

MIGUEL CASTROVIEJO BOLÍBAR

*Consejero de Medio Ambiente
Representación permanente de España ante la Unión
Europea*

Extracto:

En el largo camino a recorrer hacia una directiva reguladora de los daños ambientales, con carácter general, se parte de un presupuesto básico que pretende repercutir los gastos generados por la reparación de cualquier daño ambiental en el sujeto que los generó, además de fomentar comportamientos más responsables. Hay dos elementos particularmente importantes para garantizar la eficiencia de un régimen de responsabilidad: la atribución de la responsabilidad a un actor determinado y la disponibilidad de medios suficientes para reparar el daño una vez producido. En orden a la reparación de los daños, por otra parte, es recomendable el establecimiento de un régimen obligatorio de garantías financieras que, combinado con un fondo adecuado, podría garantizar en cualquier circunstancia la disponibilidad de medios suficientes para la reparación de los daños.

El criterio de partida para lograr un régimen de responsabilidad eficaz era el aplicarlo a todas las actividades que presenten un riesgo razonable de producir daños al medio ambiente o para la salud humana. No obstante, se ha determinado la exclusión de ciertas actividades. Quedan expresamente excluidos los derivados de la contaminación difusa cuando no se puede demostrar quién es el autor o autores concretos del daño. Se

.../...

.../...

quedan fuera también los daños y amenazas de daños derivados de incidentes cubiertos por una serie de convenios internacionales relativos al transporte marítimo y a la industria nuclear y los causados por fenómenos naturales, guerras y hostilidades, así como por las actividades de defensa nacional y las de protección contra catástrofes naturales.

En lo concerniente a las medidas de reparación del daño, considerando que el concepto de reparación del daño ambiental es distinto según se trate de daños al suelo o de daños a las aguas o a los hábitats o especies protegidas, son fundamentalmente de tres tipos: medidas de reparación primarias, complementarias y compensatorias.

Sumario:

1. Un largo camino hasta la propuesta de Directiva.
2. La negociación de la Directiva en la Unión Europea: un ritmo de trabajo muy fuerte.
3. Quien contamina paga. Prevención y reparación de los daños: principios y objetivos para una Directiva.
4. La red de seguridad: medios suficientes para garantizar la reparación del daño.
5. ¿Qué son los daños ambientales?
6. Ámbito de aplicación: actividades incluidas y excluidas de la Directiva.
7. ¿Qué hay que hacer cuando acontece un daño o sobreviene una amenaza de daño?
8. ¿Qué medidas hay que tomar? Las medidas de reparación del daño ambiental.
9. Reparación de los hábitats y especies protegidas y de las aguas: medidas primarias, complementarias y compensatorias.
10. Las garantías financieras.
11. Anexo. Actividades cubiertas en principio por la Directiva.

1. UN LARGO CAMINO HASTA LA PROPUESTA DE DIRECTIVA

La acción comunitaria en este campo se integra plenamente en los principios sobre los que descansa la política comunitaria de medio ambiente tal y como están recogidos en el Tratado, en particular en el de *quien contamina paga* y en el de *prevención*. De hecho, repercutir los gastos generados por la reparación de cualquier daño ambiental en el sujeto que los generó, además de fomentar comportamientos más responsables, traerá como consecuencia el desarrollo de un esfuerzo considerable en el campo de la prevención, pues es obvio que a cualquier operador de una actividad peligrosa le resultará casi con toda seguridad más barato prevenir un daño que repararlo. Y evitar los daños es precisamente también otra de las grandes ventajas que un régimen de este tipo tiene para el medio ambiente y, en definitiva, para la sociedad.

Desde poco antes de 1990 la Comisión Europea viene trabajando sobre el establecimiento de un régimen de responsabilidad a escala comunitaria para garantizar la reparación de los daños ambientales. Esta tarea se ve en buena medida impulsada por episodios que, como el tantas veces citado accidente de Seveso en el año 1976, fueron dando lugar a serios daños al medio ambiente y por las crecientes exigencias de la sociedad relativas a la necesidad de la prevención y la reparación de los daños ambientales. Ahí se consolidó el clima político que dio lugar a su puesta en marcha. En España vivimos muy de cerca uno de estos episodios a raíz del accidente de Aznalcóllar en el año 1998, que a su vez dio lugar acto seguido, entre otras cosas, a un compromiso explícito del Gobierno de establecer un régimen de responsabilidad ambiental. En esta ocasión, al igual que en la mayor parte de los casos anteriores, terminaron también siendo los ciudadanos los que, con sus impuestos, corrieron con la mayor parte de los gastos de reparación de daños ambientales producidos.

El debate se ha mantenido vivo hasta hoy con mayor o menor intensidad, en particular desde que en 1991 la Comisión elaboró la primera propuesta sobre responsabilidad civil (entonces restringida al campo de los daños provocados por los residuos, si bien no llegó a aprobarse). Entre los pasos más importantes dados desde entonces, podemos señalar la aprobación de un Libro Verde sobre la reparación del daño ecológico en 1993, la directiva de vertederos ¹ de 1999, el Libro Blanco sobre la responsabilidad ambiental de 2000 y, finalmente, la presentación por la Comisión de la propuesta de directiva ² en enero de 2002, coincidiendo precisamente con Presidencia española de la Unión Europea, que, a su vez, había situado esta propuesta como una de sus prioridades en el campo del medio ambiente.

¹ Directiva 1999/31/CE del Consejo, de 26 de abril de 1999, relativa al vertido de residuos. Aunque no tiene un régimen de responsabilidad ambiental propiamente dicho, tiene un sistema de fianzas y reservas obligatorias para responder del cumplimiento de todas las obligaciones, incluida la prevención y limitación de daños.

² Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales. Documento COM(2002) 17 final, de 23 de enero de 2002.

