

Observatorio Medioambiental

ISSN: 1139-1987

<http://dx.doi.org/10.5209/OBMD.67062>EDICIONES
COMPLUTENSE

La reparación del daño al medioambiente: vías para ejercer la responsabilidad y aseguramiento de los daños

Jorge Beja Gómez¹

Recibido: 15 de julio del 2019 / Enviado a evaluar: 20 de julio del 2019 / Aceptado: 6 de diciembre del 2019

Resumen. Desde mediados del siglo pasado, la preocupación acerca de la protección al medioambiente ha ido en aumento. Actualmente en nuestro ordenamiento, contamos con varias vías para proceder a la reparación del daño causado al medioambiente, dependiendo del tipo de daño, bien afectado y sujeto productor del daño. Es objeto de este trabajo acercar posturas para entender como estas tres vías se complementan, cuáles son las características que las definen y cuando serán más apropiadas, entendiendo que para que el sistema sea verdaderamente efectivo, este tiene que tender a que la prevención sea el objetivo principal, pues los bienes ambientales son difícilmente recuperables.

Palabras clave: Responsabilidad; reparación; prevención; daños al medioambiente; aseguramiento.

[en] Compensation for environmental damage: models of responsibility and insurance for such damage

Abstract. Since the middle of the last century, concern about the protection of environment has been increasing. Currently in our legal system, we have several ways to compensate for damage caused to the environment, depending on the type of damage, goods affected and defendant in question. The focus of the work is on reconciling divergent positions to understand how these three ways complement each other, what the characteristics are that define them, and when they will be more appropriate, understanding that for the system to be truly effective, it ultimately has to make prevention the main objective, because restitution of environmental goods is difficult.

Key words: Responsibility; reparation; prevention; environmental damage; insurance.

[fr] La réparation des dommages à l'environnement: modalités d'exercice de la responsabilité et assurance des dommages

Résumé. Depuis le milieu du siècle dernier, les préoccupations concernant la protection de l'environnement ne cessent de croître. Actuellement dans notre système, nous avons plusieurs façons de réparer les dommages causés à l'environnement, selon le type de dommages, bien affectés et sujets à des dommages. L'objectif de ce travail est d'approcher les positions pour comprendre comment ces trois voies se complètent, quelles sont les caractéristiques qui les définissent et quand elles seront plus

¹ E-mail: j.beja.g@gmail.com

appropriées, en comprenant que pour que le système soit vraiment efficace, il doit avoir tendance à faire de la prévention l'objectif Principalement, car les biens environnementaux sont difficilement récupérables.

Mots clés: Responsabilité; réparer la prévention; dommages à l'environnement; assurance

Cómo citar. Beja Gómez, J. (2019): La reparación del daño al medioambiente: vías para ejercer la responsabilidad y aseguramiento de los daños. *Observatorio Medioambiental*, 22, 31-52.

Sumario. 1. Introducción. 2. Las vías para proceder a la reparación del daño ambiente: civil, penal y administrativa. 2.1. Particularidades: La vertiente constitucional y delimitación del derecho penal y administrativo. 2.2. La reparación desde la vía civil. 2.3. La reparación del daño desde la vía penal. 2.4. La reparación del daño en vía administrativa. 3. El aseguramiento de la responsabilidad civil: El contrato de seguro. 3.1. Distinción entre aseguramiento por daños por contaminación y daños al medioambiente. 3.2. Características del seguro obligatorio según la Ley de Responsabilidad Medioambiental. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. Introducción

La preocupación de los Estados por la protección y preservación del medioambiente, tiene su origen a mediados del siglo pasado. Han sido varios instrumentos internacionales los que han ido configurando el sistema de prevención y reparación de los daños que actualmente lo encuadramos en lo que conocemos como responsabilidad medioambiental o responsabilidad por daños al medioambiente.

Los principios que sirven de base para la articulación del cuerpo normativo de la responsabilidad, serían: el principio de prevención, precaución, “quien contamina paga”, y corrección de los ataques al medioambiente, preferentemente en la misma fuente. Dichos principios forman parte del acervo europeo, desde su inclusión en el **Acta Única Europea** en su artículo 25, cuando entró en vigor el 1 de julio de 1986. Posteriormente, se habían sucedido determinados instrumentos, en el seno de la por entonces Comunidad Económica Europea, tales como la **Declaración del Consejo de las Comunidades Europeas y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros**, en 1973, que orienta los objetivos que deberán desarrollar los Estados miembros en materia de protección del medioambiente, la **Recomendación del Consejo 75/436 EURATOM, CECA, CEE**, de 1974, que tiene como finalidad armonizar unos principios básicos que sirvan de base para la Comunidad, además de la **Directiva 78/319/CEE del Consejo, de 20 de marzo de 1978, relativa a los costes de residuos tóxicos y peligrosos**, que ya incluirá la responsabilidad de los daños relativa a residuos.

A nivel internacional, tras el **Acta Única Europea**, tiene lugar en el seno de la **Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo**, celebrada en la ciudad de Río de Janeiro en 1992, la aprobación de la **Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo**. Este instrumento es de vital

importancia pues sentó las bases de 26 principios medioambientales entre los que destacamos el desarrollo sostenible, la responsabilidad compartida pero diferenciada de los Estados, la prevención de los daños ambientales, el derecho al desarrollo en el contexto ambiental, y el reconocimiento de los pueblos indígenas, entre otros.²

El 21 de abril de 2004, vería la luz la **Directiva 2004/35/CE, sobre Responsabilidad Medioambiental**, para lo cual fue indispensable, los trabajos realizados en la década pasada en el seno de la Unión Europea, en concreto nos referimos al **Libro verde sobre la reparación del daño ecológico**, del año 1993, y el **Libro blanco sobre responsabilidad ambiental**, en el año 2000. Los cuales, vinieron a analizar el estado de la cuestión de la responsabilidad medioambiental por los daños causados, los posibles problemas y particularidades, pero desde el convencimiento de que había que desarrollar un instrumento normativo que armonizase los ordenamientos internos de los Estados para conseguir unificar los principios medioambientales y las normas protectoras del medioambiente.

La Directiva, entendió que los daños al medioambiente comprendían: “a) los daños a las especies y hábitats naturales protegidos, (...)b) los daños a las aguas, (...)c) los daños al suelo (...)”. Por otro lado, entiende que el daño será: “el cambio adverso mensurable de un recurso natural o el perjuicio mensurable a un servicio de recursos naturales, tanto si se producen directa como indirectamente”.³

De la lectura del artículo se infiere, y tal como remarca la Directiva en sus considerandos 4 y 14 respectivamente, la exclusión de los daños a la atmósfera y de los daños patrimoniales. Exclusiones que se mantendrán cuando la norma se trasponga al derecho interno de los Estados.

Los aspectos más importantes de la Directiva es el establecimiento de un sistema de responsabilidad objetiva para las actividades enumeradas en su Anexo III, pues se entienden que comportan un mayor riesgo de daño para el medioambiente, y un régimen de responsabilidad subjetiva para actividades que no figuren en el mismo, siempre que exista culpa o negligencia por parte del productor del daño.

En último lugar, destacamos la obligación de establecer garantía financiera para según qué actividades de riesgo, con el objetivo de que los operadores puedan hacer frente a la responsabilidad derivada de las medidas de prevención y reparación, lo cual supuso un avance muy importante. No fue una obligación, sino que se dejó a los Estados regular la obligatoriedad o no del establecimiento de garantías financieras.

