

Responsabilidad medioambiental en la Unión Europea

Carlos de Miguel Perales¹

SUMARIO

I. Introducción. II. Daños a los que se refiere la directiva. Otras definiciones. III. Sujetos responsables. IV. Obligaciones de los operadores. V. Otras cuestiones de interés de la directiva. VI. Conclusión.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad ambiental; Unión Europea; daño ambiental; responsabilidad objetiva; reparación ambiental; prevención ambiental.

KEYWORDS

Environmental liability; European Union; environmental damage; strict liability environmental remediation; environmental prevention.

RESUMEN

La Directiva 2004/35 supone un intento ambicioso de proteger el medio ambiente en la Unión Europea mediante un régimen de responsabilidad de amplio ámbito de aplicación, en gran parte objetivo y con obligaciones relevantes para los operadores, si bien plantea ciertas cuestiones complejas, tales como la identificación del daño ambiental que merece reparación o la forma en que debe repararse dicho daño. Quizás estas complejidades están en la raíz de la aparente falta de aplicación generalizada de esta norma en los estados miembros de la Unión. La experiencia de esta norma en Europa debe servir para que en otras regiones o países puedan prepararse normas que, en la línea de una mejor protección del medio ambiente, sirvan para alcanzar una aplicación más eficaz.

ABSTRACT

Directive 2004/35 is an ambitious attempt to protect the environment in the European Union by means of a liability regime with a wide scope of application, of a mainly strict nature and with relevant obligations for the operators; however, it also poses certain complex questions, such as the identification of the environmental damage that must be repaired or the way in which such damage should be repaired. Maybe these complexities have caused the apparent lack of general application of this rule in the European Union Member States. The experience of this rule in Europe should be useful for other regions or countries when preparing laws that, in line with a better protection of the environment, achieve a more effective application.

¹ Profesor de Derecho del Medio Ambiente y Derecho Civil de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid. Profesionalmente, ejerce como Socio del Área Ambiental de la oficina de Madrid de Uría Menéndez.

I. Introducción

1.1 En la Unión Europea hay un sinnúmero de normas, fundamentalmente directivas, que tienen como objeto la protección del medio ambiente. A modo de ejemplo, y sin ánimo exhaustivo, pueden citarse como algunas relevantes las siguientes:

- Directiva 79/409, relativa a la conservación de las aves silvestres.
- Directiva 87/217, sobre la prevención y la reducción de la contaminación del medio ambiente producida por el amianto.
- Directiva 91/271, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas.
- Directiva 92/43, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.
- Directiva 94/62, relativa a los envases y residuos de envases.
- Directiva 1999/31, relativa al vertido de residuos.
- Directiva 2000/60, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas.
- Directiva 2006/21, sobre la gestión de los residuos de industrias extractivas.
- Directiva 2008/1, relativa a la prevención y al control integrado de la contaminación.
- Directiva 2008/50, de calidad del aire ambiente y fomento de una atmósfera más limpia en Europa.
- Directiva 2008/56, por la que se establece un marco de acción comunitaria para la política del medio marino.
- Directiva 2008/98, de residuos.
- Directiva 2008/99, relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal.
- Directiva 2009/41, relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente.
- Directiva 2012/18, relativa al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas.

Como decimos, esta lista no es, en absoluto, exhaustiva. Hay muchas más normas europeas que pretenden proteger el medio ambiente.

Las directivas, a diferencia de los reglamentos europeos, no tienen, al menos en teoría, aplicación directa a los ciudadanos, salvo excepciones según la jurisprudencia: son los estados miembros los que deben dictar sus propias normas nacionales en línea con lo que establecen las directivas; de tal forma que, a la vez que se garantiza cierta uniformidad en toda la Unión Europea, se da un margen de discreción para que las normas se adapten a las características de cada estado miembro.

No es objeto de este trabajo centrarse en los regímenes de los estados miembros de la Unión Europea en materia de responsabilidad ambiental. Tampoco lo es centrarse en los regímenes de responsabilidad que pudieran llamarse “tradicionales”, en cuanto se refieren al esquema ya conocido de obligación específica (no verter, no emitir, etc.) —incumplimiento— sanción. En este trabajo nos vamos a centrar en un régimen especial de responsabilidad, al que llamamos “responsabilidad ambiental”, y que se aprobó mediante la Directiva 2004/35, que trata sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

1.2 El objeto de la directiva es establecer un marco de responsabilidad medioambiental basado en el principio de “quien contamina paga”, esto para la prevención y la reparación de los daños medioambientales (artículo 1).

La directiva establece un régimen de responsabilidad en parte objetiva y en parte subjetiva.

El régimen es objetivo, es decir, resulta de aplicación, aunque no exista dolo o negligencia, respecto de los daños medioambientales y de las amenazas inminentes de tales daños (según se definen estos conceptos más adelante) causados por alguna de las actividades profesionales enumeradas en el anexo III de la directiva (artículo 3.1.a).