También en el ámbito nacional se había trabajado a fondo en la materia desde el accidente de Aznalcóllar. Así, en el año 2000 se llegó a terminar la preparación de un proyecto de ley de responsabilidad ambiental por parte del Ministerio de Medio Ambiente. No obstante, el proyecto se quedó posteriormente parado ya que al mismo tiempo empezó a acelerarse definitivamente la acción en la vía comunitaria.

2. LA NEGOCIACIÓN DE LA DIRECTIVA EN LA UNIÓN EUROPEA: UN RITMO DE TRABAJO MUY FUERTE

España había presentado como prioridad de su Presidencia, en el primer semestre de 2002, la adopción de la directiva sobre responsabilidad ambiental por lo que una vez aprobada la propuesta por la Comisión se inició la negociación de inmediato. El ritmo de trabajo fue muy intenso y bajo Presidencia española se le dedicaron alrededor de 130 horas de debate a fondo y se abordó en dos Consejos de ministros. También en el primer semestre de 2003, bajo Presidencia griega, se mantuvo este intenso ritmo, con un número parecido de sesiones de trabajo. El resultado es que es una de las directivas recientes en el campo del medio ambiente que más profundamente y con más intensidad fue debatida.

En el Parlamento Europeo el interés fue similar, pues ya la simple atribución de la competencia sobre el fondo para la preparación del dictamen dio lugar a una larga disputa entre la Comisión jurídica y la Comisión de medio ambiente. Este debate no paró hasta el mismo pleno, que atribuyó finalmente la competencia a la Comisión jurídica, si bien otorgó un protagonismo especial a la Comisión de medio ambiente³. La cuestión demoró por unos meses los trabajos de debate y la adopción de la primera lectura por el Parlamento Europeo, que no tuvo lugar hasta mayo de 2003, más de quince meses más tarde de la presentación de la propuesta por la Comisión.

A pesar de ello, todas las instituciones trabajaron a buen ritmo y se consiguió la adopción formal de la directiva en poco más de dos años, un plazo que no es excesivamente alto si se tiene en cuenta la complejidad de la propuesta; la gran suspicacia que inicialmente causó en muchas delegaciones en el Consejo; las diferencias entre las distintas fuerzas en el Parlamento Europeo, y que, además, el procedimiento de para la adopción era la *codecisión* entre el Consejo y el Parlamento Europeo.

El resultado es que el acuerdo entre ambas instituciones tuvo finalmente lugar en marzo de 2004. Una vez publicada, lo que se prevé tenga lugar con carácter inmediato, los Estados Miembros tendrán un plazo de tres años para transponerla al derecho interno. Es decir, a partir de mediados de 2007 España deberá tener ya operativo un régimen de responsabilidad ambiental, sin admisión de demoras suplementarias.

3. QUIEN CONTAMINA PAGA. PREVENCIÓN Y REPARACIÓN DE LOS DAÑOS: PRINCIPIOS Y OBJETIVOS PARA UNA DIRECTIVA

El objetivo de la directiva es contribuir al logro de un alto nivel de protección del medio ambiente mediante el establecimiento de un régimen de responsabilidad para la prevención y la reparación de

³ Como resultado del conflicto de competencias, el pleno del Parlamento Europeo decidió aplicar lo que se conoce como el procedimiento «Hughes reforzado», que da mayor capacidad de intervención a ciertas comisiones no competentes en cuanto al fondo (la de medio ambiente en este caso), que en los procedimientos ordinarios.

daños ambientales. Dispone para ello un mecanismo de responsabilidad objetiva en virtud del cual los operadores que causen un daño ambiental o una amenaza inminente de que se produzca quedan obligados a su reparación o, en su caso, a evitar que el daño tenga lugar.

La consecuencia inmediata que persigue este mecanismo es, en primer lugar, un refuerzo de las medidas de prevención y una reducción de la ocurrencia de daños y, en caso de que éstos tengan lugar, que éstos sean reparados por el operador que los cause. Estamos por ello ante un mecanismo de evidente puesta en práctica de los *principios de prevención y de quien contamina paga*.

4. LA RED DE SEGURIDAD: MEDIOS SUFICIENTES PARA GARANTIZAR LA REPARACIÓN DEL DAÑO

Hay dos elementos que son particularmente importantes para garantizar la eficiencia de un régimen de responsabilidad de este tipo:

- La atribución de la responsabilidad a un actor determinado.
- La disponibilidad de medios suficientes para reparar el daño en caso de que éste se produzca.

Es evidente que la ausencia de cualquiera de ambos hará que el régimen no funcione. En este sentido es importante destacar que la propuesta inicial de la Comisión establecía la responsabilidad primaria del operador con claridad, aunque contenía una cierta ambigüedad. El texto finalmente adoptado por el Consejo y el Parlamento Europeo deja esto todavía más claro y no hay en él posibilidades de interpretación.

Donde sí aparece una importante diferencia sin embargo entre la propuesta inicial de la Comisión y el acuerdo final es en el mecanismo de garantía de medios para la reparación: la Comisión renunció a un esquema de garantía financiera obligatoria para asegurar la reparación de los daños, por lo que para los casos de *daños huérfanos*⁴ atribuía la responsabilidad de la reparación a los Estados miembros.

Este mecanismo de responsabilidad subsidiaria, desde luego eficaz en cuanto a la reparación de los daños ya que en última instancia éstos eran siempre reparados por el Estado, tenía como contrapartida el problema de que podría representar la asunción de una obligación de sufragar con cargo a los presupuestos públicos unos gastos de imposible determinación *a priori*. Es fácil comprender las enormes reticencias que ello provocó en diversos Estados Miembros en esta época de sacralización del «déficit cero». Tenía además otro efecto pernicioso en el comportamiento ambiental de los operadores, ya que al no quedar del todo clara su responsabilidad y al existir además una responsabilidad subsidiaria del Estado, podría perderse el incentivo hacia comportamientos más responsables y hacia la adopción de políticas de prevención.

