



MEDIO AMBIENTE & DERECHO

revista electrónica de derecho ambiental



ESTUDIOS

LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS AMBIENTALES EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: ANÁLISIS DE LA DIRECTIVA 2004/35, DE 21 DE ABRIL, SOBRE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL^[1].

Jesús Jordano Fraga

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. Introducción. II. La regulación contenida en la Directiva 2004/35, de 21 de abril, sobre Responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales. Estructura y régimen jurídico de la responsabilidad por daños ambientales contenido en la Directiva 2004/35. A) Descripción general y plazo para su transposición: en caso de incumplimiento sus previsiones han de tener efecto directo. B) Ámbito "material" y subjetivo de aplicación. C) Ámbito objetivo. Los daños resarcibles. D) Supuestos de exoneración. E) Funcionamiento operativo y contenido de la reparación. F) Plazo y legitimación para instar la acción reparadora. III. A modo de conclusión. Bibliografía.

I. Introducción.

En 2004 el Derecho europeo ha cumplido uno de los retos históricos del derecho ambiental de la Unión europea. En el Derecho comunitario ha existido desde hace tiempo la intención regular el régimen jurídico del daño ambiental que se ha enfrentado a múltiples obstáculos: la complejidad técnica de esta tarea; la oposición de los Estados y de los sectores empresariales afectados por dicho régimen; incluso factores ideológicos como la primacía del principio de prevención en el Derecho ambiental^[2]. En el IV Programa se recogió el énfasis preventivo en una posición de primacía, pero ello no fue obstáculo para que en el apartado 2, en sede de instrumentos económicos, en el número 5 se dijera:

"La Comisión se propone considerar el alcance de una nueva definición del término de responsabilidad en el ámbito del medio ambiente, incluida la posibilidad de que el contaminador asuma una amplia responsabilidad por los daños causados por productos o procesos y centrar su atención en la coordinación de los instrumentos en caso de efectos transfronterizos, en relación con las normas de producto o contaminación transfronteriza."

Estas intenciones de regulación de los daños ambientales se plasmaron en la Propuesta de Directiva de 1 de septiembre de 1989 de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la Responsabilidad civil a consecuencia de los daños y perjuicios causados al medio ambiente originados por los residuos^[3]. La Propuesta de Directiva de la Comisión distaba de ser una regulación general del daño ambiental. En primer término, regulaba solo la responsabilidad por daños ambientales producidos por residuos. No contemplaba los daños a recursos naturales producidos por otras actuaciones (incendio, talas abusivas, muerte de especies protegidas, etc.). En segundo término, no regulaba todos los daños producidos por residuos, pues el art. 2 excluía los residuos nucleares y los daños por hidrocarburos.

El siguiente paso en esta evolución fue la Comunicación de la Comisión de la CEE al Consejo y al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social (COM (93) 47 final, de 14 de mayo de 1993, denominado como "Libro Verde sobre Reparación del Daño Ecológico"^[4] un Documento fundamental en el marco de la Unión Europea en materia de daño ambiental. Es un documento de análisis lleno de preguntas, opciones y valoración de alternativas.

Después del libro verde se produjo el Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental, presentado por la Comisión[5]. El Libro Blanco concluía que la opción más adecuada y preferible consistía en la adopción de una Directiva marco comunitaria que contemplara, por un lado, la responsabilidad objetiva por los daños ambientales derivados de actividades peligrosas reguladas por la legislación comunitaria (que cubriera, con circunstancias eximentes y atenuantes, tanto los daños tradicionales como los causados al medio ambiente) y que también regulara la responsabilidad por culpa en los casos de daños a la biodiversidad derivados de actividades no peligrosas. Como síntesis de las opciones regulatorias allí contenidas deben resaltarse las siguientes: 1) carácter no retroactivo -aplicación limitada a los daños futuros-; 2) cobertura tanto de los daños al medio ambiente (lugares contaminados y daños a la biodiversidad) como los daños tradicionales (daños corporales y daños materiales); 3) ámbito de aplicación cerrado y vinculado al acervo comunitario de legislación medioambiental existente; 4) Dualidad de régimen: responsabilidad objetiva para actividades inherentemente peligrosas y responsabilidad por culpa cuando los daños se deriven de una actividad no peligrosa. El Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental no contemplaba la exclusión de los riesgos del desarrollo, pareciendo optar por un régimen de responsabilidad no degradable mediante supuestos de exención no tradicionales[6].

Las expresadas dificultades de la tarea (el difícil consenso en tan delicada materia y las divergencias existentes en los ordenamientos jurídicos de los distintos países miembros) han hecho que dicha actuación normativa se retrase en el tiempo.

Todo este proceso descrito ha culminado con la Directiva 2004/35, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril, sobre Responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales[7].

Los hitos fundamentales de la tramitación han sido[8]:

-Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo, sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, COM (2002) 17, 2002/0021/COD de 23 de enero de 2002[9].

-19-02-2002, transmisión al Consejo y al Parlamento Europeo.

-4-3-2002, Debates en el Consejo.

-18-07-2002, Dictamen del CES[10].

-9-12-2002 y 4-03-2003, debates en el Consejo.

-14-5-2003, Dictamen del Parlamento europeo en Primera lectura y Posición del Comisión sobre las enmiendas del Parlamento europeo en primera lectura.

-13-06-2002, Acuerdo político sobre Posición común.

-19-09-2003, Adopción declaración Posición común[11].

-19-09-2003, Transmisión al Parlamento Europeo de la declaración PC.

-24-09-2003, Recepción por el Parlamento Europeo de la posición común.

-17-12-2003, Dictamen PE 2ª lectura[12].

- 17-12-2003, Posición Comisión sobre enmiendas del Parlamento Europeo en 2ª lectura.

Decisión : Compromiso parcial.

-26-01-2004, Aprobación dictamen Comisión[13].

-26-01-2004, Transmisión al Consejo del dictamen de la Comisión.

-26-01-2004, Transmisión al Parlamento Europeo del dictamen Comisión

-27-01-2004, Convocatoria Comité Conciliación.

-23-02-2004, Decisión Comité Conciliación. Decisión: Acuerdo sobre texto conjunto

En la tramitación se han registrado importantes cambios. En la propuesta frente al Libro Blanco han quedado fuera de la regulación los daños tradicionales. A diferencia de la propuesta de la Comisión, la posición común no excluye del ámbito de aplicación de la futura directiva los daños causados por emisiones o hechos expresamente autorizados ni los daños causados por emisiones o actividades que no fueron consideradas perjudiciales de acuerdo con el estado de conocimientos científicos y técnicos en el momento en que se liberó la emisión o se desarrolló la actividad. No obstante, en tales casos los Estados miembros pueden permitir que el operador no sufrague el coste de las medidas reparadoras, siempre que se demuestre que el hecho, la emisión o la actividad causantes del daño están cubiertos por algunas de las circunstancias antes mencionadas y no ha habido falta o negligencia por su parte (apartado 4 del artículo 8).

En fin, estamos ante un procedimiento complejo prototípico en el que se ha dejado rastro de importantes conflictos de intereses entre el Parlamento y el Consejo, con un papel impulsor, "arbitral" y posibilista de la Comisión[14]. La sombra de los intereses de los grandes grupos empresariales y la permeabilidad de las instituciones ante los mismos se hace igualmente patente. En este caso solo es elogiable la transparencia del proceso, pues los intereses empresariales en temas tan sensibles como los supuestos de exoneración por riesgos del desarrollo han pasado de ser aspiraciones del sector empresarial en el Libro Blanco a ser una posibilidad si así lo decide el legislador nacional de cada Estado miembro(art. 8.4 de la Directiva 2004/35)[15].

II. La regulación contenida en la Directiva 2004/35, de 21 de abril, sobre Responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales[16]. Estructura y régimen jurídico de la responsabilidad por daños ambientales contenido en la Directiva 2004/35.

A) Descripción general y plazo para su transposición: en caso de incumplimiento sus previsiones han de tener efecto directo.

La Directiva 2004/35, de 21 de abril, sobre Responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales consta de veintinueve artículos y seis importantes anexos (Anexo I, Carácter significativo de los daños a la biodiversidad; Anexo II, Criterios de reparación del daño ambiental; Anexo III, ámbito de aplicación de la Directiva que se extiende grosso modo al control integrado de la contaminación –Directiva 96/61-, Gestión de residuos, vertidos a las aguas superficiales y subterráneas, sustancias peligrosas y organismos genéticamente modificados; Anexo IV y Anexo V- ámbitos excluidos que remiten a su regulación en convenios internacionales relativos a la contaminación marina, energía nuclear y transporte de mercancías peligrosas por carretera, ferrocarril y vías navegables); y Anexo VI, contenido de los informes a presentar por los Estados Miembros a la Comisión a más tardar el 30 de abril de 2013. Como sucede a menudo, los considerandos que constituyen la exposición de la norma es el mejor resumen de la misma.

El plazo límite para realizar la transposición al derecho interno es el 30 de abril de 2007[17]. Habida cuenta del habitual incumplimiento de los plazos de transposición conviene examinar si la Directiva 2004/35 podrá tener efecto directo horizontal en

relaciones triangulares. Como es sabido el TJCE ha afirmado en materia de EIA la posibilidad de dicho efecto[18]. En EIA, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 7 de enero de 2004 en el asunto C-201/02 ha descartado la inexistencia de efecto directo, por ejemplo, que por el hecho de que los trabajos de explotación minera deban paralizarse a la espera de los resultados de la evaluación siendo ello consecuencia del retraso de dicho Estado en el cumplimiento de sus obligaciones. Esta consecuencia no puede calificarse, como pretendía el Reino Unido, de «inverse direct effect» de las disposiciones de la citada Directiva respecto a los referidos propietarios. A este respecto, incumbe al juez nacional determinar si el Derecho interno prevé la posibilidad de revocar o suspender una autorización ya concedida con el fin de someter este proyecto a una evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente, conforme a las exigencias de la Directiva 85/337, o con carácter alternativo y siempre que el particular dé su consentimiento, la posibilidad de que este último reclame la reparación del perjuicio sufrido.

Pero estamos hablando de deberes procesales con eventuales consecuencias negativas. Nosotros creemos que en materia de responsabilidad civil por daños ambientales deben imponerse similares resultados. No entendemos aplicable la jurisprudencia del TJCE clásica (Asuntos 148/78, 152/84 y 80/86, respectivamente, STJCE de 5 de abril de 1979, Ratti, Marshall ; y STJCE de 8 de octubre de 1987, Kolpinghuis Nijmegen), según las cuales, las directivas no ejercen efectos directos en perjuicio de personas[19]. Todos estos supuestos se refieren a ámbitos sancionadores y no de responsabilidad extracontractual.

Creemos igualmente que en la determinación del efecto directo de la Directiva 2005/34 ha de ser un importante elemento interpretativo su Considerando 30.

(30) Los daños causados antes de la expiración del plazo de transposición de la presente Directiva no deben estar cubiertos por sus disposiciones.

A la vista del ámbito subjetivo de aplicación, la posibilidad de que Administraciones públicas o sus personificaciones instrumentales causen daños es mas que probable y, en esos casos, estamos hablando de efecto directo vertical que no plantea problemas. En la propia concepción originaria jurisprudencial del efecto directo cabe invocar una Directiva frente al complejo de administraciones independientes, administraciones institucionales y estado empresario –sociedades de titularidad pública o bajo su control, lo cual no será raro en el ámbito del Derecho ambiental (frente a Enresa, o las sociedades mercantiles de titularidad pública que hoy proliferan como hongos en la gestión ambiental)[20]. Por efecto de la primacía del derecho de la Unión Europea se superará el requisito de la individualización de los daños en una persona o grupo de persona, principal obstáculo a la admisión de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en daños ambientales puros. Y del mismo modo, también cabe el efecto directo de una Directiva apreciado de oficio por un juez o tribunal nacional (STJCE de 11 de julio de 1991), lo que hace que la invocación por un particular quede en segundo plano[21].