En cambio, el régimen de responsabilidad es subjetivo para los daños causados a las especies y hábitats naturales protegidos —no, por tanto, para cualesquiera otros daños ambientales— por actividades profesionales distintas de las enumeradas en el anexo III y para cualquier amenaza inminente de tales daños debido a alguna de esas actividades. En este caso, la responsabilidad existe solo si ha habido culpa o negligencia por parte del operador (artículo 3.1.b).

No tiene sentido reproducir aquí en su integridad el texto del anexo III. Baste con listar sucintamente los tipos más relevantes de actividades incluidas en él: instalaciones sujetas a un permiso bajo el régimen de prevención y al control integrados de la contaminación; actividades de gestión de residuos; vertidos en aguas interiores superficiales o subterráneas sujetas a autorización previa; captación y represamiento de aguas sujetos a autorización previa; fabricación, utilización, almacenamiento, transformación, embotellado, liberación en el medio ambiente y transporte in situ de ciertas sustancias peligrosas, preparados peligrosos, productos fitosanitarios y biocidas; transporte de ciertas mercancías peligrosas o contaminantes; explotación de ciertas instalaciones industriales sujetas a una autorización de emisiones a la atmósfera; utilización confinada, incluido el transporte, de microorganismos modificados genéticamente; liberación intencional en el medio ambiente, transporte y comercialización de organismos modificados genéticamente; ciertos traslados transfronterizos de residuos dentro, hacia o desde la Unión Europea; gestión de residuos de extracción; y explotación de emplazamientos de almacenamiento geológico de dióxido de carbono.

Además, se trata de un régimen de responsabilidad que se aplica sin perjuicio de otras normas más rigurosas, sean comunitarias o de los estados miembros (arts. 3.2 y 16.1).

II. Daños a los que se refiere la directiva. Otras definiciones

Como he dicho, la directiva tiene por objeto establecer un marco de responsabilidad medioambiental para la prevención y la reparación de los daños medioambientales. Conocer qué son esos “daños medioambientales” es, pues, esencial.

1. En primer lugar, “daño” se define como 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 (artículo 2.2).

No se incluyen los cambios que tengan un efecto positivo. Tampoco los cambios que no pueden ser medidos, lo cual puede no entenderse completamente, ya que la directiva no aclara en qué términos deben medirse.

Por otro lado, el daño tiene que afectar a un recurso natural, es decir, las especies y los hábitats naturales protegidos, el agua y el suelo (artículo 2.12) o a los servicios de recursos naturales, esto es, a las funciones que desempeña uno de esos recursos naturales en beneficio de otro recurso natural o del público (artículo 2.13).

Para entender los anteriores conceptos, aún es necesario definir algunos términos más. Así, “especies y hábitats naturales protegidos” refiere a, por un lado, ciertas especies mencionadas en dos directivas antes citadas (las número 79/409 y 92/43) y, por otro, a los hábitats de algunas de las especies mencionadas en esas mismas dos directivas. Los estados miembros pueden ampliar este concepto (artículo 2.3).

Como se ha dicho (ver sección 1.2 anterior), el objeto de la directiva es prevenir y reparar “daños medioambientales”. Estos daños se definen como sigue (artículo 2.1):

(i) Los daños a las especies y hábitats naturales protegidos, entendidos como cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de dichos hábitats o especies. El carácter significativo de dichos efectos se evaluará en relación con el estado básico, teniendo en cuenta los criterios recogidos en el anexo I de la directiva.

De acuerdo con el anexo I de la directiva, el carácter significativo del daño que produzca efectos adversos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de hábitats o especies se evaluará en relación con el estado de conservación que tuvieron al producirse el daño, con las prestaciones ofrecidas por las posibilidades recreativas que generan y con su capacidad de regeneración natural. A estos efectos, el anexo I establece una serie de ejemplos de datos mensurables sobre la base de los cuales deberían determinarse los cambios adversos significativos, tales como el número de individuos, su densidad o la extensión de su zona de presencia, el papel de los individuos concretos o de la zona dañada en relación con la especie, o la conservación de su hábitat. Los daños con efectos demostrados en la salud humana deben clasificarse como daños significativos.

Por contra, no tienen el carácter de daños significativos las variaciones negativas inferiores a las fluctuaciones naturales consideradas normales para la especie o el hábitat de que se trate, las variaciones negativas que obedecen a causas naturales o se derivan de intervenciones relacionadas con la gestión corriente de los parajes, ni los daños a especies o hábitats con demostrada capacidad de recuperar, en breve plazo y sin intervención, el estado básico o bien un estado que, tan solo en virtud de la dinámica de la especie o del hábitat, dé lugar a un estado equivalente o superior al básico.

(ii) Los daños a las aguas, entendidos como cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en el estado ecológico, químico o cuantitativo, o en el potencial ecológico de las aguas en cuestión (según se definen en la Directiva 2000/60 antes citada) o en el estado ecológico de las aguas marinas en cuestión (según se define en la Directiva 2008/56 también citada antes).