La única alternativa viable a este mecanismo propuesto por la Comisión era el establecimiento de un régimen obligatorio de garantía financiera que, combinado con un fondo adecuado, podría garantizar en cualquier circunstancia la disponibilidad de medios suficientes para la reparación de daños. La oposi-

⁴ Casos en los que no se conoce al operador, o éste es insolvente, o éste no es responsable de acuerdo con la directiva, por ejemplo.

ción de la Comisión, que se mantuvo fiel a su propuesta inicial, junto con la de algunos Estados Miembros, hizo que al final se mantuviese un régimen voluntario para esas garantías.

Las dificultades planteadas para llegar a un acuerdo sobre una *red de seguridad* deja así la laguna más importante de la directiva al quedar abierta la posibilidad de que no sean reparados los *daños huérfanos*.

5. ¿QUÉ SON LOS DAÑOS AMBIENTALES?

El concepto de daño ambiental es un elemento clave para entender el alcance de la directiva. Su definición está bastante acotada, y éstos se limitan a aquellos daños que tienen efectos negativos significativos en:

- La posibilidad de alcanzar o de mantener un estado de conservación favorable de los hábitats de la Red Natura 2000 o de las especies protegidas por las directivas de hábitats ⁵ y de aves ⁶.
- El estado ecológico, químico o cuantitativo, o en el potencial ecológico de las aguas identificadas en la directiva marco ⁷ de aguas.
- El suelo, pero exclusivamente cuando estos daños causen un riesgo significativo para la salud humana.

La referencia a las «especies y hábitats naturales protegidos» sugerida por el Parlamento Europeo sustituye a la expresión inicial «daños a la biodiversidad» propuesta por la Comisión, que en principio algunos temían que se pudiese interpretar de modo muy amplio. De todos modos la definición queda acotada por dos claros motivos:

1. Porque las especies y hábitats concernidos no son todos los existentes en la naturaleza ni muchos menos, sino tan sólo los que aparecen listados, uno a uno y perfectamente identificados, en los anexos de ambas directivas, lo que constituye un conjunto reducido, finito y bien preciso, de especies y hábitats (los daños a los demás quedan fuera de la directiva), y
2. Porque éstos han de ser *significativos*, es decir, no vale cualquier tipo de daño, sino que éste ha de tener una cierta entidad. Además, para mayor seguridad jurídica, la propia directiva establece en su Anexo I los criterios a aplicar para determinar el carácter significativo o no de los mismos.

El carácter *comunitario* de la protección de todas estas especies y hábitats da pie a preguntarse qué es lo que ocurre con aquellos que cuentan con una norma de protección pero tan sólo a escala nacional. Pues bien, como corresponde a una norma que se basa en el artículo 175 del Tratado, nada impide a los Estados Miembros la extensión del régimen de responsabilidad también a los hábitats y especies que gocen de un régimen de protección equivalente a escala nacional.

⁵ Directiva 92/43/CEE.

⁶ Directiva 79/409/CEE.

⁷ Directiva 2000/60/CEE.

Por otra parte, merece destacarse que, además de los daños reales, *mutatis mutandis* se incluye también la inminente amenaza de este tipo de daños y que, por otra parte, se excluyen del ámbito de aplicación todos los daños previamente identificados en las evaluaciones de impacto ambiental (en carreteras, presas, industrias, etc.).

Es también importante tener en cuenta que este concepto de daños *ambientales* excluye clara y netamente todos los conocidos como *daños tradicionales*, ya que la directiva no concede a los particulares derecho alguno para la reclamación de indemnizaciones como resultado de los daños ambientales.

6. ÁMBITO DE APLICACIÓN: ACTIVIDADES INCLUIDAS Y EXCLUIDAS DE LA DIRECTIVA

El criterio de partida para lograr un régimen de responsabilidad eficaz era el aplicarlo a todas las actividades que presenten un riesgo razonable de producir daños al medio ambiente o para la salud humana. No obstante, la existencia de otros regímenes y de convenios internacionales, así como algunas otras causas, han determinado que ciertas actividades fuesen exceptuadas.

En primer lugar, hay que señalar que el criterio que se ha adoptado para determinar si una actividad queda o no incluida en el régimen de responsabilidad es el propuesto por la Comisión, pues no se ha modificado en el acuerdo final. Éste consiste en determinar si la actividad en cuestión está a su vez regulada por alguna de las directivas comunitarias relativas a ciertas prácticas o actividades que entrañan riesgos, aunque sean potenciales, para el medio ambiente o para la salud humana y que aparecen expresamente mencionadas en el texto. Así y a título de ejemplo, se puede destacar que quedan incluidas en este régimen la explotación de las instalaciones cubiertas por la directiva IPPC, las relativas a la gestión de residuos, las más importantes de las reguladas por la directiva marco de aguas (con vertidos de sustancias peligrosas incluidas) o las relativas a la producción, almacenado y transporte de sustancias peligrosas, por citar sólo algunas. En el Anexo se recoge la lista completa de estas actividades ⁸.

De todas formas no todos los daños producidos por estas actividades quedan cubiertos. Así, quedan expresamente excluidos los derivados de la contaminación difusa cuando no se puede demostrar quién es el autor o autores concretos del daño. De este modo, los daños derivados de la contaminación atmosférica en sentido amplio o de la contaminación agraria difusa (como por ejemplo la derivada de abonos o de pesticidas) quedan en términos generales excluidos.

Además, se excluyen también los daños y las amenazas de daños derivados de incidentes cubiertos por una serie de convenios internacionales relativos al transporte marítimo (incluido el de hidrocarburos) y a la industria nuclear. En términos generales estas actividades no quedan sujetas al régimen de responsabilidad que se establece por esta directiva. Por poner un ejemplo, esto quiere decir que a un accidente como el del Prestige no se le aplicaría esta directiva sino los convenios internacionales en vigor. Tampoco se le aplicaría a un accidente nuclear.