² Vid. HANDL, G. (2012): *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm Declaration), 1972 and the Rio Declaration on Environment and Development, 1992*. United Nations Audiovisual Library of International Law. Disponible en: http://legal.un.org/avl/pdf/ha/dunche/dunche_e.pdf (Inglés)

³ Unión Europea. 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. Diario oficial de las Comunidades Europeas. L 143/56. 30 de abril de 2004. Art. 2.1 Texto disponible en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0035&from=ES>

España fue uno de los 8 países de la Unión Europea que al transponer la Directiva, estableció la obligatoriedad de aseguramiento, cuestión que es valorable muy positivamente.

Finalmente, hemos de mencionar como en 2009, con la entrada en vigor del **Tratado de la Unión Europea**, conocido como Tratado de Lisboa, y del **Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea**, (TFUE, en adelante) la Unión Europea obtuvo competencia para actuar en todos los ámbitos de la política medioambiental, tal y como se recoge en los artículos 11, 191, 192 y 193 del TFUE.

Una vez visto como en el ordenamiento europeo se ha ido evolucionando hasta que los principios ambientales formen parte de las políticas de la Unión, posteriormente analizamos cuales son los vías para proceder a la reparación medio ambiente en nuestro ordenamiento jurídico.

2. Las vías para proceder a la reparación del daño ambiente: civil, penal y administrativa

2.1. Particularidades: La vertiente constitucional y delimitación del derecho penal y administrativo

Nuestra Constitución en su artículo 45, establece: *“1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.”*. Son varios los puntos que hemos de remarcar en este artículo, pues, sobre la base del mismo, se articulará el régimen de responsabilidad español.

El derecho al medioambiente adecuado, se articula en nuestra Constitución desde un enfoque múltiple, otorgando derechos y deberes. Como sostiene Canosa Usera: “el contenido del art.45 es múltiple: recoge primero, el derecho a disfrutar del medio ambiente, que también opera como principio. El apartado segundo del art. 45 impone, por su parte, obligaciones a los poderes públicos de promover y restaura el ambiente y de velar por el uso racional de los recursos naturales. Se establece, además, el deber de todos de conservar el medio ambiente (art.45.1 CE) reforzando su cumplimiento con la previsión de sanciones administrativas y penales (45.3 CE)”.⁴

⁴ CANOSA USERA, R. (2000): *Constitución y Medio Ambiente*. Madrid. Editorial Dykinson SL. 1º edición. Pág.43.

Parece que el artículo 45.3 de la Constitución no deja claro si habremos de acudir a la vía de sanción administrativa o la incoación de un procedimiento penal para cumplir el mandato constitucional de preservación y protección del medioambiente.

Algunos autores como Santa Cecilia García, apuntan que no es posible que exista preferencia de la ley penal sobre la ley administrativa, arguyendo que no es esto compatible con la máxima de ultima ratio del derecho penal y el principio de mínima intervención.⁵ La jurisprudencia que emana desde nuestro Alto Tribunal, en sentencia de 24 de febrero de 2003, en relación al principio de intervención mínima estableció que: *“Se reconoce, por tanto, a nivel constitucional, el triple frente de protección del medio ambiente: civil, penal y administrativo. La protección jurídica del medio ambiente ha de hacerse combinando medidas administrativas con medidas penales. Para determinar en qué casos habrá de acudir al Derecho penal y que conductas serán merecedoras de una mera sanción administrativa, ha de partirse del principio de intervención mínima que debe informar el Derecho penal en un moderno Estado de Derecho. Solo ante los ataques más intolerables será legítimo el recurso al Derecho penal.”*

Hemos de tener presente el principio **non bis in ídem**, que el Tribunal Constitucional en Sentencia de 2/1981, de 30 de enero, fijó en *“identidad de sujeto, hecho y fundamento jurídico”*. Esto nos lleva a la situación de que un mismo acto lesivo para el medioambiente pudiera ser constitutivo de varias infracciones sin que esta vulnerase el principio non bis in ídem. Esto se daría en el supuesto de que aun habiendo coincidencia de sujeto y hecho, se vulnerase fundamentos jurídicos distintos, fruto de la heterogeneidad de los bienes jurídicos afectados.⁶ De igual forma, según la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional en sentencia 2/2003, se deriva en una *“preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora” siempre que se cumpla una triple exigencia: “a) el necesario control a posteriori por la Autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código penal o las leyes penales especiales, mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada”* (FJ 3º).

Entendido esto, comentamos brevemente como el derecho penal sigue un modelo de accesoriadad de derecho mediante **leyes penales en blanco** que trata de definir el

⁵ SANTA CECILIA GARCÍA, F. (2011): *Medio ambiente y reparación del daño*. En SANCHEZ DE LA TORRE, A., HOYO SIERRA, I.A., (2011). *Textos Jurídicos y contextos sociales en F.A HAYEK*. Madrid. Editorial Dykinson SL. 1º edición. Pág. 340.

⁶ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. (2017): Capítulo 3. Relaciones del derecho penal ambiental y el derecho administrativo. En SERRANO TÁRRAGA, M. D., SERRANO MAÍLLO, A., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. (2017). *Tutela Penal Ambiental*. Madrid. Editorial Dykinson SL. 3º edición. Pág. 126

tipo penal con remisión parcial o completa a normas administrativas.⁷ Su uso, entiende el Tribunal Constitucional en sentencia de 28 de febrero de 1994, será admisible siempre que cumpla lo siguiente: “*Son constitucionalmente admisibles siempre que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido y que la Ley, además de señalar la penal contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, es decir, de suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisa*”.

2.2. La reparación desde la vía civil

La exigencia de reparación del daño en el Código Civil viene recogida en los artículos 1902 y siguientes. Hemos de diferenciar, sin embargo, dentro de los daños al medioambiente, los que son daños por contaminación, entendidos como daños patrimoniales y morales, que afectan a las personas y sus bienes, y los daños ambientales puros o ecológicos, provocados por la mano del Hombre y que lesionan el medio natural.

Para que actúe la vía civil, como ya hemos visto, ha de verse afectado la esfera patrimonial de un sujeto, pero además, ha de existir un daño real. Señala Díez Picazo que: “El sistema de responsabilidad civil trazado por nuestro ordenamiento tiene una única y exclusiva función normativa: la indemnizatoria, reparar los daños causados entre particulares que sean consecuencia inmediata de una conducta lesiva”, continúa diciendo que “el daño real, es el presupuesto imprescindible para que actúe el sistema de reparación, porque como reiteradamente insiste la doctrina con el mecanismo de la responsabilidad civil no se previene, ni se tutela, ni se reintegra, ni se castiga: se resarcen los daños, personales y reales, en las personas y las cosas.”⁸

Las características esenciales del daño para su reclamación en vía civil serán:

-**Que se trate de un daño cierto, real y existente.** Se debe certificar la existencia del daño o de la lesión que implique daño a un interés legítimo digno susceptible de tutela por el ordenamiento.⁹

-**Naturaleza de la conducta productora del daño (lícita o ilícita).** No es preciso que estemos ante una actividad ilícita, pues la obligación de reparar nacerá desde que el sujeto dañado no tuviese obligación alguna de soportar o sufrir el daño.