Por contra, no tienen la consideración de daños a las aguas los efectos adversos a los que se refiere el artículo 4.7 de la Directiva 2000/60.

Este artículo 4.7 se refiere a supuestos en los que se considera que los estados miembros no han infringido la directiva cuando, por ejemplo, el hecho de no evitar el deterioro

desde el excelente estado al buen estado de una masa de agua subterránea se deba a nuevas actividades humanas de desarrollo sostenible, siempre que se cumplan una serie de condiciones, tales como que se adopten todas las medidas factibles para paliar los efectos adversos en el estado de la masa de agua o que los beneficios obtenidos con dichas modificaciones o alteraciones de la masa de agua no puedan conseguirse por motivos de viabilidad técnica o de costes desproporcionados, o por otros medios que constituyan una opción medioambiental significativamente mejor.

(iii) Los daños al suelo, entendidos como cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana debido a la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o el subsuelo.

La definición de daños al suelo no recoge todos los posibles supuestos en que un suelo pueda verse afectado por actividades humanas, pues dejan afuera efectos tales como erosión, salinización o empobrecimiento.

Como se ve, las definiciones que recoge la directiva son ciertamente complejas, más si se tiene en cuenta que hay excepciones y que, para comprender completamente su significado, hay que atender a otras definiciones complementarias, como son las de “estado de conservación”, “estado de conservación favorable”, “aguas” y “estado básico” (apartados 4, 5 y 14 del artículo 2).

2. Nótese que la definición de daño medioambiental a especies silvestres y hábitats comparte con las demás definiciones de daños medioambientales el hecho de ser significativa, lo cual sin duda introduce un elemento de valoración muy relevante y que puede dificultar la aplicación práctica de la directiva, pero, más aún, el daño medioambiental a especies silvestres y hábitat añade una característica especial que los demás daños medioambientales no tienen, y es aquella que tiene como consecuencia producir efectos adversos significativos no directamente en la especie silvestre o hábitat de que se trate, sino en la posibilidad de alcanzar o mantener el estado favorable de conservación de ese hábitat o especie.

Sobre esta cuestión merece la pena destacar dos aspectos: en primer lugar, el efecto adverso significativo se refiere a la “posibilidad”. Literalmente entendido, basta con que sea “posible”, aunque muy poco probable, que no se pueda alcanzar o mantener el estado favorable de conservación del que estamos hablando, para que entonces se entienda producido el daño. Esta interpretación no me parece correcta. “Posibilidad” debe entenderse aquí, más bien, como “probabilidad” relevante (o, si queremos, significativa) de que no se alcance o mantenga el estado favorable de conservación del que se esté hablando.

En segundo lugar, la posibilidad a la que me vengo refiriendo es la de alcanzar o mantener el estado favorable de conservación. Podemos, por tanto, encontrarnos en un supuesto de un hábitat o una especie que se encontraban en proceso de llegar a tener un estado de conservación favorable y que, por causa del daño acaecido, se ve interrumpido en ese proceso. Se trata de una ampliación del concepto de “daño” a tener en cuenta.

3. Para delimitar correctamente el ámbito de daños a los que se refiere la directiva, debemos hacer referencia, por último, a aquel grupo de daños a los que la directiva no se aplica.

Nos encontramos, en primer lugar, con daños a la atmósfera. Parece lógico que la directiva no se aplique a este tipo de daños, en la medida en que en muchas ocasiones de afección a la atmósfera estaremos ante lo que podríamos llamar contaminación de carácter difuso (me remito a la exclusión a que me referiré a continuación) o, en todo caso, supuestos en los que la identificación del causante del daño será muy difícil. Sí se aplicará la directiva a los daños a especies y hábitat naturales protegidos, aguas o suelo producidos a través de una afección a la atmósfera. Pensemos, por ejemplo, en supuestos de lluvia ácida: en la medida en que alguno de los elementos ambientales citados se vea afectado, la directiva debe aplicarse.

En este sentido, el considerando 4 de la directiva dice que por daño ambiental debe entenderse también los daños provocados por elementos transportados por el aire siempre que causen daños a las aguas, al suelo o a especies y hábitat naturales protegidos.

Quedan también excluidos de la directiva los daños medioambientales causados por una contaminación de carácter difuso, esto es, aquellos en los que no es posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos (artículo 4.5 a contrario). Tampoco se aplica la directiva a los daños medioambientales ni a las amenazas inminentes de tales daños provocados por un acto derivado de un conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección; un fenómeno natural excepcional, inevitable e irresistible; actividades cuyo principal propósito sea servir a la defensa nacional o a la seguridad internacional; o cuyo único propósito sea la protección contra los desastres naturales (apartados 1 y 6 del artículo 4).