⁸ En tanto la directiva se publica en el Diario Oficial, esta lista se puede ver junto con el texto de la directiva en la página web del Consejo: <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/04/st03/st03622.en04.pdf>

Como suele ser tradicional en las normas de carácter medioambiental, también están exceptuados los daños causados por fenómenos naturales, guerras y hostilidades, así como por las actividades de defensa nacional y las de protección contra catástrofes naturales.

7. ¿QUÉ HAY QUE HACER CUANDO ACONTECE UN DAÑO O SOBREVIENE UNA AMENAZA DE DAÑO?

Cuando se está ante una amenaza inminente de daño o cuando realmente se produce un daño ambiental, la directiva establece un mecanismo de actuación que es bastante similar en ambos casos, aunque claro está con las lógicas diferencias que puede haber entre uno y otro.

La primera cuestión a tener en cuenta es que en ambos casos el primer y único responsable es el operador de la actividad y sobre él recae directamente la obligación de ejecutar las primeras actuaciones, sin esperar siquiera a recibir instrucciones ni confirmación de la autoridad pública. En el caso de *amenaza* de daños, es obvio que este tipo de acciones han de ser de carácter preventivo y tendrán como objetivo el evitar que el daño se produzca. En el caso de *daño* ya producido, además de tomar también las medidas necesarias para evitar que el daño se extienda y para limitar los daños en lo posible, el operador tiene también la obligación de adoptar medidas reparadoras para restaurar el medio ambiente.

En paralelo con estas actuaciones, que como hemos señalado no tienen que esperar a la aprobación de la Administración, el operador está también obligado a informar adecuadamente a la autoridad competente. En el caso de daños, esta información es simultánea a la adopción de las medidas mientras que en el caso de amenaza de daños la información sólo es obligatoria en el caso de que después de adoptar las medidas preventivas, la amenaza persista.

Asimismo, la autoridad competente tiene un amplio abanico de posibilidades de actuación, bien sea en este momento en que tiene ya conocimiento formal de que hay una amenaza de daño o de que se ha producido un daño, o en cualquier otro anterior o posterior. Así, por ejemplo, puede pedir más información, exigir la adopción de medidas adicionales o dar instrucciones precisas sobre la manera de actuar al operador, y éste tiene la obligación de satisfacer las demandas que aquélla le plantee.

Por otra parte, la autoridad está también facultada a adoptar por sí misma cuantas medidas preventivas o reparadoras considere oportunas. Harina de otro costal es quién deberá pagar después el coste de estas medidas que la autoridad pueda tomar –que en principio será también el operador–, pues aquí la directiva también ha querido dejar meridianamente claro que las reglas de juego son las mismas en toda la Unión Europea y prohíbe que los Estados Miembros reparen los daños a sus costas en lugar de los operadores. Pero esto se verá en detalle en otro lugar.

En línea con lo anterior, tal vez la más clara obligación de la autoridad competente en este dominio es la de exigir al operador la adopción de todas las medidas preventivas o reparadoras, según proceda. Es una cláusula expresa que pretende impedir cualquier posibilidad de indulgencia administrativa respecto a los operadores y mantener unas reglas de juego uniformes en toda la Unión Europea. Es una medida que va claramente en línea con la construcción del mercado interior.

8. ¿QUÉ MEDIDAS HAY QUE TOMAR? LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL

Es ésta una cuestión crucial en la aplicación de la directiva, pues precisamente en la definición de estas medidas se encierra en gran parte las obligaciones que recaen en los operadores y, obviamente, los costes que ellas representarán.

El concepto de reparación del daño ambiental es distinto según se trate de daños al suelo o de daños a las aguas o los hábitats o especies protegidas. En el primer caso, la reparación del daño consiste en la eliminación o control de los contaminantes hasta el punto de que el suelo dañado deje de suponer un riesgo significativo de que se produzcan efectos negativos para la salud humana. En principio no hay que examinar el riesgo de producir daños significativos al medio ambiente, aunque en la práctica será difícil establecer que un suelo que ha sido seriamente dañado pueda no plantear riesgo alguno para las aguas o para la vida silvestre. Es una cuestión que de todos modos habrá que analizar caso a caso y que no admite generalizaciones.

Más complicada es, sin embargo, la cuestión relativa a la reparación de los daños a las aguas o a las especies y a los hábitats protegidos. Aquí, al contrario que en el caso del suelo, hay que recuperar el estado que tenían estos elementos del medio ambiente en el momento en que sufrieron el daño. Es lo que la directiva denomina el *estado básico*. Ahora bien, este estado básico no es sólo la situación estática en la que se encontraban dichos recursos naturales (por ejemplo el tamaño de una población o el estado químico del agua), sino que incluye también la recuperación de los servicios o funciones que los mismos prestaban tanto a otros recursos naturales como a la sociedad (por ejemplo la utilización del agua para beber). La noción de recuperación de estado básico es, por lo tanto, bastante amplia ya que cubre también las funciones que cumplen los recursos naturales. Además, esta reparación lleva aparejada también la obligación de eliminar todo riesgo significativo de que se produzcan efectos negativos sobre la salud humana.

9. REPARACIÓN DE LOS HÁBITATS Y ESPECIES PROTEGIDAS Y DE LAS AGUAS: MEDIDAS PRIMARIAS, COMPLEMENTARIAS Y COMPENSATORIAS

En esencia hay tres tipos de medidas de reparación a aplicar en caso de daños ambientales. En la opción más simple, una vez producido un daño ambiental se adoptan una serie de medidas de reparación, se ponen en práctica y el medio ambiente que se había dañado recupera el estado que tenía antes del daño, esto es, vuelve a su estado básico. Las medidas así adoptadas se denominan **medidas de reparación primarias**.

