponderá al promotor y a las autoridades competentes motivar la elección del lugar de implementación de estas medidas (70).

No obstante, si la compensación en un lugar distinto de aquel de producción del daño puede ser preferible en ocasiones como las anteriores, es innegable que, tal como señala DE GUERRERO MANSO (2016: 102) al hablar sobre la implementación de bancos de conservación de la naturaleza en España, la compensación *ex situ* genera una serie de desequilibrios de difícil valoración,

(67) Artículo 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que recoge los principios de acción preventiva, corrección de los atentados al medio ambiente por preferencia en la fuente misma y el principio quien contamina paga.

(68) En el documento orientativo sobre el apartado 4 del artículo 6 de la «Directiva sobre Hábitats» 92/43/CE, *op. cit.*, nota 57.

(69) SOCHI y KIESECKER (2016: 320), en DUPONT y LUCAS (2017: 154).

(70) DUPONT y LUCAS (2017: 154).

especialmente percibidos por los ciudadanos que residen en el entorno cercano. Y es que «si la promoción [de un proyecto] se lleva a cabo en Galicia y la compra de créditos naturales se concreta en Córdoba, puede lograrse el objetivo de no pérdida neta de biodiversidad, pero se producirá un desequilibrio medioambiental». ¿Qué hacer, entonces, en un supuesto como el que propone DE GUERRERO MANSO respecto de los bancos de conservación? ¿Qué ha previsto el legislador francés para los *sites naturels de compensation*?

En el caso de los mecanismos del lado de la oferta, la corrección en el lugar de producción del impacto es materialmente imposible, puesto que la implementación de medidas de restauración o mejora se realiza con anterioridad a conocer cuál será el impacto residual a compensar y dónde se producirá. Para hacer frente a esta cualidad, el legislador francés opta por incluir un criterio de proximidad geográfica en la regulación de los *sites naturels de compensation*, que resulta preferido por encima de la compensación desde una perspectiva funcional. Criterio geográfico que algunos autores califican de vago y poco preciso (71).

Así, el Code de l'environnement (artículo D. 163-4, apartados 3° y 4°), dispone que la autorización de un *site naturel de compensation* deberá incluir, además de la localización y las referencias catastrales de las parcelas donde se prevé la implementación del mismo, la delimitación de la zona en la cual se encontrarán los proyectos con impactos residuales susceptibles de ser compensados mediante la adquisición de unidades compensación de ese lugar. Estos datos serán aportados por el futuro operador, en el expediente de solicitud de la autorización, que incluirá la cartografía y las referencias geográficas exactas del lugar propuesto para su transformación, así como la cartografía de la zona delimitada en la cual habrán de encontrarse los proyectos con daños residuales compensables (72).

La regulación contenida en estos artículos expresa un elemento esencial de la figura de los *sites naturels de compensation*. Si bien estos son un instrumento de mercado, en Francia, como señala TRÉBULLE (2017: 3), se tratará necesariamente de un mercado local. Si es que realmente puede llamarse mercado. En la experiencia del proyecto piloto de la Réserve d'actifs naturels

(71) En particular, VAISSIÈRE, QUÉTIER y LEVREL (2017: 129) consideran que primar la proximidad geográfica por encima de la funcional es contrario al propio objetivo ecológico de la compensación. De este modo, abogan por un modelo que priorice criterios de proximidad funcional (por ejemplo: misma hidroecorregión, misma especie, etc.), al estilo de los bancos de hábitats norteamericanos, que usan esta funcionalidad para definir áreas de servicio en las cuales los operadores podrán vender créditos ambientales del banco correspondiente.

(72) De acuerdo con el artículo 2, apartados 3° y 4° de la Orden de 10 de abril de 2017, *op. cit.*, que regula el contenido del informe aportado por el solicitante como parte del expediente de solicitud.

de Cossure, la cual abordaremos más adelante, esto se tradujo en la compensación de impactos de proyectos situados en un radio de 25 kilómetros, aproximadamente. Quedaría fuera de debate, por consiguiente, toda referencia a un posible mercado secundario de activos al estilo del sistema de *habitat banking* norteamericano. Al menos, de momento.

3. Permanencia en el largo plazo (perpetuidad)

Junto al respeto a la equivalencia ecológica y las consideraciones sobre el distanciamiento del lugar afectado, otro de los aspectos más debatidos de la compensación ambiental es sin duda aquel relativo a su mantenimiento en el largo plazo. El artículo L. 163-1, 2º del Code de l'environnement francés, establece que las medidas compensatorias de daños al medio ambiente deben, además de traducirse en una obligación de resultado, ser efectivas durante toda la duración de los impactos. Sin embargo, más allá de la reproducción de esta cautela, que responde al contenido propio del objetivo de no pérdida neta de biodiversidad, la Ley de 8 de agosto de 2016 no contiene ninguna disposición que afronte cómo garantizar dicha equivalencia temporal.

En este ámbito, el modelo de los *sites naturels de compensation* presentaría una ventaja notable. Mediante la generación de biodiversidad antes de que se produzca su pérdida, es decir, implementando medidas de creación de valor natural antes de que el impacto haya tenido lugar, se evitarían eventuales pérdidas intermedias (aquellas que se producen entre el momento de la destrucción y el momento de la compensación). Por consiguiente, los *sites naturels de compensation* favorecen un cumplimiento más fiel a la equivalencia temporal en el origen, ya que la compensación será una realidad tangible desde el momento de su prescripción. Mientras que, en el resto de supuestos, se produce un desfase entre la producción del daño y el éxito de las medidas compensatorias que vulnera, por tanto, la prescripción de que éstas sean efectivas durante *toda* la duración de los impactos.