Tampoco se aplica la directiva a los daños medioambientales o amenazas inminentes de tales daños cuando surjan de incidentes cuyas responsabilidades o indemnizaciones están reguladas por los convenios internacionales de 27 de noviembre de 1992 (dos convenios) y 23 de marzo de 2001, sobre contaminación por hidrocarburos; por el Convenio Internacional de 3 de mayo de 1996, sobre transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas; y por el Convenio de 10 de octubre de 1989, sobre transporte de mercancías peligrosas por carretera, ferrocarril y vías navegables. Del mismo modo, no se aplica la directiva a los riesgos nucleares ni a los daños medioambientales o amenazas inminentes de tales daños causados por actividades contempladas en el tratado por el que se establece la Comunidad Europea de la Energía Atómica, o en convenios internacionales sobre energía nuclear de 29 de julio de 1960, 21 de mayo de 1963, 12 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1988 y 17 de diciembre de 1971 (apartados 2 y 4 del artículo 4).

La directiva se aplica sin perjuicio del derecho del operador a limitar su responsabilidad de acuerdo con las normas sobre reclamaciones de derecho marítimo y navegación interior (Protocolo de 1996, que enmienda el Convenio de 19 de diciembre de 1976, y Convenio de Estrasburgo de 1988) (artículo 4.3).

De forma destacada, la directiva no da derechos de indemnización a los particulares (artículo 3.3). Esto significa, como dice el considerando 14, que la directiva no se aplica a las lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños.

En consecuencia, habrá daños patrimoniales que podrán ser reparados bajo la directiva (por ejemplo, daños a un suelo de propiedad privada) y otros daños que no lo sean (por

ejemplo, lesiones a las personas o daños a animales domésticos). Los estados miembros pueden adoptar medidas sobre situaciones en las que pueda producirse una doble recuperación como consecuencia del ejercicio concurrente de acciones de una autoridad competente en virtud de la directiva y de una persona cuya propiedad sufra daños medioambientales (artículo 16.2). En concreto, los estados miembros pueden —y, yo diría, deben— prohibir la doble recuperación de los costes.

Hasta aquí se han explicado las exclusiones de daños en función de su naturaleza. La directiva incluye todavía exclusiones de daños en función del momento en que se han causado. Así, la directiva no se aplica a los daños causados por una emisión, suceso o incidente que se haya producido antes del 30 de abril de 2007, ni a los causados después de dicha fecha si derivan de una actividad específica realizada y concluida antes (primer y segundo párrafo del artículo 17). Se trata de dos reglas de irretroactividad que, teniendo en cuenta el régimen especialmente estricto que establece la directiva, parece adecuada. No se olvide, en todo caso, lo dicho antes: el régimen de la directiva se aplica sin perjuicio de que existan otros regímenes más exigentes y, por lo tanto, si otra norma establece un régimen retroactivo, se aplicará este, de tal modo que la irretroactividad de la directiva no servirá de defensa.

Tampoco se aplica la directiva si han transcurrido más de 30 años desde que tuvo lugar la emisión, suceso o incidente que los produjo (tercer párrafo del artículo 17).

III. Sujetos responsables

Hasta este momento me he centrado en explicar algunos aspectos objetivos de la directiva. Antes de continuar explicando otros contenidos de esta, es preciso identificar qué sujetos quedan afectados por ella.

En este sentido, la figura central es el “operador”, que se define como cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que desempeñe o controle una actividad profesional o, si así lo dispone la legislación nacional del Estado miembro en cuestión, que ostente, por delegación, un poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico. Se incluye en este concepto el titular de un permiso o autorización para la actividad y la persona que la registre o notifique (artículo 2.6).

La directiva también define lo que debe entenderse por “actividad profesional”: toda aquella efectuada con ocasión de una actividad económica, un negocio o una empresa, con independencia de su carácter público o privado y de que tenga o no fines lucrativos (artículo 2.7). Como puede observarse, es una definición muy amplia.

Como se ha adelantado ya, los operadores quedan sujetos a un distinto régimen jurídico según que la actividad que desarrollen esté incluida o no en el anexo III de la directiva. Los operadores de actividades del anexo III están sujetos a un régimen más estricto.

IV. Obligaciones de los operadores

Una vez explicado el objeto de la directiva, los daños a los que se refiere y las personas que resultan obligadas a su cumplimiento, es momento de exponer cuáles son las principales obligaciones que se imponen en ella.

1. En primer lugar, el operador debe adoptar sin demora las medidas preventivas necesarias cuando aún no se hayan producido daños medioambientales pero exista una amenaza inminente de que se produzcan (artículo 5.1). Cuando los daños se hayan producido, el operador debe adoptar todas las medidas posibles para, de forma inmediata, controlar, contener, eliminar o hacer frente de otra manera a los contaminantes de que se trate y a cualesquiera otros factores perjudiciales, con objeto de eliminar o impedir mayores daños medioambientales y efectos adversos para la salud humana o mayores daños en los servicios. Debe, además, definir las medidas reparadoras necesarias y someterlas a la aprobación de la autoridad competente, salvo que la autoridad ya haya exigido al operador la adopción de medidas o las haya adoptado por sí misma (arts. 6.1 y 7.1).