No obstante, las situaciones reales pueden ser bastante más complejas y pueden hacer que estas medidas de reparación primarias sean insuficientes. Así, puede ocurrir por ejemplo que el lugar que ha sufrido el daño haya quedado tan dañado que no acepte apenas reparación ambiental, o que simplemente no pueda recuperarse completamente y no se pueda llegar de nuevo al estado básico. Un caso extremo de esta situación, que esperamos no ocurra nunca, sería que como consecuencia del daño ambiental se provocase la desaparición de una especie protegida, de tal forma que no quedasen ya otros individuos de los que obtener descendientes.

En estos casos en que no se logra devolver el medio ambiente al estado básico se plantea el problema de qué hacer: ¿se limita la reparación a tan sólo lo que se pueda hacer razonablemente?, ¿se abandona el objetivo de llegar al estado básico?, ¿quién decide en qué momento se puede abandonar el esfuerzo de reparación ambiental?, ¿cada Estado miembro? En este caso, ¿utilizarán todos los Estados miembros el mismo criterio?, ¿no se podrá dar un trato de favor a ciertos operadores frente a otros?, ¿no habrá peligro de una cierta discrecionalidad que se traduzca en diferencias entre los Estados miembros con efecto negativo en la competitividad a través del mercado único? En fin, como el objetivo de la directiva es garantizar la reparación efectiva de los recursos y servicios naturales y como además, como en toda norma comunitaria, hay que garantizar que las obligaciones de mínimos estén suficientemente armonizadas en el mercado interior, la directiva debe prever también qué hacer en los casos en que no se puede llegar al estado básico en el lugar donde se produjo el daño ambiental. En estos casos se adoptarán **medidas de reparación complementarias**, que pueden tener lugar en otro lugar distinto del original, con el propósito de recrear servicios y recursos equivalentes a los dañados.

Por otra parte, durante el lapso de tiempo que dura la ejecución de las medidas de reparación, sean esas primarias o complementarias, y hasta que éstas llegan a pleno efecto y se logre recuperar en su caso el estado básico del medio ambiente, puede ocurrir que haya una pérdida derivada del hecho de que los recursos dañados no pueden desempeñar plenamente sus funciones ecológicas o prestar sus servicios ambientales. Tal vez se comprenda mejor qué es lo que quiere decir esto con un ejemplo. Imaginemos una masa de agua de la que una determinada población se sirve para su suministro de agua potable. Supongamos que, debido a un incidente, esa masa de agua queda temporalmente inutilizada para potabilizar, digamos por el vertido de una cierta cantidad de contaminantes. Siguiendo con el ejemplo, bien pudiera ocurrir que aunque con toda diligencia se tomasen todas las medidas necesarias, la masa de agua siguiese inútil para la potabilización durante un cierto período de tiempo. ¿Qué ocurre entonces?, ¿quién proporciona de modo alternativo los servicios que ya no puede proporcionar esa masa de agua durante el tiempo que dure su recuperación hasta el estado básico?, ¿a dónde va a buscar el agua para potabilizar esa población?, ¿quién corre con los gastos que ello ocasione?

Pues bien, la directiva pretende también responder, entre otras, a estas cuestiones de modo armonizado en el conjunto de la Unión Europea a través del establecimiento de una tercera categoría que se denomina **medidas de reparación compensatoria**, que tienen por objeto, como su nombre indica, *compensar* las pérdidas provisionales de recursos naturales y o de los servicios que éstos generaban desde el momento del daño hasta su vuelta al estado básico. Estas medidas son también de aplicación obligatoria.

Este conjunto de medidas organizadas en una triple escala pretende tanto garantizar la reparación efectiva del daño ambiental como dar una respuesta a la necesidad de establecer obligaciones análogas para todos los operadores. *A sensu contrario* no tendría sentido que un operador que provocase un daño relativamente limitado estuviese obligado a recuperar el estado básico de los recursos, mientras que otro que provocase un daño mucho mayor, incluso que extinguiere una especie, quedase sin obligaciones de reparación por el hecho de que ésta no fuese posible y tampoco sería del todo conforme con la construcción del mercado interior el dejar una obligación de este género a la subsidiariedad.

A continuación se recogen algunos de los elementos esenciales característicos de cada uno de los tipos de medidas señaladas más arriba.

- *Reparación primaria.*

Puede llevarse a cabo mediante la recuperación natural de los recursos dañados o bien mediante medidas de recuperación acelerada. Lo importante es mantener el objetivo de recuperar plenamente o de acercarse lo más posible al estado básico.

- *Reparación complementaria.*

Es de carácter obligatorio cuando la anterior no consigue devolver los recursos dañados a su estado básico y persigue lograr un nivel de recursos naturales y/o de los servicios que estos proporcionan equivalente al que se alcanzaría en caso de lograr la recuperación de su estado básico. Lógicamente estas medidas pueden también aplicarse en un lugar distinto del que se ha dañado, si bien en ellas subyace la idea de que en principio sea un lugar próximo al dañado, de tal forma que se preste los servicios alternativos a la misma población que se vio privada de ellos.

- *Reparación compensatoria.*

Son obligadas y pretenden compensar por las pérdidas provisionales que tienen lugar durante la reparación, pero no dando una compensación monetaria al público sino aportando mejoras a los recursos naturales o a los servicios que éstos proporcionan en el mismo lugar o en otro alternativo.

La solución preferida tanto para las medidas complementarias como para las compensatorias es la de aplicar una equivalencia de servicio a servicio o bien de recurso a recurso, o ambas, buscando en principio recursos naturales y servicios del mismo tipo, calidad y cantidad que los dañados, aunque en caso de imposibilidad se puede buscar la complementariedad y la compensación mediante recursos o servicios alternativos. No obstante, cuando no es posible utilizar criterios de equivalencia como los señalados, la autoridad competente puede utilizar criterios de valoración económica para el cálculo y para la determinación de las medidas a adoptar.

