

MECANISMOS LEGALES PARA LA PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE

*Juan Antonio Loste Madoz**

Desde la década de los setenta, las economías industrializadas han prestado un interés progresivo a la protección del medio ambiente, cuyo marco legislativo es el Derecho ambiental. Sin embargo, este Derecho ambiental no está exento de cierta inseguridad jurídica en la aplicación de determinados instrumentos, como los «caudales ecológicos» sobre aprovechamientos hidroeléctricos, o el régimen de restauración de suelos históricamente contaminados. Para suplir estas deficiencias se hace necesario introducir nuevos mecanismos legales en las categorías jurídicas ya existentes sin violentar principios universales del Derecho, como el de irretroactividad de las normas punitivas o el de seguridad jurídica.

Palabras clave: *desarrollo sostenible, protección del medio ambiente, contaminación.*

Clasificación JEL: *K32, Q28.*

1. Perspectivas del Derecho ambiental

A partir de la década de los setenta las sociedades desarrolladas se han venido esforzando en reflexionar sobre la manera de alcanzar un equilibrio entre el crecimiento económico y la conservación de la naturaleza. En el marco de este desafío, el Derecho ha aparecido como un instrumento susceptible de conciliar la lógica del mercado y del medio ambiente. Sin embargo, si bien existe unanimidad entre los diferentes operadores ambientales sobre la necesidad de su intervención, las técnicas y mecanismos de esta intervención legal son hoy todavía, como veremos, objeto de controversia y debate.

Así, la política de protección de medio ambiente de los países occidentales y especialmente de los Estados miembros de la Unión Europea se fundamenta en la legislación ambiental como mecanismo para integrar la dimensión ecológica en el conjunto de las políticas comunitarias¹. El Derecho ambiental es, pues, el fundamento y la causa motora de nuestra estrategia ambiental: hemos pasado del «no Derecho» a la proliferación reglamentista, utilizando la norma no únicamente para tutelar conductas con incidencia ambiental sino también como cauce informativo y pedagógico.

Este moderno Derecho ambiental europeo tiene además perfiles revolucionarios; aquí no hay dogmas. Postulados de Dere-

* Abogado-Socio de Schiller Abogados. Profesor de Derecho Mercantil. C.E.S. Abad-Oliba-CEU. Universidad de Barcelona.

¹ Vid. DOCE, número C 70, de 18 de marzo de 1987, sobre el IV Programa comunitario de acción en materia de medio ambiente, donde de manera clara se invoca el Derecho como mecanismo para afrontar los problemas ambientales.

cho público y privado clásicos (entre otros, el sistema clásico de responsabilidad civil o la misma seguridad jurídica), caen como un castillo de naipes para tutelar con eficacia la utilización racional de los recursos naturales que hacen posible la vida: el agua, el aire y el suelo. Es un Derecho multidisciplinar, una disciplina de síntesis, que bebe de muchos *corpus* jurídicos, Derecho administrativo, penal, civil, mercantil, etcétera, para dar respuesta a cuestiones tan dispares como el régimen de vertidos, la etiqueta ecológica, o la restauración de emplazamientos contaminados.

Sin embargo, este Derecho se ha construido aparte, de manera marginal, como un «Derecho *ghetto*» fundamentalmente punitivo, de policía administrativa², elaborado en círculos cerrados, mediante ordenes y reglamentos «verticales», gestados en la misma Administración, raramente en el Parlamento, e incidiendo particularmente en el mundo industrial. Ha sido en el momento de su aplicación práctica por los órganos descentralizados y de base de la Administración ambiental cuando, sobre el terreno, se ha restablecido un diálogo y negociación permanente con el resto de operadores ambientales (industriales, organizaciones ecologistas, asociaciones de usuarios, etcétera) que ha introducido racionalidad a una normativa promulgada, en ocasiones, de espaldas a la realidad de los problemas; en definitiva, desarrollándose una política ambiental en la que el componente transaccional y negociador entre instancias públicas y agentes contaminantes es fundamental para acertar en la solución a los problemas ambientales (elemento esencial del desarrollo económico y social)³.

La norma ambiental tiene, además, grandes dificultades para integrar la dimensión económica y ética de los problemas ambientales; en el ámbito económico veremos un ejemplo claro al

apuntar el problema de los suelos contaminados donde, para afrontar los costes asociados al saneamiento de los mismos, en ocasiones son necesarias sumas faraónicas; en efecto, en la mayoría de los casos, la descontaminación de los suelos se plantea cuando cesa la actividad industrial histórica y el emplazamiento se reintegra al circuito económico inmobiliario. La legislación no ha sabido aprovechar este aspecto e introducir medidas correctoras para minimizar el coste de descontaminación como, por ejemplo, vincular las plusvalías que se generan como consecuencia de la recalificación urbanística de los antiguos emplazamientos industriales a las labores de restauración^{4, 5}.

En orden a la dimensión ética, el legislador debe velar para que la actividad humana con incidencia ambiental se ajuste a un conjunto de finalidades éticas tendentes a impedir prácticas profesionales abusivas de las que pueden ser víctimas los consumidores, los países con dificultades económicas o, en definitiva, el medio ambiente en cualquiera de sus vectores. Así, es sorprendente constatar, por ejemplo, que son los países con normas ambientales más estrictas (Estados Unidos, Alemania, Holanda, Suiza y Suecia) los que han exportado durante años millones de toneladas de residuos tóxicos hacia países con legislaciones ambientales más laxas⁶. En estos casos la normativa no ha sabido priorizar el interés común en su sentido más amplio, más global o transnacional.