⁷ SANTA CECILIA GARCÍA, F. (2013): *Accesoriedad y bien jurídico en delitos medioambientales: una constante paradoja*. En MARTINEZ-TORRÓN, J., MESEGUER VELASCO, S., PALOMINO LOZANO, R. (2013). *Religión, Matrimonio y Derecho ante el siglo XXI*. Volumen II. Madrid. Editorial IUSTEL. 1º edición. Pág. 3684

⁸ Díez-PICAZO GÍMENEZ, G. (2003): *Responsabilidad Civil Ambiental*. En VERCHER NOGUERA, A., Díez-PICAZO GÍMENEZ, G., CASTAÑÓN DEL VALLE, M. (2003). *Responsabilidad Ambiental. Penal, Civil y Administrativa*. Madrid. Editorial Ecoiuris. 1º edición. Pág. 94.

⁹ *Ibidem.* 7

-Relación de causalidad. Para establecer una acción de reclamación ha de probarse por el demandante que se ha sufrido efectivamente un daño por parte del demandado. El concepto de causalidad, pretender hallar el supuesto para imputar el daño a un determinado sujeto responsable, que soporte la consecuencia indemnizatoria.¹⁰

-Imputación objetiva. El siguiente requisito, establecida la causa del daño, será atender a si la conducta del productor del daño es susceptible de responder por el daño o no, mediante la imputación objetiva del mismo. La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2017, establece que: *“La actual corriente jurisprudencial sobre a causalidad acude en los últimos años a la imputación objetiva. La teoría de la imputación objetiva intenta superar la teoría de la causalidad adecuada, que a su vez suponía un avance sobre la teoría que resumida en la expresión latina « causa causae, causae causa » (quien es causa de la causa, es causa del mal causado). Se trata de superar así las tendencias objetivadoras.”* Siguiendo una serie de criterios, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2017 y, lo manifestado por Díez Picazo, se establecen las siguientes teorías para excluir la imputación:¹¹

- “Riesgo general para la vida”: No cabe imputar los daños cuando estos son frutos de los propios riesgos inherentes vitales, que ocurren en el transcurso normal de la actividad del dañado.

- “Prohibición de regreso”: Este factor alude a la falta de suficiencia en la acción para causar el daño, aunque forme parte del curso de los acontecimientos.

- “Criterio de la provocación”: Ocurre cuando el demandante con su acción por evitar las consecuencias que se derivan de la actuación del demandando, se vea dañado y esta conducta de evitación se califique como irrazonable.

- “Incremento del riesgo”: No cabrá imputación objetiva cuando el responsable del evento dañoso no sobrepasó los límites de riesgo permitido teniendo en cuenta que esta actuación habría sido idéntica de haber actuado con la máxima diligencia.

- “Fin de protección de la norma”: No cabe imputar de responsabilidad, cuando el daño producido quede fuera de la finalidad de protección de la norma sobre la que se fundamente la imputación del sujeto productor del daño.

- “Competencia de la víctima”: Se aprecia cuando el daño se produce en situaciones en los que la situación estaba bajo dominio de la víctima.

- “Criterio de la adecuación o probabilidad”: Supuestos impredecibles e improbables, y en los que un observador imparcial y experimentado, no habría sido capaz de anticiparse a la producción del evento dañoso.

-Exención de la responsabilidad. Cabe mencionar las causas que además, a la falta de imputación objetiva, puede provocar una ausencia de responsabilidad por parte del sujeto productor del daño, y esto es porque rompería el nexo causal. Ya el

¹⁰ *Ibidem.* 8

¹¹ *Ibidem.* 7

artículo 1105 del Código Civil nos dice que “nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que, previsto, fueran inevitables”. Serán motivos de exención la **fuerza mayor, el hecho provocado por un tercero y cuando el hecho se produce por culpa exclusiva de la víctima.**

-**La culpa como imputación de responsabilidad.** En último lugar, y para poner fin a las características que debe contener en el daño para ser resarcido en la vía civil, se exige, como hemos anticipado, que dentro el daño producido, se fruto de culpa o negligencia. El concepto de culpa que nos ofrece el Código Civil, será el que aparece en el artículo 1104: “la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación, y corresponda a las circunstancias de las personas, el lugar y tiempo”. Como asevera Díez Picazo, “para determinar si un sujeto se ha comportado diligentemente es necesario comprobar si ha observado los deberes que específicamente recaían sobre él en orden a la previsión y evitación del resultado dañoso”.

En lo que respecta a los daños morales provocados por contaminación, serían resarcibles en vía civil igualmente. Si bien no son daños patrimoniales como hemos visto, puesto que es un daño repercute en la psique de las personas, pudiendo derivar en diversas patologías.¹²

A modo de corolario, hemos de exponer que la vía civil será la adecuada para proteger el medioambiente siempre que hablemos de recursos que este bajo la titularidad de un sujeto privado. En concreto los preceptos a los que deberemos acudir en caso de daño patrimonial por contaminación serán 1902 CC y 1908 CC. Como hemos desarrollado a lo largo de este capítulo, el sujeto dañado habrá de probar los requisitos que exige la vía civil, basándose en unos presupuestos de culpa subjetiva del actor dañado. ¿Qué pasa entonces con los daños al medioambiente que carecen de titular? Más adelante lo expondremos.

2.3. La reparación del daño desde la vía penal

La protección penal del medioambiente, se basa en la accesoriedad de la norma penal frente a la norma administrativa, que como ya hemos explicado, supondrá que los ilícitos ambientales vengán precedidos de una vulneración de la normativa administrativa. Esto nos lleva a una complicación en la aplicación de la norma penal ya que deberemos en primer lugar concretar cuál es la norma administrativa que ampara la protección del recurso afectado y analizar si la vulneración de la misma es susceptible de amparo penal.

En primer lugar, hemos de atender al concepto de **gravedad**, pues será el límite entre el ilícito administrativo y el penal en muchos casos. Como estableció la

¹² Vid. RUDA GONZÁLEZ, A. (2008): *El Daño Ecológico Puro. La responsabilidad civil por deterioro al Medio Ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental.* Navarra. Editorial Aranzadi. 1º edición. Pág. 502

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1992, en relación a la gravedad del daño: *“tanto el peligro como el posible perjuicio han de ser graves. En sentido semántico grave es aquello que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas. Ello implica un juicio de valor y, por lo mismo, es eminentemente circunstancial. Pero en el caso de que tratamos, para que no quede todo en pura apreciación subjetiva con lo que ello tiene siempre de inseguridad jurídica, habrá que acudir como puntos de referencia a los propios parámetros del tipo. (...) Entonces para encontrar el tipo medio de gravedad (...) habrá que acudir a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas (incluida la calidad de vida por exigencia constitucional) como las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que incluyen, por tanto, la gea, la fauna, y la flora puestas en peligro, forman las dos que pueden actuarse tanto por emisiones como por inmisiones (vertidos).”* Podemos afirmar como el concepto de gravedad es un elemento de apreciación subjetiva por los Tribunales.¹³

En segundo lugar, el **bien jurídico protegido**, en relación con el medioambiente para su protección penal, ha sido objeto de debate doctrinal. En este sentido Santa Cecilia indica que: *“podemos afirmar que el bien jurídico medioambiental, en su esencia, no es de carácter individual sino colectivo, protegiendo intereses de toda la sociedad, tanto de sus miembros actuales como futuros. En atención a sus características se les ha denominado bienes o intereses jurídicos difusos al carecer de titular concreto”*.¹⁴