Para limitar la desarmonización que se podría producir con la aplicación de estos criterios de modo voluntario, la directiva los ha recogido de la forma más prescriptiva posible en un anexo ⁹ que es de aplicación obligatoria para todos los Estados miembros y que prescribe la forma de determinar las medidas de reparación primarias, complementarias y compensatorias para todos los casos. Como tantos compromisos que se alcanzan entre actores diferentes, que juegan con intereses distintos y aún contrapuestos, probablemente este anexo es manifiestamente mejorable, pero hay que decir también que fue el único compromiso posible entre aquellos Estados miembros que querían unos criterios muy precisos y concretos, muy detallados y que cubrieran todos los casos imaginables, y aquellos otros que, por el contrario, querían simplemente unos criterios indicativos que permitiesen a cada Estado miembro aplicarlos como mejor considerase. Los riesgos de desarmonización en el conjunto de la aplicación de la directiva, en particular en una Unión Europea ya con 25 miembros, eran evidentes y probablemente fue este deseo de mantener al menos una armonización de mínimos lo que condujo a este acuerdo.

⁹ Anexo II. Reparación del daño ambiental.

Por otra parte, es preciso también recordar que, dentro de este mecanismo y estos criterios obligatorios, corresponde a la autoridad competente la decisión final sobre las medidas a adoptar.

También es importante destacar que por severas que sean las normas que rigen la determinación de las medidas de reparación, no hay que llevar hasta el infinito irracional la obligación de recuperar el estado básico a cualquier coste. La autoridad competente puede decidir en un momento determinado no adoptar más medidas de reparación, siempre que se cumplan dos condiciones: a) que ya ha desaparecido el riesgo significativo de que se puedan producir efectos negativos para la salud humana, el agua o para las especies y los hábitats naturales protegidos, y b) que el coste de las medidas adicionales a adoptar sea desproporcionado en relación con los beneficios ambientales que se pudiesen obtener.

10. LAS GARANTÍAS FINANCIERAS

- *El punto de partida.*

La obligatoriedad o voluntariedad de este tipo de garantías fue uno de los elementos clave a lo largo de todo el debate de la directiva. La propuesta de la Comisión incluía un esquema voluntario, mientras que el Parlamento Europeo abogó con rotundidad tanto en la primera como en la segunda lectura por un mecanismo obligatorio. En el Consejo las posiciones estaban más divididas y aunque en algunos momentos, en particular a través de los debates públicos como los celebrados bajo la Presidencia española, llegó a haber una mayoría amplia de delegaciones a favor de un esquema obligatorio, la oposición de algunos Estados miembros lo impidió. La razón está en que cuando la Comisión no acepta una modificación en su propuesta inicial, hace falta unanimidad en el Consejo para poder imponer la decisión, circunstancia que no llegó a darse en este caso.

- *El núcleo del debate.*

Como se señaló al principio, la existencia de un régimen obligatorio de garantías financieras para los operadores era una de las dos alternativas posibles para establecer una *red de seguridad* que garantizase la reparación de los daños ambientales en cualquier circunstancia. Comprobado desde el primer momento la irracionalidad y la imposibilidad de que al final fuesen los presupuestos públicos de los Estados miembros los que garantizasen estas reparaciones, la obligatoriedad de la garantía financiera se convirtió en la única solución posible para establecer una red de seguridad en el mecanismo de responsabilidad. De hecho, la importancia de una garantía financiera de este tipo viene reconocida por la propia Comisión cuando aboga por ella en el Libro Blanco y también cuando dice que «la garantía financiera de la responsabilidad ambiental es beneficiosa para todas las partes interesadas: para las autoridades públicas y el público en general, es *una de las formas más eficaces, si no la única*, de asegurarse de que efectivamente se reparen los daños causados en consonancia con el principio de quien contamina paga»¹⁰. Es más,

¹⁰ Apartado 4, párrafo 9 de la Exposición de Motivos de la Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales [Doc. COM(2002) 17 final].

la Comisión considera que incluso para los daños a la diversidad biológica –los que más dudas suscitaron– se podría utilizar el sistema de garantía obligatoria cuando dice que «son infundados los temores de que los daños a la biodiversidad no sean asegurable»¹¹.

Sobre esta cuestión se ha debatido mucho, lo que ha permitido exponer todo tipo de argumentos a favor y en contra de la obligatoriedad de las garantías financieras. Tal vez en los debates en el Parlamento Europeo fue donde de modo más abierto se expusieron ventajas e inconvenientes de este enfoque. Podemos destacar entre ellas las siguientes.

- *Ventajas de un sistema de garantía financiera obligatoria:*

- Se garantiza la existencia de una *red de seguridad*, esto es, la disponibilidad de recursos financieros y con ello la reparación de los daños ambientales cuando quiera que estos se produzcan e independientemente de la robustez o fragilidad financiera de su causante.
- Es el mecanismo más seguro y más barato para el Estado ya que se minimizan o incluso desaparecen los casos de *daños huérfanos* y, en consecuencia, se limitan al máximo los riesgos de que el Estado tenga que cubrir los gastos de reparación.
- Fomenta inequívocamente el desarrollo del mercado hoy ya parcialmente existente de garantías financieras, seguros incluidos, lo que significará desarrollar más el sector y aumentar la oferta de instrumentos de garantía a los operadores, con la consecuente reducción de costes para todos.
- Da mayor seguridad a los operadores, que cuentan con una cobertura y garantía cierta para el desarrollo de sus actividades.
- Armoniza de modo claro el mercado interior y establece condiciones uniformes de aplicación del régimen de responsabilidad a lo largo de toda la Unión Europea, con lo que se limita la posibilidad de distorsiones de competitividad de unos Estados miembros a otros. Esto es particularmente importante de cara a la ampliación de la Unión Europea, que aportará más posibilidades de desarmonización al aumentar la diversidad regional.