No se ha llevado a término tampoco una reordenación del Derecho administrativo, ni se han fijado criterios claros de ponderación de éste sobre el Derecho penal en la tutela del medio ambiente⁷.

Por último, dado que la aplicación de la norma ambiental es especialmente compleja al incorporar el elemento de negocia-

² Vid. LOSTE MADOZ, Juan Antonio «Algunos instrumentos normativos de tutela ambiental: alternativas a políticas públicas ambientales punitivas», *La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, número 4792, de 10 de mayo de 1999, páginas 1 a 5.

³ Fue la Administración ambiental de Estados Unidos (Environmental Protection Agency, EPA) la pionera en introducir el componente negociador (*bargain*) en la aplicación de la norma ambiental, rechazada inicialmente por observadores europeos.

⁴ Vid. *Ley Española de Residuos*, número 10/1998, artículos 27 y 28.

⁵ Vid. NIELSEN, Pernille y BORONAT, Jordi: «El desarrollo legislativo en la contaminación de los suelos: la experiencia danesa», *Revista Residuos*, número 50, 1999.

⁶ Vid. «La exportación de los residuos: un nuevo colonialismo», *Courrier International*, número 68, 20 de febrero de 1992, página 5.

⁷ Vid. «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección del medio ambiente por medio del Derecho penal»; COM, 2001, 139 final.

ción al que nos hemos referido y al remitirse a aspectos técnicos situados extramuros del Derecho, la Administración de justicia, que sigue desasistida, con su crónica falta de medios humanos y de todo tipo, y que en definitiva debe aplicar la norma ambiental, está desbordada resolviendo sin una línea clara las controversias ambientales que se le plantean, y provocando cierta inseguridad jurídica entre los diferentes operadores ambientales.

A pesar de este panorama y de las dificultades que de manera esquemática acabamos de señalar, se ha conformado a nivel europeo un *corpus* jurídico ambiental que, cuanto menos, nos permite afirmar que se han sentado las bases para tutelar, con mayor o menor eficacia, las actividades con incidencia ambiental. Y si bien la Ley no lo puede todo, con el apoyo de la técnica, determinados mecanismos legales nos permiten ya prevenir, controlar y corregir impactos ambientales en puntos relevantes y estratégicos de nuestro medio ambiente.

Nos referiremos ahora a estos mecanismos; para ello, es necesario advertir que la naturaleza del presente trabajo no nos permite abordar en todo su conjunto las nuevas figuras o mecanismos acuñados por el Derecho ambiental; baste recordar, entre otras muchas, la evaluación de impacto ambiental, los nuevos sistemas de responsabilidad objetiva por daños al medio ambiente, los seguros ambientales, los impuestos y tasas verdes, la eco-etiqueta, la eco-auditoría, o el novísimo régimen de comercio de los derechos de inmisión de gases de efecto invernadero⁸.

Nos centraremos, pues, en algunos de estos mecanismos. Para ello partiremos de la doble óptica o estrategia con la que se ha construido la legislación ambiental: medidas preventivas y

de control, y medidas de corrección. Así, y en orden a medidas preventivas, abordaremos el régimen de los caudales ecológicos y sus efectos sobre el sistema concesional hidráulico español, y extrapolable a todas las economías occidentales; en segundo lugar, y en el campo de la restauración, apuntaremos algunas ideas sobre el controvertido régimen de los suelos contaminados, sin duda, uno de los mayores problemas a nivel internacional del medio ambiente en su vertiente reparadora; en particular, la corresponsabilidad de los poderes públicos en la contaminación histórica o crónica de determinados emplazamientos.

Para un mejor enfoque y planteamiento de este trabajo, tendremos presente el contenido y conclusiones del *Informe Dobris*⁹.

2. Los caudales mínimos o ecológicos y sus efectos sobre el sistema concesional hidráulico español

Todos los tipos de energía tienen posibles impactos ambientales de diferentes grados, en todas las fases de su ciclo de utilización. Los impactos ambientales provocados por fuentes de energía que más han atraído la atención de los responsables de la formulación de políticas en los últimos años son los atmosféricos, que han dado lugar a fenómenos como la lluvia ácida y el calentamiento mundial, ambos derivados, en gran medida, de la utilización de combustibles fósiles.

Queremos llamar ahora la atención sobre los impactos que pueden producirse en el medio acuático asociados a la producción de energía hidroeléctrica. En efecto, en casi todos los países europeos se han realizado grandes obras de regulación de los ríos, encaminadas a la producción de energía de origen hidráulico; para ello se han instrumentado concesiones públicas

⁸ Vid. Libro Verde de la Comisión Europea sobre el comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión Europea; COM, 2000, 87 final, Bruselas, 8 de marzo de 2000. La comercialización de los derechos de emisión es un sistema en plena gestación por el que las empresas podrían ver asignadas cuotas de emisión; las que redujeran sus emisiones por encima de su cuota, podrían vender sus «excedentes» a otras que no pueden alcanzar su objetivo. Este comercio no perjudicaría el objetivo ambiental, ya que el objetivo global de emisiones señalado del Protocolo de Kioto, se respetaría.