No puede perderse de vista, que la mayoría de los postulados contenidos en la Directiva 2004/35 son posibles ya en nuestro ordenamiento interno. De esta forma la aplicación de la directiva tendría un efecto determinador, orientativo y de precisión mas que un auténtico efecto ordenador ex novo, siendo por lo demás favorable al contaminador o destructor ambiental en cuanto delimitador o operador de concreción de su responsabilidad. Estimamos por estas razones de potencial efecto directo, entre otros postulados, de la Directiva 2004/35:

-Anexo I, Carácter significativo de los daños a la biodiversidad.

-Anexo II, criterios de reparación del daño ambiental.

-los criterios amplios de legitimación en ella establecidos.

-la determinación de las medidas reparadoras.

Todas ellas deben ser normas aplicables expirado el plazo de transposición. Que decir de las excepciones derivadas de Tratados internacionales en las que la Directiva 2004/35 actúa como *legge repetitae* o “bando” recordando normas que se imponen sobre los ordenamientos conforme al sistema de fuentes del Derecho[22]. Otra cosa bien distinta deben ser los supuestos en que nuestro ordenamiento toma opción de medidas mas rigurosas, donde debe prevalecer nuestro ordenamiento conforme a la propia directiva[23].

B) Ámbito “material” u objetivo de aplicación. Los daños resarcibles: el concepto de daños ambientales resarcibles en la Directiva.

No deja de resultar llamativo que los preceptos más complejos y con mas enjundia de la Directiva 2004/35 tengan como finalidad la delimitación de su exclusión. La imagen visual es la persona rapada al cero –el recluta payaso de la Chaqueta metálica de Stanley Kubrick, siendo la regulación de la Directiva un eficiente peluquero militar con exceso de celo. El ámbito material u objetivo de aplicación se encuentra inicialmente restringido. En primer lugar la Directiva limita su ámbito de aplicación

1) a los daños a la biodiversidad protegida y/o declarada comunitaria.

Según el art. 2.1 a) de la Directiva 2004/35 "A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: 1. «daño medioambiental»: a) los daños a las especies y hábitats naturales protegidos, es decir, 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 expuestos en el Anexo I; El precepto establece la precisión de que "los daños a las especies y hábitats naturales protegidos no incluirán los efectos adversos previamente identificados, derivados de un acto del operador expresamente autorizado por las autoridades competentes de conformidad con disposiciones que apliquen los apartados 3 y 4 del artículo 6 o el artículo 16 de la Directiva 92/43/CEE o el artículo 9 de la Directiva 79/409/CEE, o, en el caso de hábitats o especies no regulados por el Derecho comunitario, de conformidad con disposiciones equivalentes de la legislación nacional sobre conservación de la naturaleza" [24]. No obstante esa restricción a la biodiversidad declarada, que ha sido objeto de amplias críticas, es una restricción inicial pues los Estados, conforme al art. 2.3 c) en caso de que así lo determinen, pueden incluir cualesquiera hábitats o especies no enumerados en dichos anexos que el Estado miembro designe para fines equivalentes a los establecidos en esas dos Directivas.

2) a las aguas, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en el estado ecológico, químico o cuantitativo, o en el potencial ecológico definidos en la Directiva 2000/60/CE, de las aguas en cuestión, con excepción de los efectos adversos a los que se aplica el apartado 7 del artículo 4 de dicha directiva.

3) y al suelo o el subsuelo, los daños al suelo, es decir, cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana debidos a la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos.

De esta limitación es particularmente llamativa la ausencia de la Atmósfera. Esta ausencia queda atenuada porque dicho bien ambiental es vehículo transmisor de contaminación y en la medida en que la misma acabe en un medio receptor dentro del ámbito de la directiva se operara esa inclusión [25]. Ello se ve muy bien en el apartado 9 del Anexo III, cuando establece dentro del ámbito subjetivo de aplicación "La explotación de instalaciones sujetas a una autorización de conformidad con la Directiva 84/360/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1984, relativa a la lucha contra la contaminación atmosférica procedente de las instalaciones industriales (4) en relación con la liberación a la atmósfera de alguna de las sustancias contaminantes reguladas por la Directiva mencionada".

Otro importante criterio delimitador exclusivo vía definición del ámbito material es el de los daños reflejos o daños tradicionales. Los daños en bienes y personas con ocasión de daños al medio ambiente quedan fuera del ámbito material de la Directiva. Así lo determina el considerando 14

"(14) La presente Directiva no se aplica a las lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada o a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños."

Y el propio art. 3.3 de la Directiva 2004/35, cuando establece:

"3. Sin perjuicio de la legislación nacional pertinente, la presente Directiva no concederá a los particulares derechos de indemnización con motivo de daños medioambientales o de una amenaza inminente de los mismos".

Los daños si son definidos positivamente como 2. «daños», el cambio adverso mensurable de un recurso natural o el perjuicio mensurable a un servicio de recursos art. 2.2 de la Directiva 2004/35. Es de destacar el enfoque preventivo pues la Directiva no se ocupa sólo de los daños sino, lo que es mas importante, " a cualquier amenaza inminente de tales daños "[26]. Y este concepto es precisado en el apartado 9 , del art. 2 de la Directiva "Definiciones" como una " «amenaza inminente de daños», una probabilidad suficiente de que se produzcan daños medioambientales en un futuro próximo".

Pero los daños resarcibles también son definidos negativamente. Así, el art. 4.5 de la Directiva establece "La presente Directiva sólo se aplicará a los daños medioambientales, o a la amenaza inminente de tales daños, causados por una contaminación de carácter difuso cuando sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos". Es obvia la exclusión cuando este vínculo no pueda ser establecido.

La exposición de motivos recalca la voluntad de exclusión de la contaminación difusa

(13) No es posible subsanar todas las formas de daño medioambiental mediante el mecanismo de la responsabilidad. Para que ésta sea eficaz, es preciso que pueda identificarse a uno o más contaminantes, los daños deben ser concretos y cuantificables y es preciso establecer un vínculo causal entre los daños y los contaminantes identificados. Por consiguiente, la responsabilidad no es un instrumento adecuado para abordar la contaminación de carácter extendido y difuso, en la cual es imposible asociar los efectos medioambientales negativos con actos u omisiones de determinados agentes individuales.

Desde luego, la previsión no debe entenderse excluyendo la responsabilidad cuando se pueda establecer el nexo causal entre una pluralidad de agentes causantes aunque no pueda determinarse al alcance del impacto concreto de cada operador concreto. Aquí debe afirmarse la responsabilidad solidaria.

Por último, el anexo I niega el carácter significativo los daños –con la lógica exclusión de su reparabilidad- a :

— 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, según se definan en el registro de hábitats o en la documentación de objetivos o según hayan sido efectuadas anteriormente por los propietarios u operadores;

— 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 sólo en virtud de la dinámica de la especie o del hábitat, dé lugar a un estado equivalente o superior al básico.

C) Ámbito subjetivo de aplicación.

La Directiva tiene un ámbito subjetivo de aplicación en función de la actividad desarrollada. Viene determinado por el artículo 3. 1 de la directiva en conjunción con el Anexo III. Este ámbito se extiende grosso modo- al control integrado de la contaminación –Directiva 96/61-, Gestión de residuos, vertidos a las aguas superficiales y subterráneas, sustancias peligrosas y Organismos Genéticamente modificados[27]. No obstante esta limitación subjetiva encuentra una importante excepción pues conforme al art. 3.1 b) de la Directiva también se extiende su régimen a los daños causados a las especies y hábitats naturales protegidos por actividades profesionales distintas de las enumeradas en el Anexo III y a cualquier amenaza inminente de tales daños debido a alguna de esas actividades, siempre que haya habido culpa o negligencia por parte del operador. Ciertamente no comprendemos porque solo se desborda el ámbito subjetivo en este supuesto y no en los daños a las aguas o al suelo. Tampoco comprendemos porque se excluye en este caso la responsabilidad objetiva solo por razones de ámbito subjetivo olvidando la perspectiva del daño.

Pero nuevamente el ámbito subjetivo de aplicación es inicialmente restrictivo pues, de acuerdo con el Artículo 16.1 “Relación con la legislación nacional”,

“La presente Directiva no constituirá obstáculo para que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones más rigurosas en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, incluida la determinación de otras actividades que hayan de someterse a los requisitos de prevención y reparación de la presente Directiva y la determinación de otros responsables”.

Creemos que hubiera sido mas coherente incluir también a las actividades sometidas a EIA en el ámbito subjetivo de aplicación. Esto debe ser unos de los pasos necesarios en la transposición o en la eventual reforma de la Directiva 2004/35. Y ello dejando claro que no nos gusta la creación de derechos estatutarios, pues en responsabilidad por daños ambientales, lo decisivo ha de ser la perspectiva de la reparación y prevención de los daños ambientales y no quien los provoca. Y piénsese que se opera en un ámbito ya de por sí en exceso estatuario como consecuencia de caducos convenios internacionales que consagran espacios de impunidad en materia de vertidos de hidrocarburos[28] o energía nuclear que la Directiva expresamente recuerda que quedan fuera de su ámbito[29] ¿Admitiríamos en el siglo XXI un Derecho penal estatuario de autor? ¿Por qué admitir entonces esa disparidad en responsabilidad civil por daños ambientales?

D) Supuestos de exclusión y exoneración. La indefinición o apertura del sistema de responsabilidad posibilita un régimen

fragmentario en el espacio de la Unión europea.

El régimen de responsabilidad objetiva/subjetiva no es directamente proclamado a diferencia de las regulaciones existentes en el Derecho comparado. No existe una proclamación directa al efecto mas allá de las declaraciones voluntaristas de la exposición de motivos desmentidas por el articulado. Por tanto, el régimen de responsabilidad ha de deducirse de la regulación de las exclusiones y de los supuestos de exoneración.

En primer lugar, excluye la Directiva de su régimen los daños medioambientales ni a las amenazas inminentes de tales daños provocados por a) un acto derivado de un conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección; b) un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible. Estos son los supuestos clásicos de fuerza mayor (*vis maior*) o "Acts of God"[\[30\]](#) en los que no existe relación de causalidad.

De otro lado, el apartado 5) del art. 4 determina que "La Directiva sólo se aplicará a los daños medioambientales, o a la amenaza inminente de tales daños, causados por una contaminación de carácter difuso cuando sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos".

Por último, siguiendo el tabú tradicional (EIA, libertad de información en materia de medio ambiente), la Directiva no se aplicará a las actividades cuyo principal propósito sea servir a la defensa nacional o a la seguridad internacional, eso sí con un añadido "ni a las actividades cuyo único propósito sea la protección contra los desastres naturales".

Esta previsión tiene un doble comentario obligado: De un lado, "principal propósito" debe interpretarse a la luz de la jurisprudencia. Conforme a la jurisprudencia si se pueden discernir aspectos militares de otros estos deberán separarse (como hace la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 9 de septiembre de 1999, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania, Asunto C-217/97 en materia de libertad de información [\[31\]](#).