La autoridad competente decidirá las medidas reparadoras que deben aplicarse de acuerdo con el anexo II, si fuese necesario con la cooperación del operador correspondiente (artículo 7.2).

Este anexo distingue entre reparación de daños a las aguas o a las especies y hábitat naturales protegidos, por un lado, y a los daños al suelo, por otro.

Por lo que atañe a las aguas o a las especies y hábitat naturales protegidos, la reparación del daño medioambiental se consigue restituyendo el medio ambiente a su estado básico mediante medidas reparadoras primarias, complementarias y compensatorias. Asimismo, supone eliminar todo riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana.

Los conceptos de reparación primaria, complementaria y compensatoria son así muy importantes en la práctica, ya que determinarán la extensión de la obligación de reparación a cargo del operador.

“Reparación primaria” es toda medida reparadora que restituye o aproxima los recursos naturales o servicios dañados a su estado básico. Es lo que podríamos llamar, en términos civiles de derecho continental (como opuesto al *common law*), la reparación *in natura* tradicional.

Por su lado, la “reparación complementaria” hace referencia a toda medida reparadora adoptada en relación con los recursos naturales o servicios para compensar el hecho de que la reparación primaria no haya dado lugar a la plena restitución de los recursos naturales o servicios de recursos naturales dañados. Así, se está haciendo referencia al supuesto en que la reparación primaria no ha sido completa y se adopta otra medida correctora que tiende a suplir esta falta.

Por último, la “reparación compensatoria” se refiere a toda acción adoptada para compensar las pérdidas provisionales de recursos naturales o servicios que tienen lugar desde la fecha en que se produjo el daño hasta el momento en que la reparación primaria haya surtido todo su efecto. Estamos, pues, ante el reconocimiento de que la reparación primaria no va a ser efectiva desde el mismo momento en que se adopta, por lo cual deben tomarse acciones que suplan esa falta temporal.

Junto con estas tres definiciones deben tenerse en cuenta todavía dos más. Por un lado, la definición de “pérdidas provisionales”, que se refiere a las pérdidas derivadas del hecho de que los recursos naturales o servicios dañados no puedan desempeñar sus funciones ecológicas ni prestar servicios a otros recursos naturales o al público hasta que hayan

surtido efecto las medidas primarias o complementarias. No pueden consistir en una compensación financiera al público y se compensan con la reparación compensatoria.

Por otro lado, tenemos la definición de “estado básico”, que se contiene en el artículo 2.14. Por tal se entiende el estado en que, de no haberse producido el daño medioambiental, se habrían hallado los recursos naturales y servicios en el momento en que sufrieron el daño, considerado a partir de la mejor información disponible.

A partir de aquí, el anexo II recoge con detalle los objetivos de la reparación (primaria, complementaria y compensatoria) y la determinación de las medidas reparadoras (primarias, complementarias y compensatorias), que habrán de aplicarse caso por caso en función de cada situación concreta.

Por último, en lo que se refiere a este tipo de daños, el anexo II recoge los criterios para elegir las mejores medidas reparadoras en cada caso concreto. Entre estos criterios, destaca el efecto de cada opción en la salud y en la seguridad en el ámbito público, su probabilidad de éxito y el periodo de tiempo necesario para que sea efectiva la reparación.

Por lo que se refiere a los daños al suelo, el anexo II establece que se adoptarán las medidas necesarias para garantizar, como mínimo, que se eliminen, controlen, contengan o reduzcan los contaminantes del que se trate; de modo que el suelo contaminado, habida cuenta de su uso actual o su futuro uso planificado en el momento del daño, deje de suponer un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana.

De esta regla destaco dos aspectos que pueden ser muy relevantes en la práctica: por un lado, la existencia del riesgo se determina en referencia no a cualquier uso del suelo sino al uso actual o futuro ya planificado. Con esto se limita la responsabilidad del operador y se da certidumbre al régimen de responsabilidad, evitando dejar abierta la responsabilidad respecto de usos no autorizados en el momento en que se exige la recuperación del suelo.

Por otro lado, la directiva admite de recuperación natural, es decir, sin ninguna intervención directa del ser humano en el proceso de recuperación.

Como se puede ver, el contenido del anexo II es ciertamente complejo pero imprescindible para una aplicación adecuada de la directiva.

2. Como segunda obligación, tras la de adoptar medidas de prevención y reparadoras, destaca la general de mantener informada a las autoridades. Así, cuando, pese a las medidas adoptadas por el operador, no desaparezca la amenaza inminente de que se produzca daño medioambiental, el operador debe comunicar lo antes posible todos los aspectos pertinentes de la situación a la autoridad competente (artículo 5.2). De forma similar, cuando el daño ya se ha producido, el operador debe informar sin demora de todos los aspectos pertinentes de la situación a la autoridad competente, y esta puede exigir en cualquier momento al operador que facilite información adicional (apartados 1 y 2.a del artículo 6).