⁹ Informe sobre la situación medioambiental en Europa, solicitado por los miembros europeos de medio ambiente en la Conferencia Ministerial que se celebró en el Castillo de Dobris, Checoslovaquia, en junio de 1991, y preparada por el grupo de trabajo de la Agencia Europea de Medio Ambiente (Comisión Europea: DG XI y PHARE).

que atribuyen a su titular el derecho a derivar del cauce de algunos tramos de los ríos un determinado caudal para su aprovechamiento hidroeléctrico lo que, en muchas ocasiones, ha puesto en peligro la conservación de los ecosistemas acuáticos.

Como técnica preventiva pero también reparadora¹⁰ y completando el régimen clásico de evaluación de impacto ambiental¹¹, la legislación hidráulica europea y post-constitucional española introdujo los llamados caudales ecológicos como presupuesto de la gestión del dominio público hidráulico, para garantizar la conservación de los ecosistemas acuáticos; veremos a continuación los problemas que se suscitan en el modelo español con la implantación en nuestros ríos de caudales mínimos o ecológicos.

En busca de un concepto de caudal ecológico

La Ley, en su sentido más amplio, no define el concepto de «caudal mínimo o ecológico». Es más, iremos viendo a lo largo del presente trabajo cómo la terminología utilizada por los diferentes cuerpos legales existentes en España (Ley de Pesca, Ley de Aguas, normativa sobre planificación hidrológica, etcétera) es cambiante: unas veces hablaremos de «caudales mínimos», otras de «caudales ecológicos» y/o «naturales». Todo ello, sin duda, como veremos, abundará en la inseguridad jurídica del ya de por sí confuso sistema concesional hidráulico español.

Si bien el derecho no permite agotar la cuestión, pues estamos ante un concepto de cariz fundamentalmente técnico, el legislador directa o indirectamente, a través de la planificación

hidrológica, debería haber señalado con mayor claridad, pautas, criterios o métodos para definir el concepto de «caudal ecológico mínimo».

Recogiendo lo manifestado por parte de la doctrina y de acuerdo con lo establecido en los diferentes cuerpos legales que abordan este concepto, podríamos ensayar varias definiciones de caudal ecológico o mínimo, que podrían concretarse de la siguiente manera:

— Masas de agua que deben circular por los cauces y acuíferos por razones de protección ambiental, para el mantenimiento y conservación del ecosistema acuático.

— Dotaciones de agua a respetar en los cauces de los ríos, que permitan mantener unas condiciones adecuadas para el desarrollo de la vida piscícola.

— Caudal por debajo del cual la situación de estrés producida sobre las comunidades biológicas acuáticas pondría en riesgo su viabilidad al mantenerse un período prolongado de tiempo.

— Caudal de agua excluido de todo uso o aprovechamiento y que ha de ser reservado para la supervivencia del propio río y del ecosistema en general.

Desde la vertiente técnica, los diferentes operadores ambientales vienen significando, que el concepto de «caudal ecológico o mínimo» variará en función del objetivo concreto que se persiga para el tramo de río en el que se pretende introducir: la conservación de una determinada especie acuática, la mejora del paisaje y del entorno en general desde un punto de vista estético, el mantenimiento o recuperación de un ecosistema en su sentido más amplio, etcétera.

En base, además, a estos objetivos y como sea que la normativa no define criterios para la determinación de estos caudales, se vienen utilizando por las distintas Administraciones diferentes métodos: hidrológicos, hidrobiológicos, hidráulicos, etcétera.

Asimismo, la propia naturaleza cambiante del ecosistema acuático hará que los «caudales ecológicos o mínimos» varíen en el tiempo en función de diferentes vectores: régimen de lluvias, sequías, épocas del año, actuaciones u obras en los cauces, etcétera.

¹⁰ Vid. artículo 174.2 del Tratado de las Comunidades Europeas o la exposición de motivos de la Directiva 85/337/CEE, de 27 de junio, que señala: «La mejor política del medio ambiente consiste en evitar, desde el principio, la creación de contaminantes o daños, más que combatir posteriormente sus efectos...»

¹¹ Vid. Directiva 91/11/CE de Consejo de 3 de marzo de 1997, en el ámbito español. Vid. Real Decreto legislativo 130/1986, de 28 de julio, modificado por el Real Decreto Ley 9/2000, de 6 de octubre, que regula la evaluación de impacto ambiental como mecanismo legal preventivo por excelencia.

Lo que parece claro es que estamos ante una medida de política hidráulica, en virtud de la cual se configura el «caudal ecológico o mínimo» como una herramienta o técnica de prevención y restauración del medio ambiente y, en concreto, de los hábitat fluviales. Su determinación se hará río a río, tramo a tramo, a través de la planificación hidrológica, conjugando los diferentes intereses (biológicos, paisajísticos, hidráulicos, etcétera) que convergen en un determinado ecosistema fluvial.

La Ley 29/1985 de Aguas y la planificación hidrológica

Desde un inicio, en sede de principios generales, el artículo 13 de esta Ley impone la compatibilidad de la gestión pública del agua con la conservación, protección y restauración de la Naturaleza. El artículo 71.2. de la Ley, con relación a las autorizaciones y concesiones invoca la «más racional utilización del agua».