Expresamente en materia de EIA se ha afirmado este principio en la STJCE (Sala Sexta) de 16 de septiembre de 1999 (1) asunto C-435/97, en relación con un aeropuerto de uso mixto comercial-militar, determinando su sujeción a EIA[\[32\]](#).

Resulta criticable la exención en materia de actividades destinadas a prevenir/mitigar catástrofes. Creemos que ello es una cláusula de *sovereign immunity* extraña a nuestro derecho e incompatible con nuestro sistema. Si la cláusula se interpreta como estado de necesidad, si sería excluyente por no existir obligación de soportar. Obsérvese que la propia Directiva excluye la responsabilidad en los supuestos de "órdenes o instrucciones subsiguientes a una emisión o incidente generados por las propias actividades del operador" (8.3 de la Directiva), lo que sin matizaciones nos lleva a la inmunidad ¿Y si las órdenes erróneas, infundadas, arbitrarias o infringiendo la *lex artis* fueron causantes directas del agravamiento de los daños como, al parecer, en el caso del Prestige?. La cláusula matriz no está redactada en términos restrictivos y ello además de ser un error plantea problemas de constitucionalidad. En ordenamientos como EE.UU donde se reconoce, su aplicación ha sido problemática[\[33\]](#).

Pero también, de acuerdo con el art. 8.3 de la Directiva, "No se exigirá a un operador que sufrague el coste de las acciones preventivas o reparadoras adoptadas en virtud de la presente Directiva cuando pueda demostrar que los daños medioambientales o la amenaza inminente de que se produzcan tales daños:

a) fueron causados por un tercero, habiéndose producido a pesar de existir medidas de seguridad adecuadas; o

b) se produjeron como consecuencia del cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria cursada por una autoridad pública, salvo las órdenes o instrucciones subsiguientes a una emisión o incidente generados por las propias actividades del operador. En tales casos, los Estados miembros tomarán las medidas oportunas para permitir que el operador recupere los costes en que haya incurrido.

Ciertamente, en este caso estamos ante un supuesto de exoneración de responsabilidad tradicional y en principio no problemático. La intervención de un tercero (ahí se incluyen las órdenes de la Administración con la lógica responsabilidad de la misma) rompen el nexo causal y por eso no hay responsabilidad. Quizá hubiera sido deseable precisar como ha hecho nuestra jurisprudencia nacional la posibilidad de concurrencia en la producción del daño, pues la realidad siempre es rica en matices y el supuesto aquí previsto en la Directiva no es la única hipótesis materializable.

El verdadero núcleo problemático lo encontramos en las siguientes previsiones: Dispone el art. 8, apartado 4 de la Directiva:

4. Los Estados miembros podrán permitir que el operador no sufrague el coste de las acciones reparadoras adoptadas en virtud de la presente Directiva cuando demuestre que no ha habido culpa o negligencia por su parte y que el daño medioambiental ha sido causado por:

a) una emisión o un hecho autorizados mediante autorización expresa, y plenamente ajustados a las condiciones en ella fijadas, concedida por, u otorgada de conformidad con, las disposiciones legales y reglamentarias nacionales aplicables que incorporan las medidas legislativas adoptadas por la Comunidad especificadas en el Anexo III, tal como se apliquen en la fecha de la emisión o del hecho en cuestión; L 143/62 30.4.2004 Diario Oficial de la Unión Europea

b) una emisión o 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.

Esto es, la Directiva permite que los Estados excluyan la responsabilidad en dos supuestos: daños por actividades autorizadas y riesgos del desarrollo. El planteamiento, si bien dulcificado, es pro exclusión aras de un sistema de responsabilidad subjetiva. Basta leer la exposición de motivos:

“(20) No debe exigirse al operador que se haga cargo de los costes de las medidas preventivas o reparadoras adoptadas con arreglo a la presente Directiva en las situaciones en que los daños en cuestión o la amenaza inminente de tales daños se deriven de actos que estén fuera del control del operador. Los Estados miembros podrán permitir que los operadores que no hayan incurrido en culpa o negligencia no sufragan el coste de las medidas reparadoras en aquellas situaciones en las que el daño de que se trate sea resultado de emisiones o actos explícitamente autorizados, o en que no pueda haberse conocido el daño potencial de dichas emisiones o actos cuando tuvieron lugar.”

Respecto de las actividades autorizadas, el planteamiento es regresivo en relación con nuestro ordenamiento. La jurisprudencia ha afirmado que se ha de responder incluso si se obra al amparo de licencias u autorizaciones (STS 30 de noviembre de 1990) o incluso de las normas. La razón es la idea de abuso de derecho. El art. 7.2 de Cc es terminante: "la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso". Una de las vías que han conducido a una objetivación de facto en la jurisprudencia civil sobre responsabilidad extracontractual ha sido la rigorización de la diligencia que se exige, de tal modo que no basta el cumplimiento de las disposiciones legales reglamentarias. En el mismo sentido que la Sentencia de 25 de marzo de 1954 se pronuncian la STS de 12 de diciembre de 1980, Ar. 1980 (la conocida sentencia de la central de Soto de Ribera) y la STS de 3 de diciembre de 1987, Ar. 9176, relativa a un supuesto de contaminación industrial por humos, vibraciones y ruidos provocados por la entidad "Térmica del Besos", en la que el Tribunal Supremo señaló:

"...que las normas administrativas que incidiesen en la regulación de las centrales térmicas, no podrían impedir que las posibles consecuencias dañosas a derivar de su explotación quedasen sustraídas al Derecho privado y a la tutela jurisdiccional ordinaria".

Y la STS de 16 de enero de 1989, Ar. 101 que examinaba una reclamación de daños frente a la empresa ENSIDESA en la cual el Tribunal Supremo afirmó que:

"...el acatamiento y observancia de las normas administrativas no colocan al obligado al abrigo de la correspondiente acción civil de los perjudicados o lesionados, puesto que si aquéllas contemplan intereses públicos sociales, éstas

resguardan el interés privado exigiendo, en todo caso, el resarcimiento del daño"[34].

También en Francia se admite la responsabilidad en estos supuestos. STEICHEN valora el régimen de la Directiva como reductor en relación a la legislación francesa, aunque conforme al art. 174 TCEE estima posible la adopción de un régimen más riguroso. El Senado francés en su proposición de resolución en sesión extraordinaria -de la que el autor da cuenta- se manifestó en el sentido de admitir la responsabilidad incluso en actividades autorizadas y aunque se hubieran respetado leyes y reglamentos en vigor[35]. En otros ordenamientos el cumplimiento de normas no es causa de exoneración incondicionada admitiéndose gradaciones de diferentes supuestos: por ejemplo, se admite la responsabilidad si los requisitos regulatorios han sido ampliamente inadecuados para proteger de un riesgo razonable de daño si la información relevante ha sido ignorada o menospreciada por el regulador; o sujetando la exclusión como hace el American Law Institute a la información completa y a tiempo de todos los datos relevantes sobre el riesgo incluyendo su significado de control de riesgo[36]. También en Gran Bretaña y Austria se ha admitido la responsabilidad en daños causados con licencia rechazándose la Regulatory compliance Defence[37].

La otra cláusula de exclusión posible son los riesgos del desarrollo[38]. En teoría, la exoneración por los riesgos del desarrollo protege o pretende proteger la innovación que suponen los nuevos productos o técnicas. La obtención de una exoneración de responsabilidad puede ser vista como un incentivo a la innovación (pero no como apunta GOLDENBERG a la innovación e investigación preventiva). Frente a este valor se sitúa la sociedad en su conjunto y su protección frente a futuros daños. La cuestión, como acertadamente señala ESTEVE PARDO, es para qué se protege la innovación.

La regulación se asemeja a la Directiva 374/85, de 25 de julio, en materia responsabilidad civil por los daños ocasionados por productos defectuosos que también deja en este aspecto libertad de decisión a los Estados miembros. La admisión de esta causa de exoneración, aun en segundo grado, choca con el propio ámbito de la propuesta de Directiva, al menos, en lo que se refiere a los organismos modificados genéticamente. La Propuesta de Directiva incluye dentro de su ámbito de aplicación (Anexo I) "Toda utilización confinada, incluida el transporte, de microorganismos modificados genéticamente, de acuerdo con la definición y el ámbito de aplicación de la Directiva 90/219/CEE del Consejo de 23 de abril de 1990 relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente" y "toda liberación intencional en el medio ambiente o transporte de organismos modificados genéticamente de acuerdo con la definición y el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de marzo de 2001. Pero paralelamente configura los riesgos del desarrollo como causa exención de responsabilidad adoptable por los Estados. Pues bien, respecto de la actividad de ingeniería genética, carece de lógica la afirmación de esta causa de exención de responsabilidad. Porque ¿cuáles son los daños ambientales que puede producir la ingeniería genética que no son riesgos del desarrollo? La paradoja total es que según el considerando 16 de la Directiva 2001/18 CE del Parlamento y del Consejo, de 12 de marzo de 2001 sobre liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente[39], la Directiva 2005/35 estaba destinada a regular en nivel europeo la responsabilidad por daños ambientales de los OGM.

No solo es inadmisibles en términos éticos que los sujetos regulados que han clamado por la exoneración ganen en sus pretensiones frente a la colectividad de ciudadanos europeos. Creo que en el caso la solución adoptada es inconsistente e ilógica. Así, por ejemplo, los párrafos quinto y sexto de la Ley alemana de 10 de diciembre de 1990 (Umwelthaftungsgesetz), no comprenden los riesgos del desarrollo lo que precisamente ha sido considerado una novedad respecto de la Produkthaftungsgesetz [40]. El Propio Libro blanco previamente había constatado la necesidad de un régimen divergente[41].

En definitiva, la Directiva configura un régimen de responsabilidad por daños ambientales que permite a los Estados la opción subjetivante del sistema frente a un sistema objetivo o de strict liability[42]. A veces la opción es directamente subjetivante como hemos visto en daños a la biodiversidad por otras actividades distintas de las listadas en Anexo (art. 3.1 b) de Directiva 2004/35). Del examen de los supuestos -especialmente daños ocasionados por actividades autorizadas y por los denominados riesgos del desarrollo- se deduce que la directiva no establece un sistema uniforme de sistema de responsabilidad objetivo/subjetivo. En este primer intento de regulación se abren quizá demasiado las opciones a la ulterior regulación de los Estados, no solo desde el punto de vista de los ámbitos objetivo y subjetivos (ámbito más allá de la biodiversidad europea declarada, ámbito subjetivo de actividades), sino en el propio sistema de responsabilidad. Y broche de cierre es que no se establece la solidaridad en supuestos de concurrencia en la causación de daños[43], salvo que así se prevea en la legislación nacional.

Creemos incoherente que en el futuro se contemple una limitación de responsabilidad en el marco de un seguro obligatorio y que la responsabilidad no sea en todos los casos objetiva[44]. Creemos que deberá diferenciarse en cualquier caso entre cobertura asegurada y límite de responsabilidad. Una cosa es que la aseguradora no deba responder más allá de un determinado límite y otra bien distinta es la impunidad más allá del límite (como en el FIPOL en materia de contaminación marina por hidrocarburos[45]).

La limitación de responsabilidad suele contemplarse como una justa compensación al establecimiento de una strict liability[46]. Las dos cosas no tienen sentido al mismo tiempo. Si esta posibilidad se constata estamos ante una cesión inadmisibles frente a los intereses empresariales. En cualquier caso, la tendencia actual no es la limitación sino la extensión de responsabilidad. Incluso en ámbitos de impunidad "fáctica" se está ampliando la cobertura[47].

E) Aspectos procesales y ámbito temporal de aplicación: Plazo y legitimación para instar la acción reparadora.