La mayor controversia, no obstante lo anterior, viene de la mano del sostenimiento de la compensación en el tiempo, una vez que las medidas se han implementado. Especialmente, en aquellos supuestos en que se producen daños de larga duración o irreparables (en cuyo caso, ni siquiera una medida a perpetuidad sería suficiente para lograr el objetivo de la compensación). También en aquellas ocasiones, no infrecuentes, en que es imposible medir la totalidad de las implicaciones de una afección y su duración, por razones técnicas u operacionales (73).

(73) Uno de los recursos habituales para mitigar estos efectos negativos —además de la prohibición de autorizar proyectos cuyos impactos no sean evitables, ni reducibles, ni

Esta preocupación, común al conjunto de las medidas compensatorias, alcanza particularmente al modelo de los *sites naturels de compensation*, en el que se da un mayor número de agentes y factores implicados y donde las unidades de compensación representan una acción correctora en un espacio determinado y durante un período de tiempo concreto. ¿Cómo garantizar el valor de esas unidades en el largo plazo? ¿Cómo verificar que se cumplen los objetivos de la compensación décadas después de su imposición? ¿Qué instrumento jurídico es más adecuado para favorecer que se cumpla una obligación en el largo plazo o incluso a perpetuidad? ¿A quién corresponde esta responsabilidad? Las respuestas a estas cuestiones no son sencillas. Ni siquiera en los países, como Estados Unidos, donde el modelo se encuentra más avanzado.

Por su parte, el legislador francés, a través de la regulación específica de los *sites naturels de compensation* contenida en los decretos y en la orden ministerial, articula un sistema de protección para garantizar la permanencia mediante un entramado de actuaciones administrativas y previsiones legales que veremos a continuación, compuesto de: verificaciones *ex ante*, plazos mínimos de validez, obligaciones de información y rendición de cuentas, y medidas de seguimiento y publicidad.

De este modo, la administración se reserva un primer control sobre la idoneidad del operador en el momento de presentación de la solicitud. Así, de acuerdo con el artículo D. 163-1, apartado 1º, del Code de l'environnement, sólo serán susceptibles de ser autorizadas aquellas iniciativas que provengan de una persona que disponga de las capacidades técnicas y financieras necesarias. El solicitante aportará en el expediente de demanda todos los documentos que permitan a la administración evaluar su capacidad financiera y técnica, así como la de eventuales subcontratantes (74). De este modo, la administración constata que el operador que va a ser autorizado es capaz de implementar con éxito la restauración o mejora ecológica y mantenerla en largo plazo (de acuerdo con la información disponible en el momento presente).

Así mismo, este artículo incluye un segundo requisito (apartado 2º). El solicitante, además de cumplir las condiciones técnicas y financieras, deberá justificar los derechos que permitan realizar la operación en los terrenos donde

compensables— es la sobrecompensación, como veíamos en el apartado relativo a la equivalencia ecológica, con ratios muy superiores al 1:1, con el fin de *inclinarse hacia* el lado de la ganancia ecológica. Pero, por sí misma, la sobrecompensación no garantiza el objetivo de no pérdida neta y, además, igualmente puede requerirse su mantenimiento durante un largo período hasta lograr su efectividad.

(74) Artículo 2, 2º de la Orden de 10 de abril de 2017, *op. cit.* En particular, se prevé la entrega de documentos como: lista de recursos humanos y financieros movilizados para el proyecto, *curriculum vitae*, experiencia en ingeniería ecológica o como operador de compensación ecológica y cuentas anuales y libros contables del solicitante en los años precedentes.

se asentará el *site naturel de compensation*. En este sentido, el régimen de ejecución de medidas compensatorias prevé expresamente que, cuando éstas deban implementarse en un terreno que no pertenezca ni a la persona obligada, ni al operador de compensación si se hubiere designado uno, deberá formalizarse un contrato con el propietario o, en su caso, con el arrendatario, que recoja la naturaleza y modalidades de las medidas a llevar a cabo y su duración (75).

Como dato llamativo, el artículo 70 de la Ley para la reconquista de la biodiversidad, prevé la creación de un inventario nacional que identifique espacios naturales con un potencial elevado de ganancia de biodiversidad, pertenecientes a personas jurídicas de derecho público o en estado de abandono, susceptibles de ser objeto de la ejecución de medidas compensatorias. Este inventario, realizado por la Agence française pour la biodiversité [Agencia francesa para la biodiversidad] en coordinación con otras instancias, persigue localizar de antemano terrenos con gran potencial de restauración ecológica y cuyo régimen de propiedad resulte menos problemático, lo cual facilitaría la perdurabilidad de las medidas en el largo plazo.

En cualquier caso, el candidato habrá de aportar, en el expediente de solicitud, la localización precisa del lugar mediante referencia catastral y toda la documentación que justifique la disponibilidad de los terrenos (escritura de propiedad o copia del o de los contratos formalizados) durante, al menos, la validez total de la autorización, que será como mínimo de treinta años (76).

En efecto, el artículo D. 163-5 del Code de l'environnement prescribe que la duración de la validez de la autorización no puede ser inferior a treinta años. En otras palabras, el legislador ha decidido que ésta sea la duración mínima de un *site naturel de compensation*. Nada impide que el operador adopte una duración mayor. En cualquier caso, si solicita autorización por un plazo más amplio, deberá motivarlo en la carta que acompaña al expediente de solicitud (77). No parece pues, a razón de este precepto, que su redactor esté pensando, por ahora, en establecer obligaciones a perpetuidad. No en vano, ni siquiera existen certezas sobre qué ocurriría una vez transcurrido el plazo mínimo legal.