Pero ha sido la Ley 46/1999 de 13 de diciembre, que modifica la Ley de Aguas de 1985, la que ha dado definitivamente cobertura legal a esta medida de protección-restauración. En este sentido, su exposición de motivos dice, entre otras cosas, lo siguiente:

«Asimismo, las mayores exigencias que imponen, tanto la normativa europea como la propia sensibilidad de la sociedad española, demandan de las Administraciones públicas la articulación de mecanismos jurídicos idóneos que garanticen el buen estado ecológico de los bienes que integran el dominio público hidráulico, a través de instrumentos diversos, como pueden ser, entre otros, (...) la regulación de los caudales ecológicos como restricción general a todos los sistemas de explotación.»

El Capítulo III de la Ley de Aguas, en su nueva redacción, que lleva el título «de las autorizaciones y concesiones», se abre con el artículo 57; este artículo empieza definiendo los «caudales ecológicos» como una restricción a la explotación o aprovechamiento del agua y no como un uso más. Esta precisión pone fin a cierta controversia que se suscitó con motivo de la interpreta-

ción del Real Decreto 1664/1998, de 24 de julio, y el artículo 115.2.g del Real Decreto 649/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (RDPH), y en el que se refería a «caudales mínimos», para respetar usos comunes, sanitarios o ecológicos, si fueran precisos. Insistimos, pues, en que la controversia queda zanjada y los caudales ecológicos se configuran como una técnica preventiva, como un límite de naturaleza ambiental, en el régimen de concesión o aprovechamiento de aguas y no como un uso más de las aguas.

La exclusión de los «caudales ecológicos» del régimen de usos del agua y su configuración vía Ley 46/1999 como una restricción en el aprovechamiento, puede ser utilizado por algunos operadores ambientales para defender la no indemnizabilidad de su implantación; en efecto, una nota común a todas las limitaciones de derechos es su no indemnizabilidad, al derivar de una actuación administrativa que debe ser soportada pasivamente por el administrado, como una carga social, sin contraprestación económica alguna. En este sentido, las limitaciones de derechos no están sometidas al régimen general expropiatorio-indemnizatorio. Es más, nos atrevemos a avanzar, que en el futuro detectaremos intentos de asimilar «caudal ecológico» a limitación del uso del agua no indemnizable. No obstante, para aprovechamientos anteriores a la Ley de Aguas, el principio de irretroactividad de las leyes emanado de una interpretación conjunta del artículo 9.3. de la Constitución Española y 2.3. del Código Civil, impedirá la aplicabilidad de esta asimilación¹². En todo caso, y como tendremos ocasión de ver más adelante, la reordenación de caudales que modifiquen derechos adquiridos en el pasado, está sometida, según la normativa de Aguas, al principio indemnizatorio¹³.

La Ley de Aguas, tanto en su redacción de 1985 como en su nuevo texto modificado por la Ley 46/1999 dispone que los «cau-

¹² Vid. SSTC 97/1990 y 42/1986.

¹³ Vid. Real Decreto 1664/1998 de 24 de julio, por el que se aprueban los Planes Hidrológicos, que reconoce este principio indemnizatorio al tiempo que determina que los caudales ecológicos no tendrán el carácter de «usos».

dales ecológicos» se fijarán por los planes hidrológicos de cuenca, tras realizar estudios específicos para cada tramo del río¹⁴.

A estas alturas podemos afirmar, que todo el sistema concesional deberá girar en el futuro en torno a lo dispuesto en la planificación hidrológica, de manera que los títulos concesionales de aprovechamiento de aguas contemplarán «caudales mínimos» que respetar por motivos ecológicos. Pero a pesar de las directas e indirectas referencias a los «caudales ecológicos» contenidas en la Ley de Aguas (en su antigua y nueva redacción), no consta en la normativa estudiada el sistema, regla, método o criterios que deben observarse en la determinación de los mismos sino que, como ya hemos indicado más arriba, la Ley remite su fijación a la planificación hidrológica.

Implantación de caudales ecológicos a los aprovechamientos anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Aguas

En efecto, la implantación de «caudales ecológicos o mínimos» vía planificación hidrológica, comportará en muchas ocasiones una reducción del caudal derivado para el aprovechamiento hidroeléctrico contenido en el título concesional; un menoscabo, pues, en la explotación que podría, en determinados casos, ser susceptible de la correspondiente indemnización.

En muchos casos, la protección de los valores naturales donde se ubican los aprovechamientos puede aconsejar que los caudales que en el futuro se introduzcan aconsejen ir más allá del mero equilibrio ecológico, a partir no únicamente de valores biológicos o hidráulicos, aspirando a conseguir fines paisajísticos o recreativos, por ejemplo, en los parques naturales.

El contenido concesional esencial (según el artículo 102 del RDPH) de los aprovechamientos hidroeléctricos anteriores a la Ley de Aguas señalan, entre otras cuestiones, el plazo de duración del aprovechamiento, la corriente o tramo derivado y el caudal concedido. Sin embargo, ello no supone un derecho

patrimonial de uso absoluto sobre el caudal concedido, como indica el artículo 57.2. de la Ley de Aguas.