La Directiva establece un doble plazo de prescripción y caducidad. Por un lado, 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 presente Directiva, dentro del plazo de cinco años a contar desde la más tardía de las fechas siguientes: 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[48]. Este funciona como plazo de prescripción y es criticable porque desconoce que los bienes ambientales son bienes de dominio público y que en tanto tales son imprescriptibles, habiendo anudado a ello en ocasiones la jurisprudencia, la imprescriptibilidad de la acción.

Nos parece que el plazo de prescripción fijado es exiguo[49] si bien quintuplica el vigente previsto en el art. 1964 Cc. Parece directamente inspirado en el previsto en otros modelos. Por ejemplo: el art. 2947 del Cc italiano establece 5 años[50]. Idéntico plazo de cinco años dispone la Ley Federal Mexicana en la materia (Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección del Medio Ambiente) en su artículo 203, tras la reforma operada en 1996. El plazo de prescripción deroga plazos establecidos más ventajosos, o incluso, la ausencia de plazo con fundamento en la imprescriptibilidad de los bienes de dominio público. Por ejemplo, el plazo de prescripción para exigir la obligación de reponer las cosas a su estado primitivo o reparar los daños causados al dominio público hidráulico es de quince años (art. 327 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico). El TS ha admitido la independencia del plazo de prescripción para pedir la reparación los daños al dominio público hidráulico del de prescripción las sanciones: Esto es, se podría reclamar la reparación de los daños al dominio público hidráulico incluso en los supuestos de sanciones ya prescritas -por transcurso del plazo de prescripción de dos meses determinado en el art. 327 RDPH, debido al carácter independiente de la obligación de reparación ex 110 LAg (STS de 26 de enero de 1996, Ar. 456. f. de dcho 4º y 5º); STS de 30 de abril de 1998, Ar. 3653, f. de dcho 2º y 4º). Planteamiento que igualmente se predica cuando no pueda considerarse una acción como culpable por existir una base para entender que la acción se ampara en licencia (SSTS de 10 de febrero 1997, Ar. 2461 y Ar. 1219; STS de 27 de abril de 1998, Ar. 3645, f. de dcho 3º). Y es que como sostiene GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, la reparación es independiente de la infracción administrativa en cuanto a plazos de prescripción[51]. Igualmente debe recordarse que la jurisprudencia ha llegado más lejos por lo que se refiere a las pretensiones de reparación con base en la imprescriptibilidad del dominio público. AGUADO I CUDOLA cita en este sentido las SSTS 17 de mayo de 1990 Ar. 4388 y 24 de enero de 1991, Ar. 336[52]. No avala la negación de la doctrina anterior del TS, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 24 julio de 2003, RJ 5467, dictada en casación en interés de Ley

Lo que creo que dice esta sentencia es que no prescribe la acción a los dos meses como sostenía el juzgado de lo contencioso y que rige el 327 RDPH, que establece un plazo mayor. Pero no se está resolviendo si cabe exigir mas allá de los quince años con fundamento en la imprescriptibilidad del dominio público (f. de dcho 3º).

Pero existe un ámbito de aplicación temporal de la Directiva. En este sentido se establece la caducidad de la acción pues la Directiva no se aplicará a los daños, si han transcurrido más de 30 años desde que tuvo lugar la emisión, suceso o incidente que los produjo. Esta limitación parece fundarse en la seguridad jurídica, pero puede ser peligrosa como cláusula de inmunidad en daños diferidos sobre todo en actividades nuevas. Con lo que el blindaje de los riegos del desarrollo se garantiza en dos momentos.

Pero todavía queda una tercera exclusión temporal pues la Directiva no se aplicará a:

— los daños causados por una emisión, suceso o incidente que se hayan producido antes de la fecha indicada en el apartado 1 del artículo 19; esto es el 30 de abril de 2007.

— los daños causados por una emisión, suceso o incidente que se hayan producido después de 30 de abril de 2007 (la fecha indicada en el apartado 1 del artículo 19), cuando éstos se deriven de una actividad específica realizada y concluida antes de dicha fecha[53];

Esta idea es destacada en el considerando 30 de la exposición de motivos de la Directiva

(30) Los daños causados antes de la expiración del plazo de transposición de la presente Directiva no deben estar cubiertos por sus disposiciones.

Así pues, la directiva opta por el establecimiento de un régimen pro futuro carente de retrospectividad. Es una cuestión discutible y no nueva pues las mismas observaciones que se han hecho respecto de suelos contaminados son válidas aquí. Se ha dicho que esa "retroactividad" vulneraría el art. 9.3 de la CE cuando garantiza la "irretroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales". También existen referentes en esta materia en el Derecho comparado de opción por la "retroactividad". Destacadamente, la CERCLA y su conocida Section 107 establecen dicha retroactividad. En la jurisprudencia norteamericana varios fallos descartan que la aplicación "retroactiva" de la CERCLA estableciendo responsabilidad para conductas que ocurrieron antes de la aprobación de la CERCLA viole el Due Process (Unites States v. South Carolina

Recycling & Disposal, Inc., 653 f. .Supp 984 8 D.S.C 1984; Northeastern Pharmaceutical & Chemical Co., Inc 810 F. 2d 726 (8 Cir. 1986); State of New York v. Shore Realty Corp, 759 F. 2d 1032 (2d Cir. 1985)[54].

Es desde luego una cuestión discutible. Creo que la aplicación de la Directiva hacia hechos previos a su entrada en vigor supone una falsa retroactividad o, todo lo mas "retrospectividad" o una retroactividad admisible o impropia. En nuestro ordenamiento existe un régimen de reparación de los daños ambientales, y este es preexistente a la Directiva[55], de forma que su aplicación "retroactiva" no sería en grado máximo; estaríamos ante una aplicación de una norma a efectos nacidos bajo su vigencia, aunque nacen de una relación o situación jurídica constituida anteriormente (grado mínimo o medio todo lo mas). Sería mas una retroactividad de normas de procedimiento, lo cual no plantea especiales problemas, dado que la reparación de los daños ambientales no alcanza la naturaleza sancionadora[56]. O podríamos conectar el ámbito objetivo de la prohibición de retroactividad con la sección primera del Capítulo II, de título I (arts. 14 a 29 CE)[57], con lo que estando solo en juego responsabilidad extracontractual –propiedad en el fondo- no se verían obstáculos. Podríamos hablar de la aplicación de las situaciones jurídicas objetivas, de situaciones estatutarias que siguen la legislación que exista en cada momento (en este caso el estatuto de empresario contaminador)[58]. Podría haberse afirmado la retroactividad en la Directiva y estamos a tiempo de hacerlo en la transposición como norma adicional de protección como opción reforzante de nuestro derecho nacional. Podría haberse fijado o puede fijarse un lapsus temporal (por ejemplo, como en IPPC dirigido a la satisfacción de la seguridad jurídica y la confianza legítima blindando así este ejercicio de discrecionalidad política legislativa (STC 150/1990, de 4 de octubre).

En cuanto a la legitimación las previsiones no constituyen novedad en España donde se reconoce una amplia legitimación en los contenciosos ambientales. Sin embargo, si constituyen un importante avance en otros ordenamientos donde la legitimación es restringida -destacadamente los anglosajones-.

Así, conforme al artículo 12 de la Directiva pueden plantear una solicitud de acción una persona física o jurídica que: a) se vea o pueda verse afectada por un daño medioambiental, o bien; b) tenga un interés suficiente en la toma de decisiones de carácter medioambiental relativas al daño, o bien; c) alegue la vulneración de un derecho, si así lo exige como requisito previo la legislación de procedimiento administrativo de un Estado miembro, podrá 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, y podrá solicitar a la autoridad competente que actúe en virtud de la presente Directiva.

Y aunque el mismo precepto que comentamos establece que "Corresponderá a los Estados miembros determinar lo que constituye «interés suficiente» y «vulneración de un derecho» establece un mandato mínimo pues se considerará suficiente, a efectos de lo dispuesto en la letra b), el interés de las organizaciones no gubernamentales que trabajen en la protección del medio ambiente y que cumplan los requisitos establecidos por la legislación nacional. Y se considerará asimismo que dichas organizaciones tienen derechos que pueden ser vulnerados a efectos de lo dispuesto en la letra c).

Esta legitimación se reitera en los eventuales recursos sobre la decisión de la autoridad competente sin perjuicio de las disposiciones de Derecho interno que regulen el acceso a la justicia y de las que exijan que se agote la vía administrativa antes de recurrir a la vía judicial[59].

En nuestro Derecho, al amparo del 7.3 LOPJ y las previsiones de la LRJCA, se reconoce legitimación prácticamente a cualquier asociación. La jurisprudencia todo lo mas, siguiendo en esto a la jurisprudencia la francesa, coteja los fines de los estatutos con las pretensiones ejercidas. Obviamente cabe que algunos Estados fijen requisitos duros que limiten la legitimación (por presencia territorial, número de miembros, necesidad de ser previamente habilitada por la Administración como en la legge 349/1986, de 18 de julio que exige Decreto de individuazione del Ministero dell'ambiente). Tal limitación iría en contra de los tiempos que hoy son Aarhus.

F) Funcionamiento operativo y contenido de la reparación.

Veamos de forma desglosada estos aspectos : 1) funcionamiento operativo; 2). contenido de la reparación.

1. Funcionamiento operativo.

En primer término, cabe que las previsiones sobre reparación del daño ambiental tras un incidente se pongan en marcha de oficio con la intervención del contaminador al que se le imponen importantes deberes. Así, la Directiva prescribe que cuando se hayan producido daños medioambientales, el operador informará sin demora a la autoridad competente de todos los aspectos pertinentes de la situación y adoptará: a) 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 limitar o impedir

mayores daños medioambientales y efectos adversos para la salud humana o mayores daños en los servicios, y b) las medidas reparadoras necesarias de conformidad con el artículo 7[60]. Estos deberes están descafeinados por la ausencia de un régimen sancionador penal/administrativo, que deberá ser introducido por los Estados en el momento de la transposición. Y deberá ser especialmente duro.

La Directiva configura un régimen de determinación administrativa de la reparación. Creo que no existen obstáculos para que la autoridad competente sea un órgano judicial. O incluso un órgano administrativo a las órdenes de un órgano jurisdiccional, lo que en nuestro ordenamiento en los supuestos mas graves que constituyan delito ecológico sería la solución mas armónica o deseable. No creemos que en la opción pura administrativa existan problemas de absorción de competencias judiciales dado que sobre las decisiones de la autoridad competente cabe recurso[61].

La Directiva pone en manos de la autoridad competente las siguientes facultades o potestades

La autoridad competente podrá en cualquier momento:

- a) exigir al operador que facilite información adicional sobre cualquier daño que se haya producido;
- b) 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 de que se trate y a cualesquiera otros factores perjudiciales, con objeto de limitar o impedir mayores daños medioambientales y efectos adversos para la salud humana o mayores daños en los servicios;
- b) exigir al operador que adopte las medidas reparadoras necesarias;
- c) d) dar al operador instrucciones a las que deberá ajustarse sobre las medidas reparadoras necesarias que deberá adoptar;
- o e) adoptar por sí misma las medidas reparadoras necesarias.

De esta forma, la autoridad competente exigirá que el operador adopte las medidas reparadoras. Si el operador incumple las obligaciones estipuladas en el apartado 1 o en las letras b) ó c) del apartado 2, no puede ser identificado o no está obligado a sufragar los costes en virtud de la presente Directiva, la propia autoridad competente podrá adoptar dichas medidas reparadoras como último recurso.