De manera continuada, Santa Cecilia García, apunta que el bien jurídico en lo que el medioambiente se refiere, tiene dos posiciones doctrinales, siendo una de dependencia y otra de autonomía, y que esta última según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en relación con la Sentencia de 23 de noviembre de 2001, 23 de octubre de 2002 y 24 de febrero de 2003, es la mayoritaria, como expone: *“La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado confiriendo autonomía al bien jurídico medioambiente “tanto respecto de los bienes jurídicos tradicionales como de la normativa o actuación administrativa. Es un bien jurídico relevante por sí mismo (...) se trata de proteger directa y primariamente el equilibrio de los sistemas naturales.”*”

En cuanto a la aplicación de **la responsabilidad civil**, esta nacerá del delito, es decir, que se **necesita que se declare culpable al sujeto del delito que provoco el daño para poder articular los preceptos del código penal que obligan a la reparación del daño**. En concreto el Código Penal contiene en el Título V del Libro I, referencia a la responsabilidad civil derivada de delitos. El art. 109 establecerá la obligación de reparar los daños y perjuicios causados por el delito. El contenido de la

¹³ VERCHER NOGUERA, A. (2003): Responsabilidad penal ambiental. En VERCHER NOGUERA, A., DIEZ-PICAZO GÍMENEZ, G., CASTAÑÓN DEL VALLE, M. (2003). Responsabilidad Ambiental. Penal, Civil y Administrativa. Madrid. Editorial Ecoiuris. 1º edición. Pág. 34.

¹⁴ SANTA CECILIA GARCÍA, F (2013). *Op. cit.* Pág. 3699

responsabilidad civil, incluye, según lo dispuesto en el art. 110 la restitución, reparación del daño e indemnización de perjuicios materiales y morales, por lo que tendremos que analizar cuales se podrán aplicar a los delitos medioambientales:

- En cuanto a la restitución, recogida en el art. 111, dada la propia redacción del artículo, en la que habla de restitución de los bienes de los que se ha sido privado, no parece aplicable a los delitos medioambientales, dado el carácter patrimonial.¹⁵

- En segundo lugar la reparación del daño, figura en el artículo 112, siendo este precepto el que mejor encaja con la reparación del daño causado cuando este es fruto de un daño de interés general como es el medioambiente,¹⁶ pues como establece el artículo: “*La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa*”. La interpretación habrá de ser amplia, con tal que incluya a los responsables subsidiarios, incluyendo a compañías aseguradoras.¹⁷

- El tercer supuesto que se refiere a indemnización de perjuicios materiales y morales, del artículo 113, estaría en consonancia con el daño por contaminación de carácter patrimonial o moral ya expuesto, no incluyendo al daño al medioambiente de manera general o colectiva.

Para fijar el importe de la responsabilidad, habrá que tener en cuenta el artículo 114, que establece la posibilidad de reducir la indemnización cuando el perjudicado haya contribuido al daño con su conducta (algo que ya apreciamos en la responsabilidad civil en el apartado anterior), y el artículo 115, el cual expone que la Sentencia penal deberá fijar las bases del cálculo realizado.

De manera específica, el Código Penal cuando entra a regular los delitos contra el medioambiente en el Libro II, Título XVI, establece que: “Los jueces o tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título.” Este precepto sufrió una ligera modificación tras la modificación de la Ley 5/2010, pues anteriormente el precepto donde hoy se establece “ordenarán” establecía “motivadamente, podrán ordenar”, lo que supone que con la modificación se está dotando de una mayor fuerza para aplicar las correcciones a los daños sufridos por el medioambiente, imponiendo a los jueces y Tribunales, la obligación de atender al establecimiento de las medidas destinadas a reparar el daño.

¹⁵ SANTA CECILIA GARCÍA, F. (2011). *Op. cit.* Pág. 357.

¹⁶ GUERRERO ZAPLANA, J. (2010): La responsabilidad medioambiental en España. Madrid. Editorial La Ley. 1º edición. Pág. 254.

¹⁷ SANTA CECILIA GARCÍA, F. (2011). *Op. cit.* Pág. 358

2.4. La reparación del daño en vía administrativa

Cuando hablamos de la reparación del daño en vía administrativa, nos vamos a referir a tres supuestos. El primero, tiene que ver con las sanciones que impone la normativa sectorial, que junto a la misma, impongan la obligación de reparar el daño causado. Por otro lado, y donde nos centraremos, será, en primer lugar, la obligación de reparación del daño causado de acuerdo a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, que fue la norma encargada de trasponer la Directiva 2004/35/CE, sobre responsabilidad medioambiental, que analizamos al principio del trabajo, y reseñamos la finalidad objetiva de la responsabilidad, y en último lugar, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cuando el daño deriva de alguna acción u omisión y que este sea imputable a alguna Administración. Centraremos el análisis en la Ley de Responsabilidad Medioambiental.

La Ley de Responsabilidad medioambiental (en adelante LRM), parte del mandato del artículo 45 cuando establece que para los que incumplan con la utilización racional de los recursos naturales y conservación de la naturaleza, estarán obligados a reparar el daño causado. La Directiva 2004/35/CE, como indicábamos, establecía un régimen administrativo de responsabilidad objetivo e ilimitado, sobre la base de los principios de prevención y “quien contamina paga”. La norma parte con unos objetivos claros de prevenir, evitar y reparar el daño. Atenderemos posteriormente a las características más trascendentes de la norma.

El **concepto de daño ambiental**, vendrá establecido en el artículo 2.º de La ley, entendido de la siguiente manera: “*El cambio adverso y mensurable de un recurso natural o el perjuicio de un servicio de recursos naturales, tanto si se produce directa como indirectamente.*” Fruto de ello, la ley nos definirá el daño ambiental sujeto a la ley, como los daños a las especies silvestres (flora y fauna), hábitats, aguas, ribera del mal, las rías, al suelo.

El daño ha de tener tres notas características: ser adverso, mensurable y significativo.¹⁸ Por adverso, entenderemos que se exige la modifique un recurso determinado provocando un perjuicio para el recurso mismo.¹⁹ Por mensurable, habrá que atender al apartado I del anexo I, que se basa el carácter cuantitativo y cualitativo del daño y sus efectos atendiendo al número de individuos, extensión o densidad, la rareza de la especie o hábitat, el papel de los individuos o la zona dañada, capacidad de regeneración de la zona dañada y propagación y viabilidad de la especie. En cuanto a la significación del daño, el apartado I.2 del anexo I, hace una relación de lo que se considerará como significativo, que podemos sintetizar en las variaciones negativas inferiores a las fluctuaciones naturales consideradas normales para la

¹⁸ GUERRERO ZAPLANA, J. (2012). *Op. cit.* Pág. 52

¹⁹ GARCÍA AMEZ, J. (2015). *Op. cit.* Pág. 101

especie o el hábitat de que se trate, variaciones que obedezcan a causas naturales o a la gestión de espacios naturales protegidos, daños a las especies o hábitats con demostrada capacidad para recuperar en un breve plazo a su estado anterior.

En cuanto a los **responsables y sus responsabilidades**, La LRM establece como sujetos responsables, los denominados operadores, estos serán según el artículo 2.10º: “Cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que desempeñe una actividad económica o profesional o que, en virtud de cualquier título, controle dicha actividad o tenga un poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico.” Para ellos, existen dos tipos de responsabilidad, de acuerdo con el artículo 9 de la LRM:

-Responsabilidad objetiva e ilimitada: Lo serán para aquellos operadores que realicen actividades incluidas en el Anexo III, las cuales obligarán a los operadores a adoptar las medidas de prevención, evitación y reparación del daño necesarios, sin que sea necesario acreditar dolo, culpa o negligencia.