3. En tercer lugar, la directiva otorga amplios poderes a las autoridades competentes, que se corresponden con las consiguientes obligaciones de los operadores. Desde ese punto de vista, teniendo en cuenta todas las potestades que se conceden a las autoridades, puede decirse, desde la perspectiva del derecho continental, que estamos ante un régimen de responsabilidad administrativa, ya que el operador responde frente a la administración pública.

En concreto, la autoridad competente puede en cualquier momento:

- Exigir al operador que facilite información sobre toda amenaza inminente de daño medioambiental o cuando sospeche que va a producirse esa amenaza (artículo 5.3.a), así como información adicional sobre cualquier daño que se haya producido (artículo 6.2.a);
- Exigir al operador que adopte las medidas preventivas o reparadoras necesarias (arts. 5.3.b) y 6.2.c);
- Dar al operador instrucciones sobre las medidas preventivas o reparadoras necesarias que deberá adoptar (arts. 5.3. c y 6.2.d);
- Adoptar por sí misma las medidas preventivas necesarias (arts. 5.3.d y 6.2.e); y
- Adoptar, exigir al operador que adopte, o dar instrucciones al operador respecto de todas las medidas posibles para, de forma inmediata, controlar, contener, eliminar o hacer frente de otra manera a los contaminantes del que se trate y a cualesquiera otros factores perjudiciales, con objeto de limitar o impedir mayores daños medioambientales, efectos adversos para la salud humana o mayores daños en los servicios (artículo 6.2).

En ciertas ocasiones (incumplimiento por el operador de sus obligaciones, o casos en los que el operador no puede ser identificado o no está obligado a sufragar los costes —ver Sección 4.4 siguiente—), la propia autoridad competente podrá adoptar medidas preventivas o reparadoras (artículos 5.4 y 6.3).

Además, la autoridad competente podrá fijar las prioridades de reparación del daño medioambiental cuando se hayan producido varios casos de daños medioambientales, de manera tal que le resulte imposible hacer que todas las medidas reparadoras necesarias se adopten al mismo tiempo (artículo 7.3).

Destaca la obligación que tiene la autoridad competente de invitar a las personas en cuyas tierras hayan de aplicarse las medidas reparadoras a presentar sus observaciones y a tenerlas en cuenta (artículo 7.4). A los mismos efectos, la autoridad debe también invitar a las personas físicas o jurídicas que se vean o puedan verse afectadas por un daño medioambiental, o que tengan un interés suficiente en la toma de decisiones de carácter medioambiental relativas al daño, o que aleguen la vulneración de un derecho (si así lo exige como requisito previo la legislación de procedimiento administrativo de un Estado miembro); de hecho, estas personas, además de poder presentar a la autoridad competente observaciones en relación con los casos de daño medioambiental o de amenaza inminente de tal daño que obren en su conocimiento, pueden también solicitar a la autoridad competente que actúe en virtud de la directiva (artículo 12.1).

Se considerará “interés suficiente” a estos efectos el de las organizaciones no gubernamentales que trabajen en la protección del medio ambiente y que cumplan los requisitos establecidos por la legislación nacional que corresponda. Se considerará, asimismo, que dichas organizaciones tienen derechos que pueden ser vulnerados.

Estas personas también podrán presentar recursos ante un tribunal o cualquier otro órgano público independiente e imparcial sobre la legalidad procedimental y sustantiva de las decisiones, actos u omisiones de la autoridad competente (artículo 13.1).

Por último, respecto a los poderes de la autoridad competente, reitera el artículo 11.2 algunos conceptos ya avanzados, al decir que le corresponde establecer qué operador ha causado el daño o la amenaza inminente de este, evaluar la importancia del daño y determinar qué medidas reparadoras han de adoptarse de acuerdo con el anexo II. A tal efecto, podrá exigir al operador que efectúe su propia evaluación y que facilite todos los datos e información que se precisen. También podrá facultar o requerir a terceros para que ejecuten las medidas preventivas o reparadoras necesarias (artículo 11.3).

4. Como puede deducirse de lo que he venido explicando hasta aquí sobre las obligaciones de los operadores, la parte más importante es la que se refiere a la necesidad de tomar medidas preventivas y reparadoras en los casos que impone la directiva sobre la base del principio “quien contamina paga” (artículo 1).

Derivado de la aplicación de este principio, nos encontramos con que la directiva impone la obligación de tomar medidas de prevención o de reparación de daños incluso aunque pueda decirse, jurídicamente, que el operador no ha causado el daño: la directiva quiere ante todo que el daño se repare y, en todo caso, que a posteriori se discuta quién tiene que soportar los costes de las medidas que se hayan adoptado. Así se deduce, para unos supuestos concretos, de los artículos 8.1, 8.3 y 8.4.