El artículo 63 de la Ley de Aguas dispone lo siguiente:

«63.1. Las concesiones podrán ser revisadas:

... c) Cuando lo exija su adecuación a los Planes Hidrológicos.

... 63.3. Sólo en el caso señalado en la letra c) del apartado 1, el concesionario perjudicado tendrá derecho a indemnización, de conformidad con lo dispuesto en la legislación general de expropiación forzosa.»

Vemos pues, que con diferentes matices, los preceptos de la Ley de Aguas que regulan la modificación del régimen de caudales (*ius variandi* de la Administración) convergen en este artículo 63.3. que da una clara cobertura indemnizatoria a revisiones concesionales que supongan un menoscabo en el régimen de explotación.

De los tres supuestos contemplados en el artículo 63.1 citado más arriba y que darían opción a la Administración a revisar o modificar los títulos concesionales, entendemos que el que más se ajusta a la fijación de caudales ecológicos (que como hemos visto se lleva a término a partir de la planificación hidrológica), es el contemplado en la letra c). Este supuesto, como decimos, da lugar a indemnización, de conformidad con la normativa sobre expropiación forzosa.

Este régimen, que avala la indemnizabilidad de la revisión del caudal concesionalmente fijado, no ha sido variado por la reciente Ley 46/1999, de 13 de diciembre, que ha modificado la Ley 29/1985, de Aguas, ni por el Plan Hidrológico Nacional, por lo que se confirma con las precisiones que haremos a continuación, la aplicación del artículos 63.1.c) y 63.3. a la implantación de caudales ecológicos. En otras palabras, la revisión de las concesiones ya otorgadas como consecuencia de su adecuación a los Planes Hidrológicos, estará sometida, como postulado general, al principio indemnizatorio contemplado en la Ley de Aguas y normativa concordante.

Ahora bien, el tantas veces citado artículo 63 y su desarrollo reglamentario contenido en el artículo 156 y concordantes del

¹⁴ En este sentido y además del ya citado artículo 57.7, el artículo 40.d).

RDPH, debe ponderarse, en primer lugar y entre otras cuestiones, con la utilización racional de los recursos naturales, constitucionalmente exigido. De esta manera y para determinar si la modificación del caudal de aprovechamiento contemplado en la concesión es indemnizable, debe examinarse, en primer lugar, como decimos, si la explotación está siendo constitucionalmente correcta.

Sin embargo, la jurisprudencia española viene siendo vacilante en esta cuestión, no reconociendo, por ejemplo, indemnizaciones en aquellos casos de reducción de caudales por los motivos fijados en los artículos 53, 54 y 56 de la Ley de Aguas.

En nuestra opinión, el supuesto del artículo 53 (exigencias de la disponibilidad del recurso que genera perjuicios en el concesionario) es claramente indemnizable; más dudosos son los casos de sobreexplotación de los recursos hidráulicos subterráneos o sequías extraordinarias, por ser susceptibles de ser asimiladas a casos de fuerza mayor; no obstante, adviértase que en casos de sequías extraordinarias, la misma Ley (artículo 56, segundo párrafo) contempla la declaración de utilidad pública, lo que podría permitir asimilar este supuesto a casos claramente expropiatorios¹⁶.

En cualquier caso, y a pesar de las constantes referencias legales a la «explotación racional del recurso» (artículos 53.2 y 54.1, segundo párrafo) entendemos, que no queda desvirtuado y es de plena aplicación el artículo 63.3, refrendado, como hemos visto, con el mantenimiento de su redacción después de la Ley 46/1999 que ha modificado la Ley de Aguas y confirmado en los Planes Hidrológicos de Cuenca.

Debemos, no obstante, volver a insistir en que jurisprudencialmente se viene invocando este concepto jurídico indeterminado (la «utilización racional de los recursos») como criterio fundamental en la determinación de qué modificaciones de caudal son indemnizables, aportando una aún mayor inseguridad

jurídica, al de por sí ya confuso sistema concesional contemplado en la Ley de Aguas y normativa de desarrollo.

Ahora bien, de la misma manera que señalábamos más arriba que la utilización racional de los recursos, elevada a rango constitucional (artículo 45.2 de la Constitución Española-CE) dotaba a la Administración hidráulica de amplios poderes para ordenar la gestión del agua, debemos ahora volver a invocar nuestra más alta norma, en defensa del principio indemnizatorio, en concreto, los artículos 33 y 106.2 CE.

Estos artículos de nuestra Constitución configuran el deber del Estado de indemnizar, reparar, compensar o resarcir los daños producidos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (entendidos éstos de manera amplia y asimilables a la intervención administrativa), salvo en los supuestos de fuerza mayor.

En este mismo sentido, no podemos dejar de referirnos, siquiera brevemente, al régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración pública por actos legislativos; esto es, normas que no teniendo un carácter estrictamente expropiatorio, por no ser su finalidad, pueden incidir en la esfera patrimonial de los particulares. Este régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones por la aplicación de actos legislativos, viene contemplado en el artículo 139.3 y concordantes de la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. Si bien este artículo exige que la cláusula indemnizatoria esté contemplada en la misma ley que provoca la lesión de derechos preexistentes, el Tribunal Constitucional, entre otras, en Sentencia de 13 de febrero de 1997, corrige este requisito estimando que el silencio de una ley sobre este particular no puede ser considerado como una exclusión al régimen de responsabilidad patrimonial por actos de los Poderes Públicos que procede otorgar a quienes, por causa del interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos.