- *Ventajas de la voluntariedad de las garantías:*

- Concede una mayor flexibilidad a los operadores en cuanto a la forma de cubrir su responsabilidad frente a los riesgos de daños.

¹¹ Apartado 4, párrafo 14 de la Exposición de Motivos de la Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales [Doc. COM(2002) 17 final].

- Mayor flexibilidad para los Estados miembros, que así podrían determinar la forma de asegurar la reparación de los daños del modo más conveniente a sus propias condiciones y a sus propios mercados.
- Desarrollo más natural, más libre del mercado garantías financieras, que crecería orientado por la demanda y por las oportunidades de negocio exclusivamente.
- Evita cargas excesivas no deseadas a los operadores.

En la búsqueda de una solución de compromiso, se han ensayado muchas fórmulas de flexibilidad para ir al encuentro de las demandas de los proveedores de garantías financieras y de aquellos que tenían más dificultades con un mecanismo obligatorio. Entre ellas merecen destacarse:

- Caducidad de la responsabilidad: se introdujo un período de 30 años inexistente en la propuesta de la Comisión, a partir del cual ya no hay responsabilidad de los operadores, aunque aparezcan daños ambientales.
- Entrada en vigor por fases de la obligatoriedad de las garantías financieras, con mantenimiento del carácter voluntario durante los primeros cinco años de aplicación de la directiva.
- Aplicación de la obligatoriedad sólo a los daños para los que hoy existen ya garantías en el mercado (daños al agua; daños al suelo; reparación primaria de los daños a las especies y a los hábitats protegidos).
- Aplicación al resto de los daños en una segunda fase, cuya entrada en vigor se negociaría más adelante a partir de una propuesta de la Comisión.
- Exención de la obligación para actividades de bajo riesgo, en particular para pequeñas y medianas empresas.
- Aclaración de que la obligatoriedad no se refería a los seguros sino a las garantías financieras, que es un concepto mucho más amplio y que, por una parte, excluye la obligatoriedad de un seguro y, por otra, permite a los operadores elegir el mecanismo óptimo para garantizar su responsabilidad.
- Establecimiento de un techo o límite superior máximo por encima del cual no sería obligatorio contar con una garantía financiera.

A pesar de todos estos mecanismos de flexibilidad, finalmente no fue posible introducir un mandato obligatorio sobre la garantía financiera.

- *El resultado final.*

El compromiso final es una salida intermedia entre las dos posiciones extremas de los que querían un régimen de garantías obligatorias y aquellos que no admitían ningún tipo de obligatoriedad, ni siquiera

ra en un posible escenario de futuro: se mantiene la voluntariedad en el presente pero se pide a la Comisión la elaboración en seis años de un análisis sobre los mercados de garantías financieras y, en su caso, la presentación de una propuesta legislativa apropiada. Si se tiene en cuenta que finalmente Alemania, Austria e Irlanda ¹², por distintas razones, votaron en contra de la directiva, el equilibrio alcanzado fue lo máximo obtenible, ya que con cualquier otro voto en contra, en particular si provenía de uno de los países grandes, no hubiese sido posible sacar adelante la directiva.

El acuerdo final incluye una obligación para los Estados miembros de fomentar el desarrollo de mercados e instrumentos de garantías financieras, junto con otra para la Comisión consistente en que antes de 2010 presente un estudio detallado sobre la eficacia de la directiva en términos de reparación real de los daños ambientales junto con un análisis detallado del mercado de garantías financieras existentes, incluyendo también un análisis coste-beneficio. En este estudio la Comisión deberá incluir también la consideración de todos los elementos de flexibilidad señalados en el apartado anterior. Junto con el estudio, la Comisión podrá presentar si es necesario una propuesta legislativa sobre un sistema de garantía financiera obligatoria.

11. ANEXO. ACTIVIDADES CUBIERTAS EN PRINCIPIO POR LA DIRECTIVA

1. La explotación de instalaciones sujetas a un permiso de conformidad con la Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación ¹³. Esto incluye todas las actividades enumeradas en el Anexo I de la Directiva 96/61/CE, salvo las instalaciones o partes de instalaciones utilizadas para la investigación, elaboración y prueba de nuevos productos y procesos.

2. Las actividades de gestión de residuos, como la recogida, el transporte, la recuperación y la eliminación de residuos y residuos peligrosos, así como la supervisión de tales actividades y la gestión posterior al cierre de los vertederos, que estén sujetas a permiso o registro de conformidad con la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos ¹⁴ y con la Directiva 91/689/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1991, relativa a los residuos peligrosos ¹⁵.

¹² Austria e Irlanda votaron en contra porque la directiva no incluye la producción de energía nuclear, algo en lo que ambas delegaciones insistieron mucho durante toda la negociación. Alemania votó en contra por razones un poco más complejas ya que exigía un régimen un poco más estricto en algunos aspectos y un poco más laxo en otros.

¹³ DO L 257, de 10 de octubre de 1996, p. 26. Directiva cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) n.º 1882/2003.

¹⁴ DO L 194, de 25 de julio de 1975, p. 39. Directiva cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) n.º 1882/2003.

¹⁵ DO L 377, de 31 de diciembre de 1991, p. 20. Directiva modificada por la Directiva 94/31/CE (DO L 168, de 2 de julio de 1994, p. 28).

Estas actividades incluyen, entre otras cosas, la explotación de vertederos de conformidad con la Directiva 1999/31/CE del Consejo, de 26 de abril de 1999, relativa al vertido de residuos ¹⁶ y la explotación de instalaciones de incineración de conformidad con la Directiva 2000/76/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2000, relativa a la incineración de residuos ¹⁷.