En este sentido, TRÉBULLE (2017: 5) se plantea que, bajo esta regulación cuyo instrumento jurídico estructural es el contrato, no existe ninguna garantía una vez extinguido el compromiso contractual. Al término del plazo de duración previsto del *site naturel*, treinta o más años, el propietario recuperaría la libre disposición de los terrenos. Este período, prosigue el autor, sería en

(75) Artículo L. 163-2 del Code de l'environnement.

(76) Artículo 2, 5º de la Orden de 10 de abril de 2017, *op. cit.*

(77) Artículo 2, 1º, c) de la Orden de 10 de abril de 2017, *op. cit.*

la mayoría de los casos insuficiente para alcanzar una justa compensación. Por ello, TRÉBULLE invita a pensar si no resultaría más apropiado buscar soluciones del lado de los derechos reales, ligando los terrenos correspondientes a su finalidad compensatoria, lo que ofrecería una protección por encima de los plazos habituales del derecho de obligaciones. Especialmente cuando el legislador ha previsto, en el artículo 72 de la Ley para la reconquista de la biodiversidad, las *obligations réelles environnementales* [obligaciones reales ambientales], pudiendo ser un instrumento más adecuado en la búsqueda de la permanencia en el largo plazo (78).

(78) Las *Obligations Réelles Environnementales (ORE)* [obligaciones reales ambientales] son introducidas en el artículo L. 132-3 del Code de l'environnement, en virtud del artículo 72 de la Ley para la reconquista de la biodiversidad. Se configuran como un instrumento que permite a los propietarios de bienes inmuebles formalizar un contrato con una administración pública, entidad pública o persona jurídica de derecho privado que cuente entre sus fines con la protección del medio ambiente, con el fin de hacer nacer, a su cargo, así como a cargo de los propietarios ulteriores del bien, las obligaciones reales que consideren oportunas, siempre que tales obligaciones tengan por finalidad el mantenimiento, la conservación, la gestión o la restauración de elementos de la biodiversidad o de sus funciones ecológicas. Textualmente, en su redacción original (en francés):

«Art. L. 132-3.– Les propriétaires de biens immobiliers peuvent conclure un contrat avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement en vue de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques».

Tal y como señalan DUPONT y LUCAS (2017: 160), estas obligaciones reales ambientales poseen un elemento particular con respecto a las servidumbres clásicas ya que, por un lado, se constituyen en beneficio de una persona en lugar de un fundo dominante y pueden, por otro lado, incluir obligaciones de hacer además de obligaciones de no hacer.

Es importante mencionar que el legislador ha querido atraer especialmente a esta figura el interés de la compensación previendo específicamente, en el párrafo segundo del artículo antes mencionado, que «les obligations réelles environnementales peuvent être utilisées à des fins de compensation» [las obligaciones reales ambientales podrán ser utilizadas para fines de compensación]. Sin embargo, nótese que los únicos beneficiarios autorizados por la ley son administraciones públicas, entidades públicas o personas jurídicas privadas que cuenten entre sus fines con la protección del medio ambiente —asociaciones de protección medioambiental—. Por tanto, a menos que el deudor de la obligación compensatoria se encuentre entre ellos, se estaría excluyendo la constitución directa de la obligación entre el promotor y el propietario del terreno.

A pesar de lo anterior, DUPONT y LUCAS insisten, el interés de la ORE para la compensación es doble: por un lado, mantener en el tiempo las obligaciones de hacer (restauración o mejora); por otro, la obligación de no hacer, de modo que estas medidas puedan ligarse al lugar de la compensación en caso de ventas ulteriores, buscando la permanencia en el largo plazo.

VAISSIÈRE, QUÉTIER y LEVREL (2017: 130, 133) recuerdan, no obstante, que en el Derecho francés existe un principio general de prohibición de los compromisos a perpetuidad, que no permite la formalización de contratos perennes no rescindibles. Sin embargo, no se prohíbe la constitución de contratos de duración indeterminada (rescindibles) o de duración determi-

Todas estas consideraciones, se aplican en relación al sostenimiento en el tiempo. Pero, el sostenimiento en el tiempo no garantiza el éxito de la compensación si no existen unos mecanismos de control que certifiquen que los distintos actores cumplen el compromiso establecido, e indicadores que muestren que no se ha producido degradación del valor ecológico creado, ni pérdida en el *poder compensatorio* de las unidades adquiridas. Es por ello que la legislación articula un régimen de seguimiento y modificación de la autorización una vez otorgada.

En primer lugar, se establece, de forma general para todas las medidas compensatorias, un novedoso mecanismo de publicidad. Éste supone la creación de un sistema nacional de información geográfica, accesible al público a través de internet. En él, se encuentran contenidas todas las medidas de compensación implementadas en territorio francés, con información actualizada proporcionada por los propios promotores. En este sentido, la regulación específica de los *sites naturels de compensation*, recoge entre sus obligaciones de seguimiento la provisión anual de información a este sistema geográfico nacional, respecto de los aspectos siguientes: la evaluación de las medidas implementadas y su eficacia, el seguimiento de las unidades de compensación vendidas mediante un registro de ventas, acontecimientos destacables ocurridos durante el período y el plan previsto de estos elementos para el año próximo (79).

A su vez, se prevé la creación de un comité de seguimiento local del *site naturel de compensation*, cuya composición es propuesta por el promotor en el informe que acompaña al expediente de la solicitud. Este comité será presidido por el *préfet de région* [prefecto de la región], quien fijará definitivamente la composición y la frecuencia de las reuniones del comité. La finalidad principal de este organismo será verificar que se cumplen las obligaciones impuestas por la ley y seguir la venta de unidades de compensación. Las conclusiones de

nada renovable. En cualquier caso y soslayando dicho principio, los autores abogan por un modelo de *sites naturels de compensation* establecido sobre OREs perpetuas y no rescindibles, a imagen de las servidumbres ambientales norteamericanas, que pueden constituirse incluso por exigencia de la autoridad pública. Así mismo, VAISSIÈRE, QUÉTIER y LEVREL describen cómo durante la tramitación parlamentaria de la Ley, se discutió reiteradamente acerca de la duración máxima atribuible a los contratos de ORE, que en las primeras propuestas oscilaban entre los 30 y los 99 años. Sin embargo, ante las presiones de distintos colectivos sociales (agricultores, cazadores...) que veían riesgos para sus libertades, finalmente el legislador optó por no incluir ninguna limitación temporal en la redacción de la disposición.