Asimismo y como no podía ser de otra manera, la discrecionalidad de la Administración en la modificación del régimen de las concesiones de aguas, está sometida al lógico control judicial, e informada por otros muchos principios que presiden nuestro ordenamiento: legalidad, proporcionalidad de las actua-

¹⁵ Vid. STS de 13 de diciembre de 1995.

¹⁶ Vid., entre otras, STS 30 septiembre de 1983, STS 8 de octubre de 1995, STS 13 de febrero de 1999, STS 14 de mayo de 1995; STSJ de Aragón de 30 de octubre de 1989; STS de 10 de octubre de 1997; STSJ de Cataluña de 12 de mayo de 2000.

ciones administrativas, equilibrio económico, buena fe y buena administración, etcétera.

Todos estos principios o conceptos jurídicos indeterminados (explotación racional de los recursos, equilibrio económico de la explotación de las concesiones, indemnizabilidad de las actuaciones lesivas de la Administración, discrecionalidad de la Administración en relación con la planificación hidrológica, abuso de derecho, etcétera) son los que vienen siendo examinados e invocados por nuestra jurisprudencia, con una sistemática cuestionable, en la determinación de qué minoración de caudales merecen ser compensadas con la correspondiente indemnización¹⁷.

3. Suelos contaminados

Introducción

Si bien el régimen jurídico de los suelos contaminados ha sido reglamentado con algunos ordenamientos jurídicos de países industrializados desde hace ya algunas décadas¹⁸, todavía hoy se habla, al referirnos a este fenómeno, de «nuevas formas de polución», de «males misteriosos», de «fantasmas inquietantes», etcétera. En efecto, los problemas asociados a los suelos contaminados afectan a todos los vectores ambientales: el aire, el agua y el suelo. La atmósfera se ve afectada como consecuencia de emanaciones de productos volátiles tóxicos situados en el suelo. La polución se infiltra en el suelo, alcanzando mediante su migración y lixiviación a las capas freáticas; además los residuos tóxicos contienen generalmente compuestos poco biodegradables, muy persistentes en el suelo; todo ello conlleva en el momento de afrontar el saneamiento o descontaminación de

estos emplazamientos, dificultades técnicas de todo tipo y costes faraónicos.

Si bien algunos cuerpos legales europeos han hecho referencia al problema de los suelos contaminados, existe una carencia de legislación comunitaria que, de manera expresa y uniforme, regule el régimen jurídico de los suelos contaminados; ello, sin duda, debido a la dificultad de acomodar los suelos contaminados a las categorías jurídicas existentes en los diferentes ordenamientos jurídicos europeos.

Simplificando la cuestión, nos atrevemos a apuntar, que la solución a la restauración de los suelos contaminados, pasa por tres posibles modelos de Derecho público de responsabilidad:

- Un primer modelo acuñado por la legislación norteamericana y concretado en el sistema CERCLA que hemos mencionado anteriormente que, basado en un régimen de responsabilidad solidaria y objetiva, hace responsable de la restauración del emplazamiento a todos los agentes que han intervenido o que han tenido, en un momento u otro, relación con el emplazamiento contaminado; en este sentido, pueden ser los productores, transportistas, propietarios antiguos y actuales del emplazamiento, explotadores antiguos y actuales, poseedores antiguos y actuales e, incluso, los dirigentes de las sociedades mercantiles afectadas. Este sistema otorga a la Administración tutelante de medio ambiente (Environmental Protection Agency, EPA), plenas facultades para negociar con las partes potencialmente responsables, al objeto de obtener una descontaminación voluntaria; el sistema, pues, invita de manera oficial a la negociación entre las diferentes partes potencialmente responsables. En ausencia de acuerdo, los diferentes agentes son responsables de manera solidaria.

- Un segundo sistema que parecen haber seguido algunas legislaciones europeas como Holanda y Dinamarca, traerla causa de la Convención del Consejo de Europa, de Lugano, sobre la responsabilidad civil de los daños por actividades peligrosas con incidencia ambiental, de 8 de marzo de 1993, que se pronuncia a favor de un régimen de responsabilidad objetiva, que recaerá de manera particular en el agente generador de los residuos encontrados en el suelo, explotador de la actividad

¹⁷ Posiblemente el régimen más conocido sea el de Estados Unidos de los llamados *Superfund* de la CERCLA «*Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act*».

¹⁸ Vid. LOSTE MADRIZ, Juan Antonio, «Responsabilidad civil por daños ambientales», en *Revista WinEmpresa*, número 17, octubre 1998, páginas 32 a 40, donde se pone de manifiesto las dificultades de instrumentar un régimen de responsabilidad objetiva por daños al medio ambiente.

peligrosa, pero que también introduce, de manera atemperada, un sistema de responsabilidad solidaria de todos los potenciales agentes contaminantes¹⁹. Esta es la línea que parece haber seguido la Ley Española de Residuos 10/1998, de 27 de abril, artículos 27 y 28, pendiente hoy en día de su desarrollo reglamentario, que permitiría su efectiva aplicación.