Obsérvese que la obligación de reparación en casos “huérfanos” por exoneración o desconocimiento del causante se configura como un poder ampliamente discrecional no siendo exigible. Tan solo procederá controlar esas decisiones con fundamento en el principio de igualdad, buena y confianza legítima.

En la Directiva se establece así un régimen de determinación ejecutoria – así será en nuestro ordenamiento desde la presunción de legalidad, ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos- de daños ambientales pues corresponderá a la autoridad competente establecer qué operador ha causado el daño o la amenaza inminente del mismo, evaluar la importancia del daño y determinar qué medidas reparadoras han de adoptarse de acuerdo con el Anexo II. A tal efecto, la autoridad competente puede exigir al operador correspondiente que efectúe su propia evaluación y que facilite todos los datos e información que se precisen[62].

La Directiva no ha optado por un seguro obligatorio, estipulando por el momento un régimen de buenas intenciones al respecto[63].

2. Contenido de la reparación.

Se encuentra establecido en el importante Anexo II de la Directiva. Si en EIA el Anexo II dio lugar a sendos conflictos con reflejo jurisprudencial, es fácil predecir que otro tanto va ocurrir con el Anexo II de la Directiva 2004/35. Se distingue por un lado, entre biodiversidad y agua, y por otro, el suelo.

En biodiversidad y agua, el Anexo II determina que la reparación del daño medioambiental se consigue restituyendo el medio ambiente a su estado básico mediante medidas reparadoras primarias, complementarias y compensatorias, entendiéndose por:

a) «reparación primaria», “toda medida reparadora que restituya o aproxime los recursos naturales y/o servicios dañados a su estado básico”; esto es, la clásica restitutio in pristinum o puesta de las cosas al estado anterior al momento de la agresión.

b) «reparación complementaria», “toda medida reparadora adoptada en relación con los recursos naturales y/o servicios para compensar el hecho de que la reparación primaria no haya dado lugar a la plena restitución de los recursos naturales y/o servicios dañados”^[64]; Estamos ante reparaciones compensatorias, aunque esta palabra ahora deba evitarse por la utilización de concepto compensatorio para las interim losses, como comprobaremos de inmediato. En realidad para hacer efectivo este concepto «reparación complementaria», bastaría la clásica indemnización de daños y perjuicios afectada a esas finalidades de reparación, e instituyendo un fondo para tal fin. Es positivo que esa afección de la indemnización está vinculada y establecida imperativamente por la Directiva y, además, que se hace visible en la “proximidad de la reparación” si ello es posible.

c) «reparación compensatoria», toda acción adoptada para compensar las pérdidas provisionales de recursos naturales y/o servicios que tengan lugar desde la fecha en que se produjo el daño hasta el momento en que la reparación primaria haya surtido todo su efecto”; las «pérdidas provisionales», las pérdidas derivadas del hecho de que los recursos naturales y/o servicios dañados no puedan desempeñar sus funciones ecológicas o prestar servicios a otros recursos naturales o al público hasta que hayan surtido efecto las medidas primarias o complementarias. No consiste en una compensación financiera al público”. Se rechazan así las class action para pretensiones que busquen la reparación de pérdidas económicas singularizadas con ocasión de daños ambientales. La reparación compensatoria se ha copiado del derecho norteamericano. Allí la Superfund Amendments and Reauthorization Act de 1986 y las enmiendas introducidas a la Marine Protection, Research and Sanctuaries Act de 1988, “completaron conceptualmente” la natural resources damages doctrine al incluir dentro de la reparación la pérdida de uso hasta que los recursos naturales son restaurados (interim losses)^[65].

Existen importantes reglas ulteriores:

1) Determina la Directiva que “Si la reparación primaria no da lugar a la restitución del medio ambiente a su estado básico, se efectuará una reparación complementaria. Además, se efectuará una reparación compensatoria para compensar las pérdidas provisionales”. De esta forma, los sistemas de reparación son acumulativos si la reparación primaria no es completa.

2) La reparación de daños medioambientales consistentes en daños a las aguas o a las especies y hábitats naturales protegidos “supone asimismo eliminar todo riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana”.

3) Existe una mecánica de opción que está determinada por criterios economicistas -y esto es criticable- que introducen como posibilidad una suerte de “siniestro total ambiental” a imagen y semejanza de este fraudulento concepto manejado por las aseguradoras del automóvil.

Ordenan los puntos 1.2.2, 1.2.3, 1.3.2 y 1.3.3 del Anexo II:

1.2.2. Al determinar la magnitud de las medidas reparadoras complementarias o compensatorias se considerará en primer lugar la utilización de criterios de equivalencia recurso-recurso o servicio-servicio. De acuerdo con estos criterios, se considerarán en primer lugar acciones que proporcionen recursos naturales y/o servicios del mismo tipo, calidad y cantidad que los dañados. De no ser esto posible, se proporcionarán recursos naturales y/o servicios alternativos. Por ejemplo, una disminución de la calidad podrá compensarse con un aumento del número de medidas reparadoras.

1.2.3. Si no es posible utilizar criterios preferentes de equivalencia recurso-recurso o servicio-servicio, se aplicarán técnicas de valoración alternativas. La autoridad competente podrá prescribir el método, por ejemplo la valoración monetaria, para determinar la magnitud de las medidas reparadoras complementarias y compensatorias necesarias. Si es posible valorar los recursos y/o servicios perdidos pero no es posible valorar los recursos naturales y/o servicios de reposición en un plazo o con unos costes razonables, la autoridad competente podrá optar por medidas reparadoras cuyo coste sea equivalente al valor monetario aproximado de los recursos naturales y/o servicios perdidos.

1.3.2. Al evaluar las distintas opciones de reparación determinadas, podrán elegirse medidas reparadoras primarias que no restituyan por completo a su estado básico las aguas o las especies y hábitats naturales protegidos que hayan sufrido el daño, o que lo hagan más lentamente. Se podrá adoptar esta decisión únicamente si los recursos naturales o servicios desaparecidos del paraje primario como consecuencia de la decisión se compensan mediante un incremento de las acciones complementarias o compensatorias que proporcione un nivel de recursos naturales y/o servicios similar al de los desaparecidos. Así sucederá, por

ejemplo, si se pueden proporcionar recursos naturales y/o servicios equivalentes de menor coste en otro lugar. Dichas medidas reparadoras adicionales se determinarán de conformidad con las normas establecidas en el punto 1.2.2.

1.3.3. No obstante las normas establecidas en el punto 1.3.2 y de conformidad con el apartado 3 del artículo 7, la autoridad competente podrá decidir que no han de adoptarse más medidas reparadoras si:

- a) las medidas reparadoras ya adoptadas garantizan que ya ha dejado de existir un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana, el agua o las especies y hábitats naturales protegidos;y
- b) el coste de las medidas reparadoras que deberían adoptarse para alcanzar el estado básico o un nivel similares desproporcionado en comparación con los beneficios medioambientales que se vayan a obtener.

Obsérvese que mas allá del método de los mercados de bienes, recursos y servicios sustitutos no se expresan los criterios de valoración o modos de estimación de valoración que son el verdadero quid de la cuestión. Y esos existen y son manejados tanto doctrinalmente como jurisprudencialmente –Exoxn Valdez, State of Ohio v. Departament of Interior 880 F. 2d432 (D.C Cir 1989)- (método de los precios hedónicos, métodos de coste de viajes, de valoración contingente o de mercado hipotético, etc...)[66]. Hubiera sido deseable que se plasmaran expresamente.

En suelo se adoptarán las medidas necesarias para garantizar, como mínimo, que se eliminen, controlen, contengan o reduzcan los contaminantes de 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[67].

III. A modo de conclusión.

El primer problema que plantea la Directiva 2004/35 es que permite una diversidad de regulación en el espacio de la Unión Europea. Este aspecto con finalidad contraria (unificación a la baja) ya fue argumentado en una enmienda en segunda lectura[68]. Este efecto mosaico resulta especialmente criticable en materia de daños ambientales, donde es fácilmente probable la producción de daños transfronterizos que con la Directiva pueden tener distinta regulación en diferentes Estados. Los agravios potenciales –estamos hablando de supuestos de exclusión de responsabilidad- son difícilmente justificables desde el prisma de la protección ambiental como valor en el sistema jurídico de la Unión, del principio de no discriminación, e incluso del mercado único europeo[69].

En la regulación se registran importantes carencias. Se echa de menos una mayor concreción en la valoración de los daños ambientales. Se echa igualmente de menos la introducción de los daños punitivos en una materia donde la prevención general debe ser la regla. Esta omisión se salva por la posible consideración de los atentados al medio ambiente como delito ecológico o infracción administrativa y la compatibilidad de dicha consideración en los ordenamientos con la reparación. Así lo declara expresamente el art. 45.3 de la Constitución Española. Pero no hubiera estado de mas una armonización en tal sentido construyendo un mínimo común uniforme sancionador ambiental en el Derecho europeo.

Se echa igualmente de menos un régimen unificado de actores populares no solo posible, sino financieramente respaldados ya que las pretensiones de reparación son meramente altruistas (restitutio in pristinum) y redundan en beneficio de toda la colectividad. Debiera haberse admitido la renumeración del ejercicio de estas pretensiones altruistas al menos por la vía de la recuperación de los costes del ejercicio de la acción; y acaso estableciendo un premio o incentivo por hacerlo; o bien afirmando la gratuidad de la justicia ambiental. Otra vía sería reconocer la indemnización del daño ecológico en sujetos colectivos o al menos el daño ecológico moral en estos sujetos (así lo ha reconocido la STS de 1 de abril de 1993, Ar. 9165 (Sala 2ª, Ponente SOTO NIETO). En un escenario de asociaciones débiles económicamente y organizativamente hablando, reconocerles legitimación es una previsión legal ad pompam vel ostetanionem. Se echa de menos la institución de un actor europeo o nacional independiente y con medios (un fiscal ambiental, un defensor público ambiental). La inactividad en estos ámbitos y la propia actividad de las asociaciones ecologistas son muestras palpables de esta necesidad y denuncia de la inoperatividad de los mecanismos existentes.

Estamos ante un primer paso de la regulación de la responsabilidad por daños ambientales. Se ha puesto una primera piedra en una norma “horizontal” destinada a ser una de las líneas esenciales del Derecho ambiental de la Unión Europea. Si uno mira la Directiva 85/337 sobre EIA, y la regulación actual comprende fácilmente que esto puede y debe suceder en la responsabilidad por daños ambientales. Si esto es así, el futuro de la regulación europea de la responsabilidad por daños ambientales está entonces por venir.

Bibliografía

- BERGKAMP, Lucas, The Commission's White Paper on Environmental Liability: A Weak Case for an EC Strict Liability Regime, "European Environmental Law Review", núm. 9 2000, pp. 105-114.

idem., The Proposed Environmental Liability Directive (2002) 11 "European Environmental Law Review" pp. 294-314.

-BREEN Barry, Citizen suits for natural resources damages:Closing a gap in Federal Environmental Law, Wake Forest Law Review, vol 24, núm. 4 1989, pp. 851-880.

BRUNNÉE, Jutta, Of sense and sensibility: reflections on international liability regimes as tools for environmental protection, "International and Comparative Law Quarterly", vol. 53, April 2004, pp. 351-368.

- CASTROVIEJO BOLÍBAR, Miguel, Quien contamina paga. Un paso decisivo en su aplicación con la directiva sobre responsabilidad ambiental, "Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental", núm. 65, Mayo 2004, pp. 29-39.