(79) La previsión relativa a la creación del sistema nacional de información para la totalidad de las medidas compensatorias en territorio francés se encuentra en el artículo L. 163-5 del Code de l'environnement. La obligación para los *sites naturels de compensation* de proporcionar anualmente las informaciones mencionadas en el texto, se regula en el artículo D. 163-8, 2° del Code de l'environnement.

las reuniones del comité se transmitirán al ministro encargado de los asuntos medioambientales (80).

Por último, se prevé un sistema de modificación de las condiciones de la autorización e incluso su retirada. Así, el artículo D. 163-6 del Code de l'environnement, estipula que el promotor podrá instar la modificación, mediante solicitud dirigida al ministro y acompañada de los correspondientes documentos justificativos, mientras que no se haya vendido ninguna unidad de compensación al término del plazo previsto para su comercialización. Además, este artículo insiste: las unidades de compensación ya vendidas no podrán ser objeto de ninguna modificación. Por tanto, es la venta de unidades el acontecimiento que fija las condiciones del *site naturel de compensation*. Se pretende así proteger el valor de las unidades de compensación en el tiempo y dar seguridad jurídica a los promotores respecto del cumplimiento de su obligación ya que, recordemos, el promotor se mantiene como único responsable ante la administración de la realización de las medidas impuestas. No hay, por tanto, en ningún momento, transferencia de responsabilidad del promotor al operador del lugar de compensación.

La autorización podrá, así mismo y de acuerdo con el artículo D. 163-7 del Code de l'environnement, ser modificada o retirada de oficio por la Administración si se constata que no se cumple alguna de las obligaciones legalmente establecidas. En caso de retirada, se avisará previamente al operador del *site naturel de compensation* para que pueda plantear las observaciones que crea correspondientes o regularice la situación en un plazo de dos meses. Los promotores que hayan adquirido unidades de compensación serán a su vez informados de la apertura del procedimiento. Sin embargo, nada dice la legislación acerca de las consecuencias para estos de la eventual retirada de autorización del *site naturel*. En principio, si el lugar no cumple con la duración prevista por falta de atención a sus obligaciones, no se satisfaría la obligación de compensación del promotor, quien había instrumentado ésta mediante la adquisición de unidades (que representan una gestión concreta en un tiempo determinado). Dado que el promotor mantiene la responsabilidad frente a la administración, sería a éste al que habría que exigir, entonces, una serie de medidas complementarias. Pero, ¿dónde quedaría un promotor, por ejemplo, veinticinco años después de la realización del proyecto originario?

La respuesta a estos interrogantes, junto al resto de cuestiones planteadas en este apartado, suponen un reto legislativo que el gobierno francés tendrá

(80) La regulación del comité de seguimiento se encuentra en el artículo D. 163-9 del Code de l'environnement. La previsión relativa a la propuesta de su composición por parte del promotor en el expediente de solicitud, se recoge en el artículo 2, 6°, i) de la Orden de 10 de abril de 2017, *op. cit.*

que afrontar en los próximos años. El objetivo: perfeccionar un sistema dotado de gran potencial, pero que necesita de un encuadre legal estricto. Un marco regulativo que dote de seguridad jurídica a los actores implicados, que minimice las posibilidades de utilización fraudulenta y, sobre todo, que permita alcanzar de manera eficaz los objetivos ecológicos de la compensación.

IV. SITES NATURELS DE COMPENSATION: UN MODELO ENRAIZADO EN LA EXPERIENCIA

El actual régimen jurídico de los *sites naturels de compensation*, recién expuesto, no constituye sino un primer intento regulativo, que reconozca y acreciente el interés por esta figura. Así, se requiere el compromiso de los distintos agentes involucrados en la identificación de los aspectos problemáticos, que puedan abordarse posteriormente desde el plano legislativo. En este sentido, la experimentación propia constituirá un elemento fundamental. No obstante, es innegable la influencia en el modelo de la experiencia internacional, principalmente norteamericana, lugar de procedencia del dispositivo. Pero también la de otros países donde este mecanismo se ha implementado con resultados destacables, como Australia o, en el ámbito de la Unión Europea, Alemania. El modelo de *sites* francés, no obstante, aunque inspirado por sus homólogos, mantiene las especificidades y exigencias nacionales.

Así, la regulación introducida por la Ley para la reconquista de la biodiversidad y los decretos de desarrollo posteriores, tuvo un sustrato empírico fundamental: los primeros retornos de la experiencia de la Réserve d'actifs naturels de Cossure (81), en el territorio de la llanura de Crau (Bouches-du-Rhône), puesta en marcha en 2008 y gestionada por CDC Biodiversité (82), al amparo del ministerio encargado de los asuntos medioambientales.

La llanura de Crau es un amplio territorio de unos 500 km², tradicionalmente de suelo estepario, seco y pedregoso, utilizado como pasto para el ganado ovino cientos de años atrás. Sin embargo, esta llanura ha sido transformada por razón de nuevos usos agrícolas, mediante regadío intensivo y, más recientemente, por la implantación de importantes infraestructuras y equipamientos industriales. Actualmente, apenas queda un cuarto de aquella vasta extensión de suelo estepario, donde la mayor parte se encuentra protegida, desde el año 2001, en el territorio de la Reserva Natural de Coussouls de Crau.