A los efectos de la presente Directiva, los Estados miembros podrán decidir que dichas operaciones no incluyan la aplicación de lodos de depuración procedentes de estaciones depuradoras de aguas residuales urbanas, tratados hasta un nivel aprobado, con fines agrícolas.

3. Todos los vertidos en aguas interiores superficiales sujetas a autorización previa de conformidad con la Directiva 76/464/CEE del Consejo, de 4 de mayo de 1976, relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad ¹⁸.

4. Todos los vertidos en las aguas subterráneas sujetas a autorización previa de conformidad con la Directiva 80/68/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1979, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas ¹⁹.

5. El vertido o la inyección de contaminantes en aguas superficiales o subterráneas sujetas a permiso, autorización o registro de conformidad con la Directiva 2000/60/CE.

6. La captación y el represamiento de aguas sujetos a autorización previa de conformidad con la Directiva 2000/60/CE.

7. La fabricación, utilización, almacenamiento, transformación, embotellado, liberación en el medio ambiente y transporte *in situ* de:

- a) Las sustancias peligrosas definidas en el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 67/548/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1967, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de clasificación, embalaje y etiquetado de las sustancias peligrosas ²⁰.
- b) Los preparados peligrosos definidos en el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 1999/45/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 1999, sobre aproximación de las dis-

¹⁶ DO L 182, de 16 de julio de 1999, p. 1. Directiva modificada por el Reglamento (CE) n.º 1882/2003.

¹⁷ DO L 332, de 28 de diciembre de 2000, p. 91.

¹⁸ DO L 129, de 18 de mayo de 1976, p. 23. Directiva cuya última modificación la constituye la Directiva 2000/60/CE.

¹⁹ DO L 20, de 26 de enero de 1980, p. 43. Directiva modificada por la Directiva 91/692/CEE (DO L 377, de 31 de diciembre de 1991, p. 48).

²⁰ DO 196, de 16 de agosto de 1967, p. 1. Directiva cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) n.º 807/2003.

posiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la clasificación, el envasado y el etiquetado de preparados peligrosos ²¹.

- c) Los productos fitosanitarios definidos en el punto 1 del artículo 2 de la Directiva 91/414/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1991, relativa a la comercialización de productos fitosanitarios ²².
- d) Los biocidas definidos en letra a) del apartado 1 del artículo 2 de la Directiva 98/8/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, relativa a la comercialización de biocidas ²³.

8. El transporte por carretera, por ferrocarril, por vías fluviales, marítimas o aéreas de mercancías peligrosas o contaminantes de acuerdo con la definición que figura en el Anexo A de la Directiva 94/55/CE del Consejo, de 21 de noviembre de 1994, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros con respecto al transporte de mercancías peligrosas por carretera ²⁴ o en el Anexo de la Directiva 96/49/CE del Consejo, de 23 de julio de 1996, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al transporte de mercancías peligrosas por ferrocarril ²⁵ o en la Directiva 93/75/CEE del Consejo, de 13 de septiembre de 1993, sobre las condiciones mínimas exigidas a los buques con destino a los puertos marítimos de la Comunidad o que salgan de los mismos y transporten mercancías peligrosas o contaminantes ²⁶.

9. La explotación de instalaciones sujetas a una autorización de conformidad con la Directiva 84/360/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1984, relativa a la lucha contra la contaminación atmosférica procedente de las instalaciones industriales ²⁷ en relación con la liberación a la atmósfera de alguna de las sustancias contaminantes reguladas por la Directiva mencionada.

10. Toda utilización confinada, incluido el transporte, de microorganismos modificados genéticamente, de acuerdo con la definición de la Directiva 90/219/CEE del Consejo, de 23 de abril de 1990, relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente ²⁸.

²¹ DO L 200, de 30 de julio de 1999, p. 1. Directiva cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) n.º 1882/2003.

²² DO L 230, de 19 de agosto de 1991, p. 1. Directiva cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) n.º 806/2003 (DO L 122, de 16 de mayo de 2003, p. 1.).

²³ DO L 123, de 24 de abril de 1998, p. 1. Directiva modificada por el Reglamento (CE) n.º 1882/2003.

²⁴ DO L 319, de 12 de diciembre de 1994, p. 7. Directiva cuya última modificación la constituye la Directiva 2003/28/CE de la Comisión (DO L 90, de 8 de abril de 2003, p. 45).

²⁵ DO L 235, de 17 de septiembre de 1996, p. 25. Directiva cuya última modificación la constituye la Directiva 2003/29/CE de la Comisión (DO L 90, de 8 de abril de 2003, p. 47).

²⁶ DO L 247, de 5 de octubre de 1993, p. 19. Directiva cuya última modificación la constituye la Directiva 2002/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 324, de 29 de noviembre de 2002, p. 53).

²⁷ DO L 188, de 16 de julio de 1984, p. 20. Directiva modificada por la Directiva 91/692/CEE (DO L 377, de 31 de diciembre de 1991, p. 48).

²⁸ DO L 117, de 8 de mayo 1990, p.1. Directiva cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) n.º 1882/2003.

11. Toda liberación intencional en el medio ambiente, transporte y comercialización de organismos modificados genéticamente de acuerdo con la definición de la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo ²⁹.

12. El traslado transfronterizo de residuos dentro, hacia o desde la Unión Europea sujeto a autorización o prohibido según lo dispuesto en el Reglamento (CEE) n.º 259/93 del Consejo, de 1 de febrero de 1993, relativo a la vigilancia y al control de los traslados de residuos en el interior, a la entrada y a la salida de la Comunidad Europea ³⁰.

²⁹ DO L 106, de 17 de abril de 2001, p. 1. Directiva cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) n.º 1830/2003 (DO L 268, de 18 de octubre de 2003, p. 24).

³⁰ DO L 30, de 6 de febrero de 1993, p. 1. Reglamento cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) n.º 2557/2001 de la Comisión (DO L 349, de 31 de diciembre de 2001, p. 1).