-Responsabilidad subjetiva: El resto de actividades, las cuales no estén incluidas en el anexo III, deberán responder de las medidas de prevención y evitación, y únicamente, si de las medidas de reparación, si son hallados responsables de haber actuado con dolo, culpa o negligencia.

El artículo 13 revela la posibilidad de repetición que tienen los operadores que hayan ejecutado medidas de prevención, evitación o reparación, contra los terceros que sean los causantes del daño.

Como causas de inexigibilidad de la obligación de sufragar las medidas derivadas de la responsabilidad, el artículo 14, establece que en el operador no estará obligado a sufragar los costes imputables a las medidas de prevención, evitación y reparación, cuando los daños o amenazas han sido fruto de la actuación de un tercero, o se han producido en el cumplimiento de una orden la autoridad competente (art. 14.1.b).²⁰ Además el operador no estará obligado a sufragar el coste de las medidas reparadoras cuando, la emisión o hecho dañoso sea fruto de una autorización (art. 14.2.a), en los casos en los que esta la Administración autoriza al operador a realizar una actividad que puede causar un daño ambiental²¹ o, cuando el operador pruebe que el daño fue fruto de una actividad que debido a los riesgos del desarrollo no era posible determinar el daño según el estado de la ciencia y de la técnica (art. 14.2.b). Los requisitos de este último supuesto deberían acreditar que no se incurrió en culpa o

²⁰ En este caso, García Amez, apunta a que la responsabilidad pasaría a la Administración que emitió la orden, siendo esta la responsable del daño. El autor entiende que: “El título de imputación de la responsabilidad, es el hecho de que la Administración ha sido la encargada de guiar al operador en estos casos, y será por tanto la encargada de hacer frente a las medidas de seguridad o de reparación que se deriven de tales casos, ya que no debe olvidarse que esta tiene en sus manos importantes poderes de dirección de la actividad del operador, y por tanto si del ejercicio de tales poderes se derivan daños la Administración deberá hacer frente a los mismos”. Vid. GARCÍA AMEZ, J. (2015). Op. cit. Pág. 302.

²¹ Vid. *Ibidem.* 7.

negligencia por parte del operador y demostrar que debido al estado de la ciencia y la técnica en ese momento, no se pudieron prever los daños.²²

Sostiene García Amez, que tales supuestos de exoneración, en concreto los de los artículos 14.1.b, 14.2.a y 14.2.b, que, ya aparecían recogidos en la Directiva, se encontrarían en confrontación con el “principio quien contamina paga”, pues se excluye expresamente al causante del daño.²³

En lo que respecta a las **medidas que se aplican: las medidas de prevención**, reguladas en el artículo 17.1 LRM, establecen la obligación del operador ante una amenaza inminente de daño de adoptar medidas apropiadas para limitar o impedir la producción del mismo; **las medidas de evitación**, reguladas en el 17.2 LRM, nos dirán que, ante la producción de un daño medioambiental, el operador deberá ejecutar las medidas necesarias para evitar nuevos daños; en lo que respecta a **la reparación**, reguladas en el 19 y siguientes de la LRM, independientemente de si el operador figura en el Anexo III, deberá poner en conocimiento de la autoridad competente el daño medioambiental ocurrido. Ahora bien, para el caso de que medie dolo, culpa o negligencia, los operadores que no figuren en el anexo III deberán cumplir con las medidas de reparación necesarias, en caso contrario no. Los que figuren en el anexo III, habrán de actuar de cualquiera de las formas, dada la responsabilidad objetiva que se les aplica. Las medidas de reparación irán destinadas a reparar, restaurar o reemplazar los recursos naturales y servicios de los mismos, de acuerdo con los criterios establecidos en el anexo II, que diferencia las medidas reparadoras en:

-Primarias: medidas destinadas a la restitución o aproximación de los recursos o servicios dañados a su estado básico.

-Complementarias: si los recursos o los servicios de recursos naturales dañados no se restituyen a su estado básico, se efectuarán reparaciones complementarias, que consistirán en proporcionar recursos naturales o servicios de la forma que lo hubiese hecho el lugar dañado de haber resultado la reparación primaria. En la medida de lo posible se intentará que la nueva ubicación de los recursos y servicios esté vinculado geográficamente al lugar dañado.

-Compensatorias: Tienen como finalidad compensar la pérdida provisional de los recursos o servicios dañados desde que se produjo y hasta la recuperación. Se tratará de aportar mejoras a las especies, hábitats o aguas, en el lugar del daño o en lugar alternativo, y no basar la compensación en una indemnización económica.

En lo que respecta al ámbito temporal de la norma, el artículo 4 de la LRM establece un plazo de caducidad que establece: “no será de aplicación a los daños medioambientales si han transcurrido más de treinta años desde que tuvo lugar la emisión, el suceso o el incidente que los causó.” Añadiendo que: “El plazo se computará desde el día en el que haya terminado por completo o se haya producido por última vez la emisión, el suceso o el incidente causante del daño.” Autores como

²² Vid. *Ibidem*. 7

²³ Cfr. *Ibidem*. 6

García Rocasalva sostiene que, en aras de favorecer al bien jurídico protegido y la aplicación de la norma, el artículo debería reformularse y optar por que el plazo se compute desde el día en el que el “daño terminase por completo”, puesto que la última emisión “siempre abarcará menos tiempo que la finalización completa del daño”.²⁴

3. El aseguramiento de la responsabilidad civil: El contrato de seguro

Hemos analizado anteriormente la responsabilidad que corresponde al sujeto por causar un daño al medioambiente o por contaminación que afecte a particulares y, cual es la vía idónea dependiendo de la naturaleza del daño y las características del mismo. La conclusión a la que podemos llegar es, que todo lo anterior, si verdaderamente no satisface la responsabilidad civil, y por tanto la reparación del daño, tanto el sistema y los esfuerzos realizados perderían su razón de ser. La finalidad última de hallar al sujeto responsable es que este pueda hacer frente a la reparación e indemnización de los daños acaecidos.

Para evitar que se dé la situación de no hacer frente a esta responsabilidad por no tener capacidad económica, expondremos a continuación la utilización del sistema de seguros para garantizar que efectivamente el daño se vea resarcido. Estudiaremos los seguros ambientales con referencia a las actividades profesionales que son las susceptibles de causar mayores daños dada su capacidad para alterar los recursos o transformarlos. Por el contrario, somos conscientes de que un individuo puede causar estragos al medioambiente (ya hemos visto casos de incendios forestales) y que difícilmente podrá hacer frente a su reparación, sin embargo, en principio, la figura del seguro ambiental no sería eficaz en este caso dado que las características de este instrumento no son aplicables a un individuo sin poder objetivar el daño ni cuantificar el riesgo, solo con meras elucubraciones.

Para iniciar el tema del aseguramiento, hemos de comenzar definiendo el **riesgo de contaminación ambiental**, tomando la definición que establece el informe de 2003 de la OCDE sobre Riesgos ambientales y seguros (en adelante, informe OCDE 2003)²⁵ como: “riesgo asociado con las actividades industriales y comerciales que podrían afectar de manera adversa al medio ambiente, causar problemas para la salud

²⁴ Cfr. GARCÍA ROCASALVA (2018): *La responsabilidad medioambiental*. Barcelona. Editorial

Atelier. 1º Edición. Pág. 176

²⁵ MONTI, A. (2003): Policy Issues in Insurance environmental risks and insurance: no. 6.