El artículo 8.1 establece la regla general: el operador sufragará los costes ocasionados por las acciones preventivas y reparadoras adoptadas en virtud de la directiva. A partir de aquí, los artículos 8.3 y 8.4 establecen la posibilidad de recuperar ciertos costes: el primero se refiere a costes de acciones preventivas y reparadoras; el segundo, solo a acciones reparadoras.

El artículo 8.3 contempla la situación en que el operador puede demostrar que los daños medioambientales o la amenaza inminente de que se produzcan tales daños fueron causados por un tercero a pesar de existir medidas de seguridad adecuadas, o que se produjeron como consecuencia del cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria cursada por una autoridad pública. En este caso, el operador podrá recuperar los costes en que haya incurrido. Como puede verse, esto significa que el operador debe primero pagar y luego recuperar —o, sería mejor decir, tratar de recuperar— los costes.

Varias son las consideraciones que hay que hacer en relación con este tipo de situaciones. En primer lugar, y por lo que se refiere a la causa que origina el daño medioambiental o amenaza inminente de tal daño, merece especial atención el supuesto del tercero. Será el operador quien deba probar que se cumplen todos los requisitos que exige el artículo 8.3 para que pueda eximirse de la obligación de soportar los costes y muchas veces no será fácil: tendrá que probar que se trata de un tercero (por ejemplo, ¿es un tercero un trabajador del operador?) y tendrá que demostrar que dispuso las medidas de seguridad “adecuadas” para evitar la actuación del tercero y que, a pesar de ello, este pudo actuar.

Por lo que se refiere a los supuestos en que el daño sea consecuencia de una orden o instrucción obligatoria cursada por una autoridad pública, la directiva es suficientemente clara. Baste añadir que la directiva explicita, aunque no era realmente necesario, que el operador no tiene derecho de recuperar los costes respecto de las órdenes o instrucciones subsiguientes a una emisión o incidente generados por las propias actividades del operador.

A lo hasta aquí dicho, debo añadir otra idea final: no tengo claro para qué toda esta normativa, cuando me parece evidente que las reglas civiles generales de responsabilidad contractual y extracontractual, o administrativas de responsabilidad patrimonial de la administración, pueden llevarnos a las mismas posibilidades de recuperar costes.

5. Hasta aquí habría explicado los supuestos en los que el operador puede eximirse de la obligación de soportar costes imputables a medidas de prevención o reparación. El artículo 8.4 se refiere a dos supuestos adicionales en los que el operador puede eximirse de la obligación de soportar el coste imputable a las medidas reparadoras (debe, por tanto, soportar en todo caso el coste de medidas de prevención), siempre que no haya incurrido en negligencia y, si así lo prevé la normativa nacional, que transponga la directiva en cada estado miembro.

El primer supuesto es aquel en que el daño medioambiental ha sido causado por una emisión o un hecho autorizados mediante autorización expresa, y plenamente ajustados a las condiciones en ella fijadas.

Por lo tanto, se trata de una actuación diligente y autorizada expresamente. Pondré dos ejemplos que espero aclaren el ámbito de aplicación de esta exención. En primer lugar, supóngase un vertido de aguas residuales. Si dicho vertido cuenta con la preceptiva autorización administrativa y se realiza cumpliendo su contenido (incluyendo, por tanto, los niveles de concentración de contaminantes que se hayan impuesto), el operador podrá verse eximido de soportar los costes correspondientes a las medidas de reparación que haya que adoptar por los daños medioambientales que dicho vertido pudiera ocasionar.

Supongamos ahora un transporte por carretera de mercancías peligrosas contaminantes que está debidamente autorizado. Durante la actividad del transporte, se produce un accidente que tiene como consecuencia la producción de daños medioambientales. En este tipo de supuestos, creo que la intención de la directiva es que no se aplique la exención del artículo 8.4 que vengo explicando, por cuanto que no se puede decir que el hecho que es causa directa del daño medioambiental (el accidente) constituya el objeto expreso y específico de la autorización (y eso asumiendo que durante el transporte se han respetado estrictamente las determinaciones o condiciones establecidas en la autorización y en la normativa aplicable, ya que, de lo contrario, es evidente que la exención no se aplica).

El segundo supuesto es aquel en que el daño medioambiental ha sido causado por una emisión, actividad o cualquier forma de utilización de un producto en ejercicio de una actividad, respecto de las cuales el operador demuestre que no se habían considerado potencialmente perjudiciales para el medio ambiente, según el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento en que se produjo la emisión o tuvo lugar la actividad.

Nos encontramos en este caso en el conocido como "riesgo de desarrollo industrial". Cabe destacar especialmente que la carga de la prueba, como no puede ser de otro modo dentro del esquema de la directiva, corre a cargo del operador. No será una prueba fácil, pero en todo caso se le ofrece esta posibilidad de exención al operador.

Debo recordar que estas dos exenciones del 8.4 que acabo de citar se contemplan como posibilidad, a elección de los estados miembros.