(81) Recuérdese que *réserve d'actifs naturels* era la denominación anterior de este instrumento antes de la publicación de la Ley para la reconquista de la biodiversidad en 2016, en virtud de la cual se sustituyó por *sites naturels de compensation*.

(82) Filial del grupo Caisse des Dépôts et Consignations, institución financiera del sector público francés.

En 2008, CDC Biodiversité adquirió en dicha llanura, concretamente en el emplazamiento de Cossure en Saint-Martin-de-Crau, un territorio correspondiente a 357 hectáreas de antiguos vergeles abandonados, con un triple objetivo: rehabilitar las continuidades ecológicas de la reserva natural adyacente, recuperar un espacio favorable para la ganadería ovina local y, por supuesto, experimentar el primer mecanismo de compensación por el lado de la oferta en Francia. La filial se compromete asimismo a mantener estos objetivos ecológicos, con un seguimiento efectivo, por un tiempo de treinta años (2008-2038).

Tal y como señalan DUTOIT *et. al.* (2015: 65), la meta ecológica de la restauración era, principalmente, la rehabilitación de una vegetación seca mediterránea favorable a la nidificación de una avifauna esteparia protegida y emblemática de la vecina Reserva Natural de Coussouls de Crau. El propósito, prosiguen los autores, no era por tanto el de restablecer la integridad del ecosistema estepario preexistente antes del regadío intensivo, sino recuperar una función de éste como es la capacidad de acoger avifauna esteparia. En el mismo sentido, también se perseguía la restauración de la finalidad socio-territorial de la zona, recuperando los usos tradicionales para la ganadería ovina.

Tras implementar las medidas de restauración designadas por los responsables científicos y operativos, a su costa y por un total de 12,5 millones de euros —repartidos entre la compra del terreno, los trabajos de rehabilitación y los gastos correspondientes a la gestión y el seguimiento— y, una vez que las ganancias ecológicas son evaluadas y validadas por la autoridad administrativa, en el año 2011 CDC Biodiversité es autorizada a vender la mejora ecológica generada, en forma de unidades de compensación. Así, se decide poner a la venta un total de 357 unidades o activos, uno por cada hectárea sobre la que recae el valor de las medidas de restauración implementadas.

Tras la firma de dos acuerdos de suma importancia para el proyecto, entre el Ministerio y CDC Biodiversité, se fija el marco con las condiciones para la venta experimental de estas primeras unidades de compensación. De este modo, se explicita qué proyectos, potencialmente sujetos a compensación, podrán beneficiarse de este recurso. En particular, aquellos cuyos daños residuales impacten sobre: hábitats o especies idénticos a los del emplazamiento de Cossure y hábitats o especies suficientemente conectados ecológicamente con éste, como para asegurar la conservación de las especies impactadas. La ratio compensatoria (número de unidades a adquirir en relación a la extensión del daño producido) será establecida por los servicios descentralizados del Estado francés y evaluado caso por caso.

En el año 2016, fecha de publicación del *bilan de l' experimentation* del sitio de compensación y cinco años después del inicio de la venta, cinco operadores de plataformas logísticas de la Llanura de Crau (una colectividad local, un organismo público y tres sociedades privadas) y una plataforma petrolera

habían adquirido unidades de compensación. En conjunto, 165 activos, un 46% del total puesto a la venta. Todos ellos, por daños producidos en un radio de 25 kilómetros. El precio de cada unidad fue fijado por CDC Biodiversité, evolucionando desde los 37.406 euros en 2011 hasta 41.381 euros en 2016.

¿El resultado? Éxito relativo. En lo que respecta a la aceptación del mecanismo, podría decirse que, para una obligación a treinta años, haber vendido casi la mitad de las unidades disponibles en sólo cinco, no es un mal resultado. Si bien, en este caso, el éxito principal no se mide en términos comerciales, sino en creación de valor ecológico que la puesta en venta de unidades de compensación ayuda a financiar. El estado actual de los conocimientos científicos y medios técnicos disponibles es insuficiente para predecir el rendimiento ecológico de una restauración, así como para calcular el tiempo necesario para la obtención de resultados perennes. No obstante, por comparación con el estado ecológico de la reserva natural adyacente, se han podido constatar algunas esperanzadoras muestras de éxito —relativo—, como el regreso de aves esteparias tras la rehabilitación. Desde un punto de vista institucional, como señalan nuevamente DUTOIT *et. al.* (2015: 69) hay una ventaja clara: fondos privados han permitido conducir una experimentación a gran escala, que no hubiera sido posible llevar a cabo con la sola concurrencia presupuestaria del Estado y las colectividades locales.

Lo que sí podemos afirmar con rotundidad, es la voluntad del gobierno francés de seguir avanzando en la implementación de los *sites naturels de compensation* sirviéndose de la experiencia para identificar las necesidades de un futuro y más completo marco regulativo. Desde Cossure, una nueva llamada a la constitución de proyectos se realizó en 2011, obteniendo como resultado la constitución de tres lugares de compensación adicionales, con un período de compromiso también de treinta años (2015-2045). Estas operaciones experimentales se conocen como: operación Combe-Madame, operación Yvelinoise y operación Dervenn, actuando cada una sobre un medio natural específico (83).