Organisation for Economic Cooperation and Development [OECD] (2003). Edición en español: Ministerio

de Medio Ambiente (2007): Riesgos Ambientales y Seguros: Un análisis comparativo del papel de los

seguros en la gestión de riesgos relacionados con el medio ambiente. Centro de Publicaciones Secretaría

General Técnica Ministerio de Medio Ambiente. Pág. 9.

humana, daños a la propiedad, contaminar los recursos naturales y afectar a la biodiversidad.” Añade a esta tipo de riesgos tres categorías:²⁶ 1) responsabilidad por daños patrimoniales, 2) responsabilidad por el coste de las medidas de prevención, recuperación y descontaminación y, 3) responsabilidad por el deterioro ecológico a los recursos naturales, biodiversidad, etc.

En consecuencia, hemos de partir de un concepto de contaminación ambiental que debe entenderse como una externalidad negativa por parte de la empresa, pues fruto de su actividad genera un riesgo, que podrá incluso verse materializados en daños a los recursos naturales. Para cumplir con el principio “quien contamina paga”, la empresa ha de “internacionalizar” dichos costes, pues de no hacerlo, se daría pie a continuar con una dirección empresarial orientada en continuar desarrollando la actividad sin reparar los daños o las potenciales amenazas al medioambiente y sus recursos.²⁷ El seguro de responsabilidad civil por daños al medioambiente, actuará de dos maneras: Por un lado, funcionando como un instrumento económico de protección ambiental, pues servirá para que la empresa, mediante el coste que le supone contratar la póliza de seguro, internalice el coste medioambiental de su actividad, que dependiendo del riesgo, será mayor o superior; y por otro, como garantía al cumplimiento de la responsabilidad que pueda generar los daños de su actividad relativo a los costes de prevención, evitación y reparación. El seguro de responsabilidad civil, trasladará el riesgo de los daños o amenazas potenciales a la entidad aseguradora.²⁸

3.1. Distinción entre aseguramiento por daños por contaminación y daños al medioambiente

La diferencia entre ambos radica en que los daños por contaminación cubrirán las reclamaciones relativas a los daños patrimoniales y personales, en cambio los daños al medioambiente, corresponden a los daños a los recursos naturales.

Para ello se han configurado dos tipos distintos de seguro: Seguro de responsabilidad medioambiental y seguro de responsabilidad civil por contaminación. El seguro de responsabilidad civil por contaminación, actualmente no es un seguro obligatorio. Se ofrece por parte de las aseguradoras como opcional, al suscribir el seguro de responsabilidad medioambiental.

La normativa administrativa, en concreto la LRM exige la suscripción de un seguro o constituir otro tipo de garantía financiera para determinadas actividades, pero nada dice del seguro por daños por contaminación, pues excluye dichos daños de la Ley.

²⁶ *Ibidem.* 7

²⁷ *Ibidem.* 8

²⁸ ZUBIRI DE SALINAS, M. (2005): El seguro de responsabilidad civil por daños al medio ambiente. Navarra. Editorial Aranzadi SA. 1º edición. Pág. 52.

Para la configuración de estos seguros, el **Pool Español de Riesgos Medioambientales**,²⁹ elabora unas Condiciones Generales de contratación en relación con el seguro medioambiental, que servirán de base para las compañías de seguro que forman parte de él. El seguro de responsabilidad medioambiental es sobre el que se articula la obligatoriedad de contratación, siendo el seguro de responsabilidad civil por contaminación de carácter voluntario.

3.2. Características del seguro obligatorio según la Ley de Responsabilidad Medioambiental

La Ley 26/2007, de responsabilidad medioambiental, recogió en su artículo 24 la obligación para los operadores de las actividades recogidas en el anexo III de la Ley, de disponer de garantía financiera para hacer frente a la responsabilidad medioambiental por los daños y riesgos inherentes que pudiese entrañar su actividad. Las modalidades de garantía que recoge la Ley son tres: a) póliza de seguro de responsabilidad por daños al medioambiente; b) un aval obtenido por una entidad financiera que opere en España; c) constitución de una reserva técnica en su patrimonio, la cual esté respaldada con inversiones financieras en el sector público. En este análisis nos centraremos como hemos avanzado en la constitución de la póliza de seguro.

Obligados a constituir garantía financiera: El artículo 27 de la LRM, recoge los obligados a constituir garantía financiera, siendo el sujeto garantizado el operador de la actividad profesional o económica y, adicionalmente, los que colaboren con el operador como otros profesionales o subcontratistas.³⁰

Realización de un análisis de riesgos: que según lo establecido en el Reglamento deberá:

- a) Identificar los escenarios accidentales y su probabilidad de ocurrencia;

²⁹ Pool Español de Riesgos Medioambientales. Sitio web. Disponible en:

<https://perm-es.com/cobertura-de-los-seguros>

³⁰ Además, el Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (en adelante, Reglamento), establece en su artículo 37.2.a), que estarán obligados a constituir garantía: “1.º) Las actividades e instalaciones sujetas al ámbito de aplicación del Real Decreto 1254/1999, de 16 de julio, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas.; 2.º) Las actividades e instalaciones sujetas al ámbito de aplicación de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación.; 3.º) Los operadores que cuenten con instalaciones de residuos mineros clasificadas como de categoría A de acuerdo a lo establecido en el Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras.”

b) Estimar el Índice de Daño Medioambiental (en adelante, IDM) a cada escenario accidental (el cálculo actuarial viene fijado en el anexo III del reglamento). El IDM, pretende estimar el daño asociado a cada escenario accidental. Se basa en una serie de estimadores de la cantidad de recurso dañado y de los costes de reparación de los recursos naturales cubiertos por la LRM. Muestra un resultado cuantitativo, pero que permitirá ordenar por orden de magnitud los escenarios accidentales teniendo en cuenta los potenciales daños medioambientales que pueden generar.

c) Calcular el riesgo asociado a cada escenario accidental como el producto entre la probabilidad de ocurrencia del escenario y el IDM.

d) Seleccionar los escenarios con menor IDM asociado que agrupen el 95 por ciento del riesgo total.

e) La cuantía de la garantía financiera se fijará teniendo en cuenta el valor del daño medioambiental del escenario con el índice de daño medioambiental más alto entre los escenarios accidentales seleccionados.

De esta forma, se mantiene un nivel de cobertura elevado teniendo en cuenta que quedan incluidos los escenarios que agrupan el 95% del riesgo total. La exclusión de los escenarios con causas más improbables se justifica debido a que, de tenerlos en consideración, el sobrecoste que supondría sería muy elevado para incluir en la cuantía de la garantía financiera del operador.

En cuanto al **objeto del riesgo**, el Reglamento³¹ establece en su artículo 33, que para el cálculo del daño ambiental, se tendrá en cuenta el escenario con el índice de daño medioambiental más alto entre los escenarios accidentales seleccionados, lo que se traducirá en la cuantía de la garantía financiera. Estableciendo dos pasos:

1º. Cuantificación del daño medioambiental generado en el escenario seleccionado. Para ello, el Reglamento tiene en cuenta tendrá en cuenta la extensión, intensidad y escala temporal del daño y, finalmente, a evaluar su significatividad.²²⁶

2º. Monetización del daño medioambiental generado en el escenario de referencia, que incluye los costes de reparación primaria.

Para la cuantificación del daño y su monetización, la Dirección General de Biodiversidad y Calidad Ambiental, dependiente del Ministerio para la Transición Ecológica, ha elaborado una aplicación informática con el objetivo de servir a los operadores en el cálculo de la cuantía de la garantía financiera.