CLARKE, Chris, The Proposed EC Liability Directive: Half-Way Through Co-Decision, "Review of European Community & International Environmental Law", 2003, Vol. 12 Issue 3, pp. 254-268.

-ESTEVE PARDO, José, Técnica, Riesgo y Derecho. (Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental), Ariel Derecho, Ed. Ariel S.A., Barcelona 1999.

idem., La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible, "Revista de Administración Pública", núm. 149 mayo-agosto 1999,pp. 37-61.

Idem., La protección de la ignorancia. Exclusión de la responsabilidad por riesgos desconocidos, "R.A.P." núm. 161, mayo-agosto 2003, pp. 53-82.

FOGLEMAN, Valerie, The environmental liability directive, Environmental liability, num. 3, 2004, pp 101-114.

-CHAMORRO, Irene & ORTEU BERROCAL, Eduardo, Un nuevo régimen de responsabilidad comunitario por daños al medio ambiente: la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, en "Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental", núm. 65, Mayo 2004, pp. 19-28.

- FARNSWORTH, Nick Subsidiarity – A Conventional Industry Defence. Is the Directive on Environmental Liability with Regard to Prevention and Remedying of Environmental Damage Justified under the Subsidiarity Principle?, "European Environmental Law Review", núm. 13 2004, pp. 176-185.

-FUCHS, Oliver, Por une définition communautaire de la responsabilité environnementale, L'Hartmann, Paris 2003.

- GARCÍA COBALEDA, Manuel, Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental, 9 de febrero de 2000 COM (200) (2000) 66 final, "Gestión Ambiental", núm. 19, julio 2000 pp. 14-20.
- GOMIS CATALÁ, Lucía Estrategia comunitaria en materia de responsabilidad por daños al medio ambiente, "Gestión Ambiental", núm. 19, julio 2000 pp. 1-13.
- GUÉGAN, Anne, L'apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile, "Revue Juridique de l'environnement" núm. 2, 2000, pp. 147-178.
- LOZANO CUTANDA, Blanca, La responsabilidad por daños ambientales: la situación actual y el nuevo sistema de "responsabilidad de Derecho público" que introduce la Directiva 2004/35/CE, "Justicia Administrativa", Núm. 26, Enero 2005, pp. 5-34.
- HUTCHINSON, Tomas et al, Daño ambiental, rubinzal-culzoni editores, Buenos Aires 1999.
- JORDANO FRAGA, Jesús, La reparación de los daños catastróficos (Catástrofes Naturales, Administración y Derecho público: responsabilidad, seguro y solidaridad), Marcial Pons 2000.
- idem., Efecto directo "horizontal" de determinadas directivas ambientales: la consagración jurisprudencial de la invocabilidad por particulares de las directivas en relaciones triangulares (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 7 de enero de 2004 en el asunto C-201/02) , "Revista Española de Derecho Administrativo" núm. 124, 2004, pp. 645-659.
- MICCICHÉ, Rosanna, Nuova direttiva europea in materia di responsabilità ambientale, "Rivista Giuridica dell' Ambiente" , n.5, settembre-ottobre 2003, pp. 917-922.
- POZZO, Barbare, Danno ambientale e imputazione de la responsabilità, Milano Giufre 1996
- idem., Il danno ambientale, Giufre, Milano 1998
- idem., La nuova responsabilita civile per danno al ambiente, 2002
- idem., Verso una responsabilità civile per danni all'ambiente in Europa: Il nuovo Libro Bianco della Commissione delle Comunità eropee, "Rivista Giuridica dell'ambiente", 2000, pp. 623-664.
- ROBIN, Cécile, La réparation des dommages causés par le naufrage de l'Erika, "R.J.E. " , 2003, num. 1, pp. 31-60.
- STALLWORTHY, Mark, Environmental liability and the impact of statutory authority, "Journal of Environmental Law", vol. 15, number 1, 2003. pp. 2-25.
- STEICHEN, Pascale, La proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en vue de la prévention et de la réparation de dommages environnementaux, "Revue Juridique de l'Environnement". num. 2, juin 2003,

pp. 177-192.

- TASCHNER, Hans Claudius, Environmental Liability and Product Liability in the EU: a Comparison, "Review of European Community & International Environmental Law", 2000, Vol. 9 Issue 2, pp.160-164.

-VIVANI, Claudio, Il danno ambientale profili di diritto publico, Padova Cedam 2000.

-VV.AA, Environmental Damage in international and comparative Law: Problems of definition and Valuation, Edited by M.BOWMAN and A. BOYLE, Oxford University Press, 2002.

-WILDE, Mark, Civil liability for environmental Damage: A comparative Analysis of Law and Policy in European and the United States, Kluwer Law International, 2002.

[1] Estudio realizado en el marco del Proyecto de investigación SEJ 2004-01046/JURI "régimen jurídico de los recursos naturales del Ministerio de Educación y Ciencia.

[2] Cfr. Posición del Parlamento Europeo expresada en el Dictamen consultivo presentado el 17 de junio de 1982 sobre el proyecto del tercer Programa.

[3] D.O.C.E. de 4 de octubre de 1989. Esta propuesta de Directiva también puede verse en "Actualidad Civil Legislación" núm. 10 octubre de 1989, pp. 587-595.

[4] El Documento puede verse en la "RDA" núm. 11, 1993, pp. 139 a 177.

[5] Bruselas 9-2-2000 COM (2000) 66 final, ISSN 0257-9545, Nº de catálogo: KT-CO-00-66-ESC-C, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, L-2985, Luxemburgo. Para una descripción y análisis del mismo véase POZZO, Verso una responsabilità civile per danni all'ambiente in Europa: Il nuovo Libro Bianco della Commissione delle Comunità eropee, "Rivista Giuridica dell'ambiente", 2000, pp. 623-664; BERGKAMP, The Commission's White Paper on Environmental Liability: A Weak Case for an EC Strict Liability Regime (2000) 9 "European Environmental Law Review" pp. 105-114.; GOMIS CATALÁ, Estrategia comunitaria en materia de responsabilidad por daños al medio ambiente, "Gestión Ambiental",núm. 19, julio 2000 pp. 1-13 y GARCÍA COBALEDA, Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental,9 de febrero de 2000 COM (200) (2000) 66 final, "Gestión Ambiental",núm. 19, julio 2000 pp. 14-20.

[6] Cfr. Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental, pp. 4,10, 18 y 30.

[7] D.O.C.E. L núm. 14, de 30 de abril de 2004, pp. 56-75.

[8] Información que extraemos de <http://europa.eu.int/prelex/>. Para una descripción de los hitos fundamentales de la tramitación véase MICCICHÉ, Nuova direttiva europea in materia di responsabilità ambientale, "Rivista Giuridica dell' Ambiente" , n.5, settembre-ottobre 2003, pp. 917-922.

[9] D.O.C.E./2002/151/132. Al respecto véase STEICHEN, La proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en vue de la prévention et de la réparation de dommages environnementaux, "Revue Juridique de l'Environnement". num. 2, juin 2003, pp. 177-192; CLARKE, The Proposed EC Liability Directive: Half-Way Through Co-Decision, "Review of European Community & International Environmental Law", 2003, Vol. 12 Issue 3, pp. 254-268; BERGKAMP, The Proposed Environmental Liability Directive (2002) 11 "European Environmental Law Review" pp. 294-314; CHAMORRO & ORTEU BERROCAL, Un nuevo régimen de responsabilidad comunitario por daños al medio ambiente: la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, en "Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental", núm. 65, Mayo 2004, pp. 19-28.

[10] D.O. C/2002/241/162.

[11] Documentos: sec/2003/1027/final sec/2003/1027/final numero celex documento celex 52003sc1027.

[12] Boletín de la Unión Europea Boletín/2003/12/ 1.4.61.

[13] Decisión: Dictamen con modificación Documentos: Documento Comisión de las Comunidades Europeas COM/2004/55/FINAL C5/2004/44/ C5/2004/44/ NUMERO CELEX Documento Celex 52004PC0055.

[14] Describiendo la delicada búsqueda del consenso político sobre la base del posibilismo, las tensiones y las posiciones de los distintos actores véase la magistral exposición de FUCHS, Por une définition communautaire de la responsabilité environnementale, L'Hartmann, Paris 2003, pp.69-77 y 116.

[15] Y así ha ocurrido con otros decisivos aspectos (Cfr. CLARKE, The Proposed EC Liability Directive: Half-Way Through Co-Decision, "Review of European Community & International Environmental Law", 2003, Vol. 12 Issue 3, pp. 267-268.

[16] Ya existen numerosos estudios sobre la Directiva 2004/35 entre los que destacamos: FOGLEMAN, The environmental liability directive, Environmental liability, num. 3, 2004, pp. 101-114; LOZANO CUTANDA, La responsabilidad por daños ambientales: la situación actual y el nuevo sistema de "responsabilidad de Derecho público" que introduce la Directiva 2004/35/CE, "Justicia Administrativa", núm. 26, Enero 2005, pp. 5-34; CASTROVIEJO BOLÍBAR, Quien contamina paga. Un paso decisivo en su aplicación con la directiva sobre responsabilidad ambiental, "Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental", núm. 65, Mayo 2004, pp. 29-39.

[17] Cfr. art. 19 de la Directiva 2004/35.

[18] Así las STJCE de 11 de agosto de 1995, Comisión c. Alemania, Asunto 431/92; Asunto 435/1997, World Wild Fund, 16 de septiembre de 1999 y más recientemente Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 7 de enero de 2004 en el asunto C-201/02 ha afirmado el efecto directo horizontal de la Directiva EIA. Al respecto véase nuestro trabajo, Efecto directo horizontal de determinadas directivas ambientales: la consagración jurisprudencial de la invocabilidad por particulares de las directivas en relaciones triangulares (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 7 de enero de 2004 en el asunto C-201/02), "Revista Española de Derecho Administrativo" núm. 124, 2004, pp. 645-659. También puede verse en Medio ambiente y Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental, num. 11 diciembre 2004. <http://www.cica.es/aliens/gimadus/>. También la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 7 de septiembre de 2004, Asunto C-127/02 Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee y Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Vogels contra Staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij. § 66 y 70 ha vuelto a declarar la eficacia directa de las directivas incluyendo los supuestos de ausencia de transposición en este caso respecto de la Directiva 92/43/CEE.

[19] Obsérvese que esta jurisprudencia niega que un Estado incumplidor del deber de transposición de una Directiva pueda invocar dicha Directiva contra un particular a los efectos de servir de base para imponer sanciones o que no puede aplicarse el Derecho interno no adaptado a una Directiva en contra de ese particular (MILLÁN MORO, La eficacia directa de las directivas: evolución reciente, "Revista de Instituciones Europeas", vol. 18, núm. 3, 1991, pp. 849-850 y 852; MORENO MOLINA, La ejecución administrativa del Derecho comunitario, Régimen europeo y español, Universidad Carlos III-Marcial, Pons, Madrid 1998, pp. 68-70).

[20] MILLÁN MORO trae a colación la invocabilidad de una Directiva frente al Estado empresario sanitario para el concepto de poder público o autoridad a estos efectos (STJCE de 26 de febrero de 1986)(op. ult. cit., pp. 848 y 860-861). Examinando de modo exhaustivo esta cuestión, véase MAILLO GONZÁLEZ ORÚS, La noción de Estado en relación al efecto directo vertical de las directivas: Aplicación al Estado español, "RDCE", núm. 6, julio-diciembre 1999, pp. 465-496. Se manejan por el TJCE criterios funcionales y de control no siendo decisiva la forma jurídica.