En el documento institucional «Sites naturels de compensation, un outil prometteur au service de la biodiversité», publicado en 2017, el propio Ministerio pone de manifiesto la repercusión de la operación experimental de Cossure respecto de la reglamentación contenida en la Ley de 2016 y en los decretos posteriores. Por ejemplo, para la determinación del plazo mínimo de vigencia (30 años) o en la instauración de un comité de seguimiento,

(83) Para más información sobre las operaciones piloto de Combe-Madame, Yvelinoise, Dervenn y Cossure, pueden consultarse los expedientes relativos a su constitución en la página web del Ministère de la Transition Écologique et Solidaire [Ministerio de la Transición Ecológica y Solidaria], *op. cit.*, nota 24.

a imagen del establecido en Cossure. Del mismo modo, expresa cómo los retornos de experiencia de los otros tres proyectos piloto implementados, permitirán focalizar la atención sobre los aspectos manifiestamente mejorables, poniendo de relevancia las necesidades de los actores y los elementos condicionantes del éxito de las operaciones. En especial sobre la determinación de objetivos medibles, la necesidad de establecer indicadores consensuados, el dimensionamiento de los *sites de compensation* (tamaño, tipo de hábitats, acciones de restauración y número de unidades de compensación creadas), la identificación precisa de los proyectos cuyos impactos podrán ser compensados, la capacidad de los operadores para reunir los fondos que aseguren la inversión inicial y otros como la aceptabilidad social en el seno del territorio concernido (MTES, 2017: 3).

V. VALORACIÓN FINAL-UN PRECEDENTE PARA EL DESARROLLO DE LOS BANCOS DE CONSERVACIÓN DE LA NATURALEZA EN ESPAÑA

La finalidad de los bancos de protección de la naturaleza, reciban la denominación que reciban, es primordialmente la de ofrecer una solución mejor y más eficaz dentro del sistema de compensaciones ambientales. La compensación ambiental, por su parte, responde al objetivo de neutralizar aquellos impactos residuales de proyectos, planes o programas, que no hayan podido ser evitados, ni reducidos.

El pronunciamiento anterior contiene en sí un doble debate, habitualmente entremezclado. Por un lado, aquel relativo a la mercantilización de la naturaleza y el ínclito *derecho a destruir*, que es común a todo el sistema de compensaciones y cuya legitimidad se cuestiona. Por otro, aquel que versa sobre los bancos de conservación e intenta dilucidar si esta herramienta es útil para mejorar la eficacia de las compensaciones y garantizar los objetivos ecológicos. No deben confundirse, a nuestro parecer, ambas discusiones. Y es que, en un sistema donde la compensación ambiental parece estar cada día más asentada, se corre el riesgo de dificultar la entrada de mecanismos más protectores, que mejoren los términos actuales, ante el desconocimiento de lo que había, el temor a lo que podría haber y la confusión de la parte por el todo.

Teniendo en cuenta lo anterior, es innegable que tanto la compensación ambiental en general, como los bancos de conservación en particular, requieren de una regulación minuciosa que garantice la observancia de principios superiores, como el de prevención, el cumplimiento de la jerarquía de mitigación o el respeto a la equivalencia ecológica. Así, con una adecuada implementación, los bancos de conservación podrían suponer una ayuda al

objetivo global de protección de la biodiversidad. Principalmente, estimulando la iniciativa privada tanto en términos de compromiso, como en términos de financiación, pues el capital público es limitado. Los bancos de conservación, además, dada la anticipación en la creación de valor natural respecto del momento de producción del impacto, permitirían, como comentábamos en el texto, una mayor integración con las estrategias de urbanismo e instrumentos de planeamiento y la prevención de pérdidas intermedias.

Sin embargo, es también por su condición de instrumentos de mercado por lo que se requiere de este estricto régimen de implementación, seguimiento y garantías. Pues, entre otras razones, todo instrumento que opera en un sistema de oferta-demanda cuenta detrás de sí con un operador económico que aspira a obtener un beneficio. Por lo tanto, al igual que en otras transacciones, existe el peligro del fraude y la especulación. Sólo que en este caso, las consecuencias sobre un valor universal como la biodiversidad, son irreversibles.

En la búsqueda de este estricto marco de garantías y controles administrativos, y habiendo contraído la obligación legal de desarrollar reglamentariamente este instrumento en nuestro país, no puede desperdiciarse ninguna oportunidad de analizar detenidamente los procesos concluidos más allá de nuestras fronteras. Tanto para imitar los éxitos, como para aprender de los fracasos. En especial, habremos de fijar nuestra atención en aquellos lugares donde el modelo ha tenido un mayor desarrollo, como Estados Unidos o Australia. Pero, igualmente, en territorios donde la proximidad entre ordenamientos jurídicos permitiría una incorporación natural de sus disposiciones, además de facilitar respuestas a desafíos comunes.

Por ello, Francia y el modelo de los *sites naturels de compensation* son una buena referencia para una futura implantación de los bancos de conservación en España. En cierto modo, un precedente. Algunas previsiones, no obstante, deben ser tomadas con precaución en atención a nuestro sistema. Entre ellas, por ejemplo, la regulación del silencio administrativo en el procedimiento de otorgamiento de la autorización (positivo en el caso francés). También la selección del criterio de proximidad geográfica en detrimento de la proximidad funcional o la limitación temporal de 30 años de duración mínima.

Otras iniciativas, por el contrario, podrían tener una acogida más natural. Por ejemplo, las previsiones relativas a la propiedad de los terrenos, buscando favorecer la permanencia en el largo plazo. En especial, la realización de un inventario de lugares en abandono o pertenecientes a entidades públicas, lo cual evitaría, además, la adjudicación azarosa por razones de urgencia. Igualmente, la elaboración de un sistema nacional de geolocalización que agrupe los terrenos sometidos a compensación y su estado actual. Y, de forma destacada, las previsiones sobre las obligaciones de los *sites naturels de compensation* y la instrumentación de su seguimiento.

Interesante es explorar, así mismo, la figura de la obligación real ambiental, aunque no haya sido objeto del presente trabajo. Todo ello habida cuenta de que el modelo francés es un modelo llamado a evolucionar, con la puesta en marcha ahora mismo de cinco experiencias piloto. Por lo tanto, habremos de volver la mirada sobre nuestros vecinos en el corto plazo.