- Por último, un tercer modelo, que parece haber perdido fuerza en los últimos tiempos sería aquel que afrontaría, fundamentalmente en casos de contaminación histórica, las labores de saneamiento a través de convenios de colaboración entre los diferentes agentes, articulando medidas de financiación y donde las instancias públicas adoptarían un papel protagonista.

Los tres modelos son válidos y la naturaleza de este trabajo nos permite abordar con detalle el régimen asociado a cada uno de ellos; posiblemente, la combinación de los tres permitiría salvar situaciones injustas, como las que en muchos casos se han producido en aplicación de regímenes exclusivamente objetivos, como el norteamericano. En todo caso, parece claro que estamos ante modelos de Derecho público o administrativo, habiéndose descartado, por las dificultades que comporta, afrontar la descontaminación de los suelos a partir del régimen o sistema clásico privado de responsabilidad civil.

Los suelos históricamente contaminados

Queremos ahora abordar la problemática de los suelos históricamente contaminados y apuntar esquemáticamente un análisis crítico del modelo seguido por las diferentes legislaciones europeas que han abordado la materia, entre otras, la Ley española 10/1998, que convierte a los agentes potencialmente contaminadores, y subsidiariamente a los propietarios y poseedores del suelo, en los obligados a la restauración del emplazamiento. La Administración, en todos estos modelos de restauración, se reserva un papel secundario, no contemplándose ni un solo

supuesto o circunstancia en el que deba asumir, por sí misma o en colaboración con otros, la tarea de descontaminación de los suelos.

Si bien este modelo o solución puede ser aceptable en materia de contaminaciones contemporáneas o de futuro, no puede ser válida para supuestos consolidados por el tiempo, es decir, suelos históricamente contaminados. Empecemos por asumir, que la gran parte de situaciones de suelos contaminados no serán producto de episodios de contaminación actual; bien al contrario, traerán causa de contaminación (la mayor parte de origen industrial) continuadas, crónicas, históricas, en definitiva, ya consolidadas, perceptibles o no actualmente.

A nuestro juicio, las diferentes legislaciones deben establecer tratamientos jurídicos diferenciados, según las dos situaciones descritas: suelos contaminados a partir de la vigencia de la nueva Ley que los regule, y suelos históricamente contaminados; de no seguirse este régimen, se generarán situaciones de injusticia y se atentará contra principios básicos de los diferentes ordenamientos europeos, en concreto, el de seguridad jurídica y el irretroactividad de las normas de gravamen, que desvirtúan las posibilidades jurídicas de operar correctamente, al aplicar de manera fría y automática sobre el principio de «quien contamina, paga» del artículo 130.R del Acta Unica de la Unión Europea.

En este sentido, esta legislación debería arbitrar planes públicos adaptados a cada caso, una suerte de «trajes a medida» que encajen con la realidad de cada suelo, las circunstancias en que fue contaminado, el tiempo transcurrido, el uso futuro que pretende dársele, etcétera, en los que deben implicarse, el cedente del suelo, el futuro adquirente y la/o las Administraciones públicas competentes, soportando cada uno parte del coste de la recuperación del suelo, a cambio de determinadas compensaciones (exenciones fiscales, recalificaciones urbanísticas, etcétera), que para el caso del actual poseedor se traducirán en un mayor precio o valor del suelo una vez descontaminado. Acciones como las que se apuntan podrían mover realmente voluntades, logro que desde luego no se consigue con el enfoque legislativo actual.

¹⁹ Vid. NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, Ed. Tecnos, 2.ª edición, página 351.

En resumidas cuentas, es técnica y políticamente desaconsejable aproximarse al problema de los suelos históricamente contaminados exclusivamente a partir de la clásica óptica de intervención pública coercitiva o sancionadora; en otras palabras, en términos de Derecho punitivo o de policía administrativa. Con este enfoque el planteamiento, en nuestra opinión, está abocado al fracaso y no conseguirá resolver el susodicho problema de los suelos históricamente contaminados.

Corresponsabilidad de los poderes públicos

Si, a pesar de lo que acabamos de exponer, se detectan en la práctica intentos de aplicación retroactiva de la nueva Ley a situaciones ya consolidadas por el paso del tiempo, esto es, a contaminaciones históricas (que a buen seguro se fundamentarán en la actual permanencia del daño), debemos advertir sobre una posible reacción defensiva de los administrados afectados vía el enrolamiento en el «barco» de la responsabilidad de la Administración que en su día autorizó los vertidos y que ahora obliga a limpiarlos. Veámoslo: Es claro, a nuestro juicio, que en los supuestos de responsabilidad derivados de situaciones dañinas, con relación a contaminación histórica, la existencia y cumplimiento de las autorizaciones administrativas pertinentes no exonera, en su caso, de la responsabilidad civil extracontractual por daños frente a terceros al agente contaminador. Sin embargo, no puede alcanzarse la misma conclusión cuando el que acciona por responsabilidad es la misma Administración autorizante. En esos casos es claro, a nuestro juicio, que la existencia de una licencia previa sí liberaría de responsabilidad regenerativa, al menos parcialmente, frente a la Administración que en su día lo autorizó.