[21] MILLÁN MORO, op. ult. cit., p. 870; BELLO MARTÍN-CRESPO, Las directivas como criterio de interpretación del derecho nacional, cit., p. 106.

[22] Entiendo que dichos Tratados a pesar de sus recientes actualizaciones provenientes de eventos como el "Erika", "Prestige", deber ser intensamente reformados en tanto que marcos jurídicos formalizados de impunidad difícilmente justificables en una sociedad actual y en el Estado ambiental de Derecho.

[23] Cfr. art. 16. 1 de la Directiva 2004/35.

[24] Según el anexo I 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 tuviera al producirse el daño, con las prestaciones ofrecidas por las posibilidades recreativas que generan y con su capacidad de regeneración natural. Los cambios adversos significativos en el estado básico deberían determinarse mediante datos mensurables como:

— el número de individuos, su densidad o la extensión de la zona de presencia;

— el papel de los individuos concretos o de la zona dañada en relación con la especie o la conservación del hábitat, la rareza de la especie o del hábitat (evaluada en el plano local, regional y superior, incluido el plano comunitario);

— la capacidad de propagación de la especie (según la dinámica específica de la especie o población de que se trate), su viabilidad o la capacidad de regeneración natural del hábitat (según la dinámica específica de sus especies características o de sus poblaciones);

— la capacidad de la especie o del hábitat, después de haber sufrido los daños, de recuperar en breve plazo, sin más intervención que el incremento de las medidas de protección, un estado que, tan sólo en virtud de la dinámica de la especie o del hábitat, dé lugar a un estado equivalente o superior al básico. Los daños con efectos demostrados en la salud humana deberán clasificarse como daños significativos.

[25] Así, LOZANO CUTANDA, La responsabilidad por daños ambientales: la situación actual y el nuevo sistema de "responsabilidad de Derecho público" que introduce la Directiva 2004/35/CE, "Justicia Administrativa", Núm. 26, Enero 2005, p. 26.

[26] Art. 3.1 a) de la Directiva 2004/35.

[27] El listado exhaustivo contenido en el Anexo III comprende:

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

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

los residuos peligrosos (3). Estas actividades incluyen, entre otras cosas, la explotación de vertederos de conformidad con la Directiva 1999/31/CE del Consejo, de 26 de abril de 1999, relativa al vertido de residuos (4) y la explotación de instalaciones de incineración de conformidad con la Directiva 2000/76/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2000, relativa a la incineración de residuos (5). A los efectos de la presente Directiva, los Estados miembros podrán decidir que dichas operaciones no incluyan la aplicación de lodos de depuración procedentes de estaciones depuradoras de aguas residuales urbanas, tratados hasta un nivel aprobado, con fines agrícolas.

3. Todos los vertidos en aguas interiores superficiales sujetas a autorización previa de conformidad con la Directiva 76/464/CEE del Consejo, de 4 de mayo de 1976, relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad (6).

4. Todos los vertidos en las aguas subterráneas sujetas a autorización previa de conformidad con la Directiva 80/68/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1979, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas (7).

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

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

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

a) las sustancias peligrosas definidas en el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 67/548/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1967, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de clasificación, embalaje y etiquetado de las sustancias peligrosas (8); b) los preparados peligrosos definidos en el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 1999/45/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 1999, sobre aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la clasificación, el envasado y el etiquetado de preparados

peligrosos (9); c) los productos fitosanitarios definidos en el punto 1 del artículo 2 de la Directiva 91/414/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1991, relativa a la comercialización de productos fitosanitarios (10); d) los biocidas definidos en letra a) del apartado 1 del artículo 2 de la Directiva 98/8/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, relativa a la comercialización de biocidas (11).

8. El transporte por carretera, por ferrocarril, por vías fluviales, marítimo o aéreo de mercancías peligrosas o contaminantes de acuerdo con la definición que figura en el Anexo A de la Directiva 94/55/CE del Consejo, de 21 de noviembre de 1994, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros con respecto al transporte de mercancías peligrosas por carretera (1) o

en el Anexo de la Directiva 96/49/CE del Consejo, de 23 de julio de 1996, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al transporte de mercancías peligrosas por ferrocarril (2) o en la Directiva 93/75/CEE del Consejo, de 13 de septiembre de 1993, sobre las condiciones mínimas exigidas a los buques con destino a los puertos marítimos de la Comunidad o que salgan de los mismos y transporten mercancías peligrosas o contaminantes (3).

9. La explotación de instalaciones sujetas a una autorización de conformidad con la Directiva 84/360/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1984, relativa a la lucha contra la contaminación atmosférica procedente de las instalaciones industriales (4) en relación con la liberación a la atmósfera de alguna de las sustancias contaminantes reguladas por la Directiva mencionada.

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

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

12. El traslado transfronterizo de residuos dentro, hacia o desde la Unión Europea sujeto a autorización o prohibido según lo dispuesto en el Reglamento (CEE) no 259/93 del Consejo, de 1 de febrero de 1993, relativo a la vigilancia y al control de los traslados de residuos en el interior, a la entrada y a la salida de la Comunidad Europea (7).

[28] El daño ecológico puro no está bajo la cobertura del Convenio de Bruselas. Cfr. ROBIN, *La réparation des dommages causés par le naufrage de l'Erika*, "R.J.E.", 2003, num. 1, pp. 41-41. El FIPOLE ha sido descrito por Le GUEN como "un muro que protege a los contaminadores" (FUCHS, *Por une définition communautaire de la responsabilité environnementale*, L'Hartmann, Paris 2003, p. 42).

[29] Recuérdense que conforme al art. 4 de la Directiva 2004/35, el régimen por ella establecido no se aplicará a los daños medioambientales, ni a la amenaza inminente de tales daños, que surja de un incidente con respecto al cual la responsabilidad o indemnización estén reguladas por alguno de los convenios internacionales enumerados en el Anexo IV, incluidas sus eventuales modificaciones futuras, que esté vigente en el Estado miembro de que se trate. Igualmente su régimen se entenderá sin perjuicio del derecho del operador a limitar su responsabilidad de conformidad con lo dispuesto en la legislación nacional que desarrolle el Convenio de 19 de noviembre de 1976 sobre Limitación de la Responsabilidad Nacida de Reclamaciones de Derecho Marítimo, incluida cualquier modificación futura de este Convenio o el Convenio de Estrasburgo sobre Limitación de la Responsabilidad en la Navegación Interior, de 1988, incluida cualquier modificación futura de este Convenio. Y por último, la presente Directiva no se aplicará a los riesgos nucleares, ni a los daños medioambientales, ni a la amenaza inminente de tales daños, que pueda causar el desempeño de las actividades contempladas en el Tratado por el que se establece la Comunidad Europea de la Energía Atómica o un incidente o actividad con respecto al cual la responsabilidad o indemnización estén reguladas por alguno de los instrumentos internacionales enumerados en el Anexo V, incluidas sus eventuales modificaciones futuras.

[30] art. 4.1 de la Directiva 2004/35.

[31] Recopilación de Jurisprudencia 1999, p. I-05087

[32] Cfr. § 65 y 67.

[33] La interpretación más reciente de estas excepciones limita la presencia de discrecionalidad al nivel político o planificador pero no al nivel operacional (SCHWARTZ). Pero la crítica a estas inmunidades es muy extendida en la doctrina. Estas posiciones críticas parten del agravio que supone adoptar estándares estrictos de responsabilidad aplicables para los ciudadanos pero no para el Gobierno Federal; estándares que limitan la responsabilidad a supuestos donde el sentido común exigiría su reconocimiento o eximiéndole del cumplimiento de la legislación de los diferentes Estados (KEARNS). En aplicación de la excepción de función discrecional o misrepresentation la jurisprudencia ha entendido que caen bajo el paraguas de la sovereign immunity los daños provocados con ocasión del funcionamiento de los servicios meteorológicos (así, NATIONAL MFG. Co et al v. United States respecto de los daños causados por la inundación provocada por el río KANSAS, estimando que la predicción meteorológica entra dentro del campo de la discrecionalidad). De modo sectorial, dos previsiones normativas federales deben ser citadas en el específico ámbito de la legislación de reparación de desastres y control de inundaciones. La Disaster Relief Act dispone que

"El Gobierno Federal no será responsable en virtud de ninguna reclamación basada sobre el ejercicio o desempeño, o la falta de ejercicio o realización de una potestad discrecional o deber por parte de una agencia federal o un empleado de gobierno federal en la implementación de las previsiones de esta Ley".

De otro lado, según la Flood Control Act de 1928

"No Liability of any kind shall attach to or rest upon the United States for any damage from floods or flood waters at any place" ("ninguna responsabilidad de la clase que sea podrá atribuirse o descansar sobre la base de daños provocados por inundaciones o aguas procedentes de dichas inundaciones en cualquier sitio").

Esta previsión de la Mississippi Flood Control Act de 1928 ha tenido el respaldo de decisiones tan significativas como *United States v. James* de la Corte Suprema de los Estados Unidos; o *Bodreau v. United States*, declarando la inmunidad de los Estados Unidos frente a acciones por daños personales y materiales causados en el control de inundaciones por la negligencia los empleados públicos encargados

La interpretación jurisprudencial, según LERNER, ha determinado, a pesar de estas cláusulas de inmunidad en el ejercicio de poderes discrecionales, la afirmación de responsabilidad en determinados supuestos de emergencia o catastróficos de forma restrictiva y sólo para los supuestos de las más flagrantes y obvias desviaciones del procedimiento o de la buena diligencia "good practice". Por ejemplo: 1) falta o defecto de planificación para supuestos de emergencia -*DFDS Seacruises (Bahamas) Ltd v. United States*, por falta de un plan contra incendios abordado por parte del servicio de Guarda Costas-; o 2) -*Berkovitz v. United States*, por violación de un mandato legal específico de elaborar un plan o de una norma que exija un comportamiento concreto-. Sin embargo, en casos concretos de catástrofes naturales, la presencia de cláusulas de inmunidad ha sido judicialmente respaldada en algunos supuestos. En la erupción volcánica de St. Helen el 18 de mayo de 1980, en la que murieron 60 personas y se produjeron daños fuera de las zonas de exclusión o restringidas declaradas por el Gobernador, los tribunales (la Washington Supreme Court) estimaron dichas actuaciones cubiertas bajo la *discretionary function exception*, rechazándose la alegación de las víctimas de una designación negligente por parte del Gobernador (*Karr v. State*) o de aquellos comerciantes no afectados por la catástrofe pero sí en negocios en un área señalada como restrictiva pero a la postre no afectada por la catástrofe (*Cougar Business Owners Association v. State*). En *EASTON v. GILBERT SOUTHERN Corp., United States & AETNA CASUALTY and SURETY Co.*, se reclamaba la reparación conforme a la CERCLA de unos terrenos afectados por residuos tóxicos como consecuencia de las actuaciones de limpieza y retirada de escombros producidos por un huracán ex *Disaster Relief Act*. En la decisión se planteaban dos cuestiones relevantes: si estas actuaciones estaban bajo la cobertura de la inmunidad de la *Disaster Relief Act* y si la renuncia a la inmunidad ex 42 U.S.C.S 9620 (a) (1) había de prevalecer sobre dicha inmunidad; la sentencia enmarca las operaciones de limpieza dentro del ámbito discrecional y, por tanto, inmunes sobre la base de la inexistencia de una regulación concreta a seguir en las operaciones de limpieza y, de otro lado, entiende que la falta expresa de renuncia a la inmunidad hace inaplicable al caso las disposiciones de la CERCLA. Para una información mas amplia, véase nuestro libro, *La Reparación de los daños catastróficos*, Marcial Pons, Madrid 2000, pp. 60-66.