Es preciso, no obstante, realizar ciertas apreciaciones en la comparativa entre los modelos francés y español (teniendo en cuenta la escasa regulación existente para este último). En primer lugar, aunque ambos sistemas cumplan la misma función existe una diferencia conceptual importante. Así, mientras que para el legislador francés un *site naturel de compensation* es un conjunto de operaciones de restauración o de desarrollo de elementos de la biodiversidad, que pueden servir para instrumentar medidas compensatorias (84), para la norma española, los bancos de biodiversidad son «un conjunto de títulos ambientales o créditos de conservación [...] que representan valores naturales creados o mejorados específicamente» (85). La determinación de la naturaleza de la herramienta es sustancial. No en vano, para el ordenamiento francés, el *site* nace desde el mismo momento en que se inician las operaciones de restauración o mejora, habiéndose concedido autorización previa. Posteriormente, cuando las medidas implementadas hayan obtenido un concreto rendimiento, se pondrán a la venta las unidades de compensación correspondientes. En derecho español, sin embargo, no existiría banco de conservación hasta que no se hubiesen generado dichas unidades (créditos o títulos ambientales), dada su definición legal. Se desconoce, por tanto, si las operaciones necesarias para la generación de esos activos se someterán a un procedimiento de autorización particular para este supuesto. Consideramos que, en este caso, la previsión del legislador francés es más acertada por abarcar la totalidad del proceso y, en consecuencia, dotarlo de un espectro de protección mayor.

Sin duda, el esfuerzo de la norma francesa por soslayar los aspectos controvertidos de esta herramienta es destacable. Mientras que, por un lado, se ensalzan las virtudes de los *sites naturels de compensation* para favorecer un sistema exitoso de compensación, por otro se esconde cualquier referencia mercantilista. Esto contrasta de nuevo con las previsiones de la norma española, que expresamente determina que «los créditos otorgados para cada banco se podrán transmitir en régimen de libre mercado» (86). Teniendo en cuenta, además, que la limitación de proximidad geográfica introducida en el modelo francés nos haría pensar en un mercado local, en lugar de en un mercado de

(84) Artículo L. 163-3 del Code de l'environnement.

(85) Disposición adicional octava, apartado 1º, de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental.

(86) Disposición adicional octava, apartado 5º, de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental.

ámbito nacional. La configuración de la norma francesa niega la posibilidad de un mercado secundario, pues las unidades sólo podrán ser adquiridas en el marco del *site naturel*, mientras que la redacción empleada por la Ley de Evaluación Ambiental no cierra ninguna puerta.

La opción del legislador francés es, de acuerdo con lo visto, mucho más prudente. Esta prudencia, por otro lado, le permite dar impulso a este mecanismo y orquestar proyectos piloto, sin detenerse por ahora en los aspectos que puedan generar un mayor rechazo. La ventaja regulativa y empírica de Francia en relación a los bancos de conservación convierte el modelo, por tanto, en una experiencia que merece toda nuestra atención y que la merecerá más si cabe en un futuro. Habrá de tenerse en cuenta, no obstante, la especificidad del Estado español y, en particular, la cuestión autonómica. Con todo ello, la experiencia, de cualquier origen, siempre es fuente de conocimiento y, quizás, el tiempo que llevamos *de retraso* permita pulir los aspectos controvertidos que hicieron fracasar el anterior intento de elaborar un reglamento que regule el régimen general, la organización, el funcionamiento y los criterios técnicos para la implementación de los bancos de conservación de la naturaleza en España.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BBOP-BUSINESS AND BIODIVERSITY OFFSETS PROGRAMME (2012): *Resource Paper: No Net Loss and Loss-Gain Calculations in Biodiversity Offsets*, Washington D. C., recurso en línea, disponible en: http://bbop.forest-trends.org/guidelines/Resource_Paper_NNL.pdf.
- BORN, Charles-Hubert; DUPONT, Valérie y PONCELET, Charles (2012): «La compensation écologique des dommages causés à la biodiversité: un mal nécessaire?», en *Aménagement, environnement, urbanisme et droit foncier: revue d'études juridiques*, núm. Especial 3, pp. 12-40.
- CAMPROUX-DUFFRÈNE, Marie-Pierre (2008): «Le marché d'unités de biodiversité: questions de principe», en *Revue Juridique de l'Environnement (RJE)*, vol. 33, núm. 1, pp. 87-93.
- CGDD-COMMISSARIAT GÉNÉRAL AU DÉVELOPPEMENT DURABLE (2013): *Lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur le milieu naturels*, recurso en línea, disponible en la página institucional del Ministère de la Transition Écologique et Solidaire, en la dirección: <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/eviter-reduire-et-compenser-impacts-sur-lenvironnement>.
- CONDE ANTEQUERA, Jesús (2014): «La compensación de impactos ambientales mediante adquisición de créditos de conservación: ¿una nueva fórmula de prevención o un mecanismo de flexibilización del régimen de evaluación ambiental?», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. Especial 99-100, mayo-diciembre de 2014, pp. 979-1005.