V. Otras cuestiones de interés de la directiva

1. Como se ha visto antes, las autoridades pueden adoptar acciones por su propia iniciativa bajo la directiva. El artículo 8.2 deja claro que la autoridad competente recuperará del operador que haya causado los daños, o la amenaza inminente de estos, los costes que le haya supuesto la adopción de acciones preventivas o reparadoras. La autoridad competente puede decidir no recuperar los costes íntegros cuando los gastos necesarios para hacerlo sean superiores al importe recuperable o, lógicamente, cuando no pueda identificarse al operador.

Nótese el tiempo imperativo del verbo que se utiliza (*recuperará*), lo cual deja entender que se trata de una obligación que impone la directiva a las autoridades, salvo los dos supuestos que se contemplan en la segunda frase. Esta idea de obligación se refuerza con el artículo 8.5: las medidas adoptadas por la autoridad competente se entenderán sin perjuicio de la responsabilidad del operador correspondiente en virtud de la propia directiva y sin perjuicio de las normas aplicables en materia de ayudas de Estado.

En esta misma línea, establece el artículo 10 que la autoridad competente podrá incoar procedimientos de recuperación de los costes contra el operador o, cuando proceda, contra un tercero que haya causado los daños o la amenaza inminente de daños, en relación con las medidas adoptadas en virtud de la directiva, dentro del plazo de cinco años a contar desde la fecha en que se haya llevado a término la aplicación de las medidas o la fecha en que se haya identificado al operador o al tercero responsable (la que sea más tardía).

2. La directiva obliga a los estados miembros a adoptar medidas para fomentar el desarrollo por parte de los operadores económicos y financieros correspondientes, de mercados e instrumentos de garantía financiera, incluyendo mecanismos financieros en caso de insolvencia, con el fin de que los operadores puedan recurrir a garantías financieras para hacer frente a sus responsabilidades.

En el fondo se trata de que los Estados miembros decidan si quieren imponer a los operadores la obligación de contar con garantías financieras. La mayor parte de los estados miembros han optado por no imponer tal obligación.

VI. Conclusión

La directiva que vengo comentando supone un intento ambicioso de dar una mejor y mayor protección al medio ambiente en la Unión Europea. Para ello, se ha optado por una norma que, además de su amplio ámbito de aplicación (prácticamente todos los elementos del medio ambiente salvo la atmósfera, con un gran número de actividades afectadas), establece un régimen de responsabilidad en gran parte objetiva, con unas obligaciones que pueden ser relevantes (por ejemplo, en términos económicos y reputacionales) y con algunas cuestiones ciertamente complejas. Como ejemplo de esta última cuestión, recuérdese el contenido del anexo II (cfr. Sección 4.1 anterior), así como la idea de la significatividad del daño que debe concurrir para que la directiva resulte aplicable. Solamente estos dos aspectos requieren una gran capacitación técnica para su correcta aplicación, amén de recursos de todo tipo (económicos, organizativos, técnicos).

Lo anterior parece haber resultado en una aplicación limitada² de las normas nacionales que han transpuesto la directiva en los estados miembros, especialmente en lo que se refiere a la protección de la biodiversidad,³ que era uno de los objetivos fundamentales de la directiva.

Esta aplicación limitada se une a otra cuestión interna de la Unión Europea, la cual es la diferente aplicación de la directiva en los estados miembros, causada por las diversas opciones de aplicación que permite la directiva (a lo que cabría añadir, en mi opinión, la complejidad de la propia directiva que acabo de citar).

Teniendo esto en cuenta, cabría plantearse si hubiera sido más efectiva una norma menos ambiciosa pero de más fácil aplicación. Por ejemplo, restringiendo inicialmente su aplicación a un número menor de actividades.

A nivel europeo esta cuestión, probablemente, tiene difícil solución: el esfuerzo realizado hasta la fecha para la aplicación de la directiva hace improbable —quizás imposible— una vuelta al punto inicial, por lo que habrá que conformarse con modificaciones parciales que, esperemos, sean acertadas. Pero esta experiencia debe servir para que en otras regiones o países puedan prepararse normas que, más allá de otras cuestiones, sirvan para alcanzar una eficaz protección medioambiental.

² Sobre la idea de la aplicación limitada, véase: 2nd ELD Stakeholder Conference – Brussels, “Evaluating the experience gained in the ELD Implementation”, Summary Report, 11th June 2013, p. 3. Recuperado el 22 de mayo de 2015 en <http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/eld_meetings/11_06_2013/Conference%20Report%20-%20final.pdf>.

³ Sobre la protección de la biodiversidad como uno de los objetivos fundamentales de la directiva, véase Study on ELD Effectiveness: Scope and Exceptions. Final Report, 19 February 2014 pp. 257-258. Recuperado el 22 de mayo de 2015 en <http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/BIO%20ELD%20Effectiveness_report.pdf>.