Este sistema se denomina Modelo de Oferta de Responsabilidad Ambiental (MORA, en adelante), se basa en el cálculo del valor de reposición de los recursos naturales dañados y que están cubiertos por la normativa: suelo, agua, especies, hábitats, rías y ribera del mar, aplicando métodos económicos basados en la curva de oferta.²²⁷

³¹ Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (antes citado)

El Modelo, tiene como finalidad la estimación del coste de reposición de los recursos naturales cubiertos los por LRM expresado en unidades monetarias. Para ello realiza un análisis de caracterización de los daños (según los recursos, los agentes dañosos, las medidas reparadoras que se llevan a cabo), selección de las técnicas de reparación, establecer las funciones para el cálculo del valor de reposición, procedimiento de valoración del daño.

Este modelo presenta una serie de utilidades para los operadores:

- Incrementa el conocimiento que se tiene de los recursos naturales cubiertos por la LRM por medio del coste que supone suministrar cada tipo de recurso.

- La valoración económica permite a los usuarios obtener el riesgo medioambiental de sus actuaciones. Lo que permitirá una mejor gestión del riesgo.

- La determinación y evaluación del riesgo medioambiental ofrece a los operadores la posibilidad de establecer mejor un plan de prevención y evitación del daño.

- La valoración monetaria obtenida del análisis, permitirá al operador saber si debe o no, según lo dispuesto en el artículo 28 de la LRM, constituir garantía financiera. Y, en el caso que tenga que constituir garantía, esta deberá ser acorde a lo estipulado en el artículo 33 del Reglamento.

Por lo que respecta a la **cuantía del seguro**. Los límites que establece la LRM, la fijan en 20 millones de euros, según lo dispuesto en el artículo 30. La determinación de la cuantía, vendrá precedida de la realización del análisis de riesgos ya analizado y deberá garantizar los daños derivados del siniestro. A la cuantía que deriva del análisis de riesgos, se deberá incrementar porcentualmente los costes de prevención y evitación del daño, que el Reglamento establece que deberá realizarse de dos maneras:

a) Aplicar un porcentaje sobre la cuantía total de la garantía obligatoria.

b) Estimar tales costes de prevención y evitación a través del análisis de riesgos medioambientales.

Por último, la **prima del seguro**, que será la prestación que pague el tomador por la contraprestación que ampara la asunción del riesgo por parte de la aseguradora, y que por lo tanto, constituye el precio del seguro. Para su cálculo, las compañías aseguradoras han de contar con los datos precisos del análisis de riesgo y la valoración cuantitativa del daño para así, ofrecer un producto acorde a las capacidades del operador y que satisfaga las necesidades que requiere la Ley.

El **ámbito temporal**, viene reflejado en la Disposición Final Cuarta de la LRM establecía que la fecha para el inicio de la obligación de constituir garantía financiera, vendría determinado por una Orden Ministerial.

De acuerdo con lo anterior, se estableció la Orden ARM/1783/2011, de 22 de junio, por la que se establece el orden de prioridad y calendario para la aprobación de las órdenes ministeriales a partir de las cuales será exigible la garantía financiera obligatoria, previstas en la disposición final cuarta de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, la cual fijo un calendario para la elaboración de las órdenes ministeriales y estableció los plazos para la realización de los análisis de riesgos medioambientales necesarios para el cálculo de la garantía financiera por parte de los operadores.

Posteriormente, la Orden APM/1040/2017, de 23 de octubre, vino a fijar la fecha a partir de la cual será exigible la constitución de la garantía financiera obligatoria prevista en el artículo 24 de la LRM para las actividades del anexo III, clasificándolas con nivel de prioridad 1 y con nivel de prioridad 2 conforme al anexo de la Orden ARM/1783/2011, de 22 de junio. Las actividades con prioridad 1, deberán constituir garantía financiera, un año después de la entrada en vigor de esta Orden, y las clasificadas de prioridad 2, dos años después de la entrada en vigor de la Orden.

La Orden APM/1040/2017 entró en vigor, según su Disposición Final Tercera, el 31 de octubre de 2017, por lo que desde el 31 de octubre de 2018, las actividades con prioridad 1, deben de contar con garantía financiera, y en fecha 31 de octubre de 2019, deberán tener constituida garantía financiera las actividades con prioridad 2.

Esta orden establece que las actividades clasificadas con nivel de prioridad 1 en la Orden ARM/1783/2011, de 22 de junio, deberán disponer de una garantía financiera, un año después de la fecha de entrada en vigor de esta orden y las actividades clasificadas con nivel de prioridad 2 deberán disponer de una garantía financiera, dos años después de la fecha de entrada en vigor de la misma.

El no contar con garantía financiera, de acuerdo con lo aquí expuesto, y según lo previsto en la LRM y Reglamento, supone una infracción muy grave según el régimen de infracciones de la LRM (Capítulo V de la Ley), sancionable con una multa de 50.001 a 2.000.000 euros y/o (dependiendo de la circunstancia) extinción o suspensión de la autorización para ejercer la actividad.

4. Conclusiones

I La regulación ambiental, vemos cómo ha ido en aumento desde el inicio de determinados acuerdos y convenios internacionales expuestos, que han derivado en la creación una preocupación ambiental antes inexistente, y por consiguiente, ello se ha visto reflejado en el derecho interno de los Estados. Por todo ello, la actuación por parte de los Estados se dirige a una protección y preservación del medioambiente, conjugándose con un desarrollo sostenible. Todo ello nos hace conscientes que de los riesgos y peligros del desarrollo, resultan unos daños al medioambiente, que han de ser reparados, lo que es de aprobación por la mayor parte de los Estados y sus ordenamientos.

II La reparación del medioambiente tiene diferentes vías proceder en nuestro ordenamiento: ya sea civil, penal o administrativa. El acudir a una u otra, dependerá de las características del daño, de los bienes afectados, y de quién sea el sujeto que provocó el perjuicio. En ocasiones se puede pensar que el recurso a la vía penal, es más efectivo, pues lo asociamos a un mayor reproche social y a un resultado que puede derivar en penas privativas de libertad que actúan a modo intimidatorio para evitar que se cometan ilícitos. Sin embargo, en materia ambiental lo verdaderamente importante es la prevención y evitar que el daño se produzca, pues la reparación difícilmente puede llevarse a cabo en los mismos términos en los que se encontraba el bien, y tampoco será nunca satisfactoria la responsabilidad civil pues no podrá cubrir

todos los daños, puesto que algunos son intangibles, inmateriales. De esta forma, el recurso a la vía penal se ha de tener como subsidiario, en aras del principio de eficacia y mínima intervención, pues la reparación está supeditada a la condena del culpable, ya que esta nace del delito, pudiendo ser este absuelto, y no viéndose por tanto, la responsabilidad civil satisfecha. No obstante, la vía penal debe seguir coexistiendo pues no se puede garantizar que únicamente la prevención sea suficiente para evitar los daños, y desgraciadamente, continuaremos viendo procedimientos penales incoados por daños al medioambiente, a su fauna y su flora, a los que la prevención no pudo llegar, mereciendo estos ser enjuiciados.

El recurso a la vía civil, actúa para los casos en los que se encuentren afectados bienes patrimoniales y de titularidad individual, incluyendo los daños morales, acudiendo al amparo de la responsabilidad extracontractual, artículos 1902 y 1908 del Código Civil. Nos encontraríamos en un caso similar a la vía penal, pues el procedimiento es largo, tedioso y oneroso para las víctimas, que es posible que nunca vean resarcido su derecho o satisfechas con la reparación, aunque esta se produzca.