[34] La sentencia más reciente que recoge esta tendencia objetivadora es la STS de 7 de abril de 1997, Ar. 2743, Ponente MORALES MORALES, Fundamento de Derecho Quinto, con ocasión de los daños provocados por una industria química.

[35] La proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en vue de la prévention et de la réparation de dommages environnementaux, "Revue Juridique de l'Environnement". num. 2, juin 2003, pp.181-182.

[36] STALLWORTHY, Environmental liability and the impact of statutory authority, "Journal of Environmental Law", vol. 15, number 1, 2003. p. 22.

[37] WILDE, Civil liability for environmental Damage: A comparative Analysis of Law and Policy in European and the United States, Kluwer Law International, 2002, pp. 223-224. El autor propone una sugestiva idea: condicionar las licencias a la obligación de mantener al día la información sobre las últimas evidencias científicas sobre los efectos de la actividad y de informar a la autoridad competente de cualquier nuevo dato significativo (p. 226).

[38] Para un análisis detallado de esta cuestión véase nuestro estudio Riesgos del desarrollo como causa de exclusión en la Directiva del Parlamento y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, Actas del V Congreso Nacional de Derecho Ambiental, Monografía núm. 5 de la Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, Editorial Aranzadi, agosto 2004, ISBN: 84-9767-463-4, pp. 27-51. Criticando también esta cláusula de exoneración véase FUCHS, Por une définition communautaire de la responsabilité environnementale, L'Hartmattan, Paris 2003, p. 96.

[39] DOCE número L, de 17 de abril de 2001.

[40] Vid. POZZO, Verso una responsabilità civile per danni all'ambiente in Europa: Il nuovo Libro Bianco della Commissione delle Comunità eropee, "RGA", 2000, p. 635 y nota núm. 41.

[41] Cfr. Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental, p. 17.

[42] Defendiendo esta para los daños ambientales, véase TASCHNER, Environmental Liability and Product Liability in the EU: a Comparison, "Review of European Community & International Environmental Law", 2000, Vol. 9 Issue 2, p. 164, especialmente.

[43] Cfr. art. 9 de la Directiva.

[44] Conforme al art. 14.2 de la Directiva "Antes del 30 de abril de 2010, la Comisión presentará un informe sobre la eficacia de la presente Directiva en lo que respecta a la reparación real de los daños medioambientales, sobre la oferta a un coste razonable y

sobre las condiciones de los seguros y otros tipos de garantía financiera para las actividades enumeradas en el Anexo III. Asimismo, en el informe se tendrá en cuenta, en relación con la garantía financiera, los siguientes aspectos: un enfoque progresivo, un límite máximo de la garantía financiera y la exclusión de actividades de bajo riesgo. A la vista de dicho informe y de una exhaustiva evaluación de impacto, que incluya un análisis de rentabilidad, la Comisión, si procede, hará propuestas relativas a un sistema de garantía financiera obligatoria armonizada". En contra de nuestra posición, sobre la base de un estímulo para las buenas conductas en el marco de una responsabilidad asegurada, véase WILDE, *Civil liability for environmental Damage: A comparative Analysis of Law and Policy in European and the United States*, Kluwer Law International, 2002, pp. 223 y 299.

[45] Y esta limitación se contempla como desincentivadora de la adopción de medidas preventivas (BRUNNÉE, *Of sense and sensibility: reflections on international liability regimes as tools for environmental protection*, "International and Comparative Law Quarterly", vol. 53, April 2004, p. 366.

[46] Como destaca FOGLEMAN la directiva 2004/35 no establece una limitación de responsabilidad (*The environmental liability directive*, *Environmental liability*, num. 3, 2004, p. 105.

[47] Así procede el Protocolo de 16 mayo 2003, ratificado por Instrumento de 1 diciembre 2004, de Ratificación del Protocolo de 2003 relativo al Convenio Internacional sobre la constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 1992, hecho en Londres el 16 de mayo de 2003.

[48] Art. 10 de la Directiva 2004/35.

[49] BERGKAMP sostiene que es inadecuado si se conocen ya los daños de forma cierta y que ese hecho debió ser tenido en cuenta (*The Proposed Environmental Liability Directive (2002)* 11 "European Environmental Law Review" p. 311).

[50] Dell'ANNO, *Il danno ambientale ed i criteri di imputazione della responsabilità*, "RGA" núm. 1, gennaio-febbraio, 2000, p. 4

[51] *La reparación de Daños Causados a la Administración*, Cedecs Editorial, Barcelona 1998, p. 100

[52] *Prescripción y caducidad en el ejercicio de potestades administrativas*, Serie Administración Local, ¿Cómo se hace?, Editorial Marcial Pons, Madrid 1999, p. 131.

[53] art. 17 de la Directiva 2004/35..

[54] Cfr. FINDLEY & FARBER, *Environmental Law*, West Publishing Co, Saint Paul, Minnesota, 1988, pp. 176-177.

[55] La retroactividad en esta materia es una falacia pues siempre ha sido ilícito contaminar. Se trataría como ha estimado la jurisprudencia italiana respecto la legge 349, de 8 de julio de un innesto -injerto -sobre la normativa precedente (art. 2043 y 2050 cc) o un ritrovamento (PRATI, *Il danno ambientale nella prospettiva della culpa*, "Rivista Giuridica dell'ambiente", núm. 1, 1997, pp.36-40; POZZO, *il danno ambientale*, "Rivista Giuridica dell'ambiente" núm. 5 1999, pp. 745-756).

[56] LÓPEZ MENUDO, *El principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves*, "Documentación administrativa" núm. 263-264, "El principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones", mayo-diciembre 2002, pp. 93, 100-101.

[57] LÓPEZ MENUDO, *El principio de irretroactividad en las normas jurídico/administrativas*, -Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla 1982, pp. 223224.

[58] LÓPEZ MENUDO apunta esta doctrina como vía de escape a la retroactividad y pone como ejemplo la STC 8/1982, del 4 de marzo examinado la prórroga de forzosa de los contratos rústicos impuesta por la Ley (*El principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves*, cit., pp. 102-103).

[59] Art. 13 de la Directiva 2004/35.

[60] Art. 6 de la Directiva 2004/35.

[61] Art. 13.1 de la Directiva 2004/35.

[62] Art. 11.2 de la Directiva 2004/35.

[63] Art. 14 de la Directiva 2004/35.

[64] Prescribe el Anexo II que la Finalidad de la reparación complementaria es la siguiente: 1.1.2. Si los recursos naturales y/o servicios dañados no se restituyen a su estado básico, se efectuarán reparaciones complementarias. La finalidad de la reparación complementaria es proporcionar un nivel de recursos naturales y/o servicios —inclusive, si procede, en un paraje alternativo— similar al que se habría proporcionado si el paraje dañado se hubiera restituido a su estado básico. En la medida en que sea posible y adecuado, el paraje alternativo deberá estar vinculado geográficamente al paraje dañado, teniendo en cuenta los intereses de la población afectada.

[65] Vid. BREEN, *Citizen suits for natural resources damages: Closing a gap in Federal Environmental Law*, *Wake Forest Law Review*, vol 24, núm. 4 1989, pp. 864-867.

[66] POZZO, *Danno ambientale e imputazione de la responsabilità*, Milano Giufre 1996, pp. 205-247; VIVANI, *Il danno ambientale. Profili di diritto publico*, Padova Cedam 2000, pp. 167-185; WILDE, *Civil liability for environmental Damage: A comparative Analysis*

of Law and Policy in European and the United States, Kluwer Law International, 2002, pp. 96-97;

[67] Prescribe el anexo II de la Directiva 2004/35 que “El uso se determinará en función de la normativa de ordenación del territorio o, en su caso, de otra normativa pertinente que estuviera vigente en el momento de producirse el daño. Si cambia el uso del suelo, se adoptarán todas las medidas necesarias para impedir cualquier efecto adverso para la salud humana. Si no existe normativa de ordenación del territorio u otra normativa pertinente, será la naturaleza de la zona correspondiente en que se haya producido el daño, habida cuenta de sus expectativas de desarrollo, la que determinará el uso de dicha zona. Se estudiará la posibilidad de optar por una recuperación natural, es decir, sin ninguna intervención directa del ser humano en el proceso de recuperación”.

[68] En la enmienda 16 pretendía añadir dos nuevas letras al apartado 3 del art. 8 de la posición común con el siguiente tenor

b bis) han sido causados por una emisión o un hecho autorizados mediante autorización expresa, y plenamente ajustados a las condiciones en ella fijadas, concedida por, u otorgada de conformidad con, la legislación y la reglamentación nacionales aplicables que incorporan las medidas legislativas adoptadas por la Comunidad especificadas en el Anexo III, tal como se apliquen en la fecha de la emisión o del hecho en cuestión;

b ter) han sido causados por una emisión o 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.

La motivación que se aducía es la siguiente

“Se ha desvirtuado la Directiva al hacer referencia a las disposiciones nacionales de los Estados miembros por lo que respecta a la aplicación de excepciones. Mientras que el Parlamento Europeo atribuye un carácter atenuante al permiso y a las excepciones que prevé cada Estado, la formulación de la posición común puede considerarse como un debilitamiento sustancial, lo que puede conducir a la inseguridad jurídica y a una multitud de regímenes de responsabilidad en toda la UE, dado que la posición común condiciona esta cuestión fundamental al principio de subsidiariedad. Por tanto, teniendo en cuenta la posibilidad de que algunos Estados miembros introduzcan un factor atenuante y de que otros no lo hagan, el carácter armonizado de la Directiva se vería debilitado, lo que perjudicaría al medio ambiente y a la industria. Además, la formulación de la posición común puede afectar al desarrollo de instrumentos de garantía financiera adecuados, que es la clave para prevenir los daños de forma efectiva. Por tanto, resultaría más apropiado introducir una disposición vinculante en todos los Estados miembros. Con vistas a obtener un amplio apoyo político en la primera lectura del Parlamento Europeo para el concepto de factor atenuante, el ponente volverá a introducir una disposición más convincente sobre los atenuantes para garantizar unas condiciones equilibradas. Una emisión o acontecimiento y sus efectos previsibles, específica y explícitamente permitidos por la legislación y normas aplicables, o en el permiso o autorización expedidos al operador se considerarán un factor atenuante del nivel de compensación financiera respecto de la responsabilidad. La escala de atenuantes puede oscilar entre el 0 y el 100%, donde un atenuante del 100% representa una exclusión total. Las buenas prácticas agrícolas y forestales pueden considerarse como atenuantes del 100%, ya que, por lo general, son actividades respetuosas con el medio ambiente”.

Sin embargo, el Parlamento europeo a la vista de la recomendación para la segunda lectura de la comisión de Asuntos jurídicos y Mercado Interior rechazó en segunda lectura esta marcha atrás, pues la enmienda 16 no fue aceptada ni aprobada (Resolución del Parlamento europeo respecto de la posición común del consejo –109333/5/2003-C5-0445/2003-2002/0021 (COD)Acta de 17 de diciembre de 2003, edición provisional).

[69] En este sentido FARNSWORTH considera que la regulación de los riesgos del desarrollo del art. 8. 4 de la Directiva es contraria al principio de subsidiariedad y al principio del sic utere tuo (Subsidiarity – A Conventional Industry Defence. Is the Directive on Environmental Liability with Regard to Prevention and Remedying of Environmental Damage Justified under the Subsidiarity Principle? (2004) 13 European Environmental Law Review p. 179)