- CUYÁS PALAZÓN, M^o Mercedes (2016): «Los bancos de compensación ambiental o *mitigación banking* en el ordenamiento estadounidense, ¿un modelo a importar?», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 179, julio-septiembre de 2016, pp. 335-368.
- DE GUERRERO MANSO, María del Carmen (2016): «Claves para una adecuada implantación de los bancos de conservación de la biodiversidad en España», en *Monografías de esta REVISTA*, núm. XVI, pp. 85-114.
- DUPONT, Valérie y LUCAS, Marthe (2017): «La loi pour la reconquête de la biodiversité: vers un renforcement du régime juridique de la compensation écologique?», en *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, núm. 7/2017, pp. 143-165.
- DURÁ ALEMAÑ, Carlos Javier (2013): *La custodia del territorio y sus nuevas técnicas para la conservación del patrimonio natural, el paisaje y la biodiversidad: un invento norteamericano y su expansión al resto del mundo*. Tesis doctoral defendida en la Universidad de Alcalá, Instituto Benjamin Franklin de Estudios Norteamericanos, el 18 de diciembre de 2013, 820 pp.
- DUTOIT, Thierry *et. al.* (2015): «Première expérimentation de compensation par l'offre: bilan et perspective», en *Sciences Eaux & Territoires*, vol. 2015/1, núm. 16, pp. 64-69.
- ETRILLARD, Claire (2017): «La transmission de l'exploitation agricole à l'épreuve des obligations environnementales», en *Defrénois*, 23 de noviembre de 2017, núm. 28, p. 53.
- GARCÍA URETA, Agustín (2015): «Protección de la biodiversidad, mercados, compensación por daños y bancos de conservación», en *Revista de Administración Pública*, núm. 198, septiembre-diciembre de 2015, pp. 327-360.
- GRIMONPREZ, Benoît (2016): «La compensation écologique d'après la loi "biodiversité"», en *Revue Droit et Patrimoine (Dr. & Patrimoine)*, núm. 263, noviembre de 2016, pp. 22-28.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2016): «La aceptación legislativa del principio de no regresión en Francia», en *Revista de Administración Pública*, número 201, septiembre-diciembre de 2016, pp. 269-277.
- LUCAS, Marthe (2015): *Étude juridique de la compensation écologique*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 629 pp.
- (2017): «Le contrat au service de la compensation écologique», en *Énergie, environnement, infrastructures*, núm. 6, junio de 2017, Dossier núm. 11.
- MEDTL-MINISTÈRE DE L'ÉCOLOGIE, DU DÉVELOPPEMENT DURABLE, DES TRANSPORTS ET DU LOGEMENT (2012): *Doctrine relative à la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur le milieu naturel*, recurso en línea, disponible en la página institucional del Ministère de la Transition Écologique et Soli-

- daire, en la dirección: <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/eviter-reduire-et-compenser-impacts-sur-lenvironnement>.
- MEEM-MINISTÈRE DE L'ENVIRONNEMENT, DE L'ÉNERGIE ET DE LA MER (2017): *La séquence «éviter, réduire et compenser», un dispositif consolidé*, recurso en línea, disponible en la página institucional del Ministère de la Transition Écologique et Solidaire, en la dirección: <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/eviter-reduire-et-compenser-impacts-sur-lenvironnement>.
- MERCIER, Virgine y BRUNENGO-BASSO, Stéphanie (2016): *Compensation écologique. De l'expérience d'ITER à la recherche d'un modèle*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix Marseille, 85 pp.
- MTES-MINISTÈRE DE LA TRANSITION ÉCOLOGIQUE ET SOLIDAIRE (2017): *Sites naturels de compensation, un outil prometteur au service de la biodiversité*, recurso en línea, disponible en la página institucional del Ministère de la Transition Écologique et Solidaire, en la dirección: <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/eviter-reduire-et-compenser-impacts-sur-lenvironnement>.
- NADAL-ROMERO, Estela y CAMMERAAT, Erik (2015): «Consecuencias ambientales de las repoblaciones forestales en zonas de montaña mediterránea», en *Libro de resúmenes de las IV Jornadas del IUCA (Instituto Universitario de Investigación en Ciencias Ambientales de Aragón)*, noviembre de 2015, Zaragoza, p. 52.
- QUÉTIER, Fabien *et. al.* (2012): «Les enjeux de l'équivalence écologique pour la conception et le dimensionnement de mesures compensatoires d'impacts sur la biodiversité et les milieux naturels», en *Sciences Eaux and Territoires: la Revue du IRSTEA*, Article hors-série, núm. 7, 7 pp.
- SOCHI, Kei y KIESECKER, Joseph (2016): «Optimizing regulatory requirements to aid in the implementation of compensatory mitigation», en *Journal of Applied Ecology*, vol. 53, núm. 2, pp. 317-322.
- THIEVENT, Philippe (2017): «La pratique de la compensation écologique», en *Énergie, environnement, infrastructures*, núm. 6, junio de 2017, Dossier núm. 9.
- TRÉBULLE, François-Guy (2017): «Le marché des unités de biodiversité, quelles perspectives?», en *Énergie, environnement, infrastructures*, junio de 2017, Dossier núm. 12.
- UNTERMAIER, Jean (1986): «De la compensation comme principe général du droit et de l'implantation de télésièges en site classé», en *Revue Juridique de l'Environnement (RJE)*, vol. 11, núm. 4, pp. 381-412.
- VAISSIÈRE, Anne-Charlotte; QUÉTIER, Fabien y LEVREL, Harold (2017): «Le nouveau dispositif des sites naturels de compensation: est-ce trop tôt?», en *Loi Biodiversité. Ce qui change en pratique. Avec les témoignages de juristes, chercheurs, avocats, associations*, París, Éditions Législatives, pp. 126-135.

- VAN LANG, Agathe (2016a): «La compensation des atteintes à la biodiversité: de l'utilité technique d'un dispositif éthiquement contestable», en *Revue de Droit Immobilier (RDI)*, núm. 11, noviembre de 2016, pp. 586-591.
- (2016b): «La loi Biodiversité du 8 août 2016: une ambivalence assumée. Le droit nouveau: la course à l'armement (1re Partie)», en *L'Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, núm. 42/2016, 12 de diciembre de 2016, pp. 2381-2390.