A ello, se le añade el inconveniente de que la persona que debe hacerse cargo de la reparación por ser el responsable, puede ser insolvente, no habiendo ninguna manera de ejecutar por tanto el principio “quien contamina paga”, ni por tanto la sentencia, pues difícilmente podrá responder. Es necesario una ley que regule los daños por contaminación y la obligatoriedad de su aseguramiento para ciertos sectores profesionales, e incluso actividades que tengan incidencia en el medio natural.

El recurso a la vía administrativa, se anticipa a la producción del daño, pues articula una serie de normas que pretenden actuar de controlando a las actividades con riesgo de provocar un daño, regulando dicha actividad e imponiendo una serie de licencias, sanciones en caso de incumplimiento, etc. La ley de responsabilidad medioambiental, recoge los principios de prevención y quien contamina paga, obligando a las actividades profesionales sujetas a la ley a hacerse cargo de las labores de prevención, evitación y reparación del daño, imponiendo una responsabilidad objetiva o subjetiva dependiendo del tipo de actividad.

Sin duda, uno de los puntos más interesantes es la incorporación del seguro de responsabilidad por daños al medioambiente y como actuará de forma preventiva, pues, las empresas que suscriban un seguro deben cumplir los requisitos que exige la ley en materia de prevención y contar con todos los permisos administrativos que garanticen que la actividad y el lugar donde se desarrollan cumple con los protocolos establecidos en materia de seguridad y evitación de riesgos. Ello hace que aparte del control que ejerce la Administración, exista un doble filtro, que sitúa a la aseguradora en una posición de inspección igualmente, pues si no se cumple los requisitos, la actividad no será asegurable, y si no es asegurable, no se podrá obtener la licencia para desarrollar la actividad.

En consecuencia, y dado que esto no es aplicable a todas las empresas, y como vemos solamente será obligatorio para las que cuentan con un mayor riesgo, entendemos que la obligación de aseguramiento, deberá de ir ampliándose paulatinamente al resto de empresas con incidencia en el medioambiente, aunque sea de riesgo bajo. De igual forma, reiteramos que la cobertura por daños por

contaminación, deberá pasar a ser de suscripción obligatoria para garantizar la cobertura de dichos daños.

III En cuanto a las normas administrativas, en el caso nacional, es una cuestión que deberá abordarse más pronto que tarde. La multitud de normas que existen no hace que la protección del medioambiente sea más efectiva. Es más eficaz un menor número de normas que se apliquen que muchas que no lo hagan. El estado autonómico no ayuda en este sentido ya que en muchas ocasiones las propias comunidades no atienden a la igualdad y uniformidad del resto de las regiones y en ocasiones parece que hay una batalla por querer llegar a ser la comunidad que dota de mayor protección al medioambiente, sin sepamos si es realmente efectivo o, por el contrario se está causando un mayor perjuicio al provocar un efecto frontera entre regiones, lo que ya no creará ciudadanos de segunda, si no ecosistemas de segunda.

IV La prevención ha de ser donde los Estados, y sus Administraciones públicas, centren todos sus esfuerzos. La vía judicial ha de ser entendida como residual en la lucha por la preservación y conservación, pues como vemos, la reparación, difícilmente igualará o satisfará la situación anterior de los bienes naturales dañados. Por todo ello, entendemos que la educación ambiental, el conocimiento de los riesgos de nuestras sociedades, sensibilización por el medio natural, nos hará comprender que nuestro hogar y calidad de vida, forma parte también del medioambiente y que por ello, se consiga que no se contamine no por el hecho de evitar una sanción, sino porque el hacerlo repercutirá negativamente en nuestra salud y forma de vida.

En materia de prevención, habremos de valernos del desarrollo de la tecnología para el control de los recursos, como el uso de drones, satélites, etc. Algo que se encuentra en pleno desarrollo.

Aún queda mucho trabajo por hacer. No todos los Estados cuentan con la misma sensibilización en torno a la protección del medioambiente, y ello se comprende pues a mayor desarrollo económico y social, se deriva una mayor preocupación por el medioambiente. Esto nos lleva a que no podamos evitar que los Estados menos desarrollados usen sus recursos naturales para desarrollarse, pues ya en Europa lo hicimos hace siglos, abriéndonos paso a fuego y convirtiendo el bosque en pastos. Hemos de ser comprensivos con dichos Estados y proporcionarles toda la ayuda para que su desarrollo sea lo más sostenible posible, pero nunca desde las sanciones y ataques políticos que de manera cínica critican actuaciones o desastres medioambientales, mientras en sus propios países no son capaces de solventar los problemas medioambientales que existen, siendo cómplices en muchos casos de los daños.

5. Bibliografía

- Canosa Usera, R. (2000): *Constitución y Medio Ambiente*. Madrid. Editorial Dykinson SL. 1º edición.
- García Amez, J. (2015): *Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*. Navarra. Editorial Aranzadi. 1º edición.

- García Rocasalva (2018): La responsabilidad medioambiental. Barcelona. Editorial Atelier. 1º Edición.
- Guerrero Zaplana, J. (2010): La responsabilidad medioambiental en España. Madrid. Editorial La Ley. 1º edición. Pág. 254.
- García Amez, J. (2015): Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente. Navarra. Editorial Aranzadi. 1º edición.
- Handl, G. (2012): Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm Declaration), 1972 and the Rio Declaration on Environment and Development, 1992. United Nations Audiovisual Library of International Law. Disponible en: http://legal.un.org/avl/pdf/ha/dunche/dunche_e.pdf (Inglés)
- Monti, A. (2003): Policy Issues in Insurance environmental risks and insurance: no. 6. Organisation for Economic Cooperation and Development [OECD] (2003). Edición en español: Ministerio de Medio Ambiente (2007): Riesgos Ambientales y Seguros: Un análisis comparativo del papel de los seguros en la gestión de riesgos relacionados con el medio ambiente. Centro de Publicaciones Secretaría General Técnica Ministerio de Medio Ambiente.
- Santa Cecilia García, F. (2011): Medio ambiente y reparación del daño. En Sánchez de la Torre, A., Hoyo Sierra, I.A., (2011). Textos Jurídicos y contextos sociales en F.A HAYEK. Madrid. Editorial Dykinson SL. 1º edición.
- Santa Cecilia García, F. (2013): Accesoriedad y bien jurídico en delitos medioambientales: una constante paradójica. En Martínez-Torrón, J., Meseguer Velasco, S., Palomino Lozano, R. (2013). Religión, Matrimonio y Derecho ante el siglo XXI. Volumen II. Madrid. Editorial IUSTEL. 1º edición
- Ruda González, A. (2008): El Daño Ecológico Puro. La responsabilidad civil por deterioro al Medio Ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental. Navarra. Editorial Aranzadi. 1º edición.
- Vázquez González, C. (2017): Capítulo 3. Relaciones del derecho penal ambiental y el derecho administrativo. En Serrano Tárraga, M. D., Serrano Maíllo, Vázquez González, C. (2017). Tutela Penal Ambiental. Madrid. Editorial Dykinson SL. 3º edición.
- Vercher Noguera, A., Díez-Picazo, G., Castañón del Valle, M. (2003). Responsabilidad Ambiental. Penal, Civil y Administrativa. Madrid. Editorial Ecoiuris. 1º edición.
- Zubiri de Salinas, M. (2005): El seguro de responsabilidad civil por daños al medio ambiente. Navarra. Editorial Aranzadi SA. 1º edición. Pág. 52.