Cierto es que la existencia de una licencia —contando con que se actúe de acuerdo con la misma— no liberará al sujeto autorizado de la responsabilidad extracontractual civil frente a terceros por daños que tal actividad pueda causar; pero no es menos cierto, en nuestra opinión, que sí le liberaría de esa responsabilidad frente a la propia Administración, en cuanto fue ella quien le autorizó y, por ende «legalizó» el riesgo, de cuyas consecuencias, luego, no podría pretender resarcirse.

El nudo gordiano o justificación de la línea argumental que interesa a nuestro caso reside, a nuestro juicio, en una previa relación escrita entre las partes (Administración-administrado), vía expediente de autorización de licencia, de cuya existencia y contenido se derivan derechos y deberes para ambas partes y a cuyos términos quedan sujetos.

Pensemos que en el ámbito de la relación que liga a la Administración con el administrado autorizado, la primera, por medio de un acto de policía administrativa, no sólo veló porque los términos de la actividad solicitada estuviesen permitidos en el marco de la legislación vigente por aquel entonces, sino que, de una forma u otra, adoptó una decisión bajo el prisma del interés general.

Esa referencia legislativa es la clave del asunto, por cuanto en su elaboración, es decir, en el establecimiento de los límites concretos en los que se puede desenvolver la actividad a autorizar, es cuando se lleva a cabo el juicio de valor relativo al índice de tolerancia que la sociedad puede tener con determinadas consecuencias lesivas de la actividad, ponderando, en casos como el nuestro, dos derechos o bienes: el derecho a un medio ambiente limpio y aquél otro relativo a la importancia que para la economía y desarrollo del país tenga la actividad a autorizar. Actividad ponderativa necesariamente presidida por el conocido principio del «desarrollo sostenible».

Así, de haberse producido unos determinados daños, éstos ya habrían sido previstos o tenidos en cuenta, mejor dicho, ya habrían sido asumidos o «descontados» por la sociedad, representada por medio del órgano de la Administración autorizante, por medio de la licencia que se otorgó.

Así, cuando se autorizó la actividad, con la consiguiente generación de sustancias contaminantes hasta un determinado límite, se era consciente de que tales residuos podían contaminar, producir daños, si bien el alcance y naturaleza de los mismos se consideró tolerable o asumible por la sociedad, en aras a posibilitar la consecución de otro «bien», el desarrollo económico, en la mayoría de los casos estaremos ante supuestos de imposible conocimiento de los efectos dañinos de una actividad, por la simple razón de que a ese conocimiento no se

podía acceder desde el estado de la ciencia cuando se autorizó dicha actividad.

Este estatus no puede ser ahora alterado por una de las partes y, mucho menos, derivando consecuencias indemnizatorias a su favor, habiendo tenido intervención, indirecta, pero clara, en la producción de los daños de los que ahora pretendería resarcirse, al autorizarlos.

Así, y siguiendo en esa línea argumental, la autorización o licencia viene a convertirse, por lo que se refiere a la relación estricta Administración-administrado, en una especie de *lex inter partes*. Es decir, como ya adelantábamos, los términos de la autorización no sólo obligarían al administrado autorizado, sino que también ligarían a la Administración autorizante a estar y pasar por lo autorizado y sus consecuencias (en el bien entendido de que lo autorizado se ajustase a la legalidad vigente); y es que no cabe exigir diligencia para prevenir eliminar un riesgo que no se conoce y que ha sido autorizado previamente por la Administración ambiental.

Desde ese prisma, y siempre situados en el ámbito estricto Administración-administrado, no cabría, en casos de cumplimiento de lo autorizado, hablar en términos de responsabilidad (frente a la propia Administración), aun cuando de la actividad permitida se derivasen daños al medio. Resultaría antijurídico que la propia Administración permitiese producir contaminando hasta un determinado límite y que, posteriormente, imputase responsabilidad y solicitase indemnizaciones por esos hechos al administrado legitimado por el acto administrativo.

Para cerrar este punto, queremos apuntar que nuestra tesis, la idea que imbuye toda la argumentación desarrollado en este punto, encuentra un apoyo, a nuestro juicio, sólido, en el artículo 45 de la Constitución Española, en cuanto, en su párrafo 3º, viene a ligar el establecimiento de sanciones administrativas y «la obligación de reparar el daño causado» a aquéllos supuestos en los que se viole «la utilización racional» de los recursos naturales, siendo éste el interés de la cuestión al más alto nivel. Es decir, lo constitucionalmente relevante son los daños producidos por actuaciones más allá de la «utilización racional».

4. Conclusiones

No hemos pretendido, evidentemente, despejar las muchas sombras a las que se enfrenta el moderno Derecho ambiental, particularmente en lo tocante a la inseguridad jurídica que provoca la aplicación de determinados instrumentos o mecanismos como la implantación de caudales ecológicos sobre aprovechamientos hidroeléctricos ya existentes o el régimen de restauración de suelos históricamente contaminados.

La reglamentación de estos fenómenos o problemas ambientales es, sin duda, necesaria; sin embargo, no pueden abordarse de manera aislada, desde un Derecho ambiental que hemos definido en ocasiones como un «Derecho *ghetto*». En otras palabras, sólo integrando los nuevos mecanismos legales para la protección del medio ambiente en la lógica de las categorías jurídicas ya existentes en los diferentes ordenamientos comunitarios se conseguirá una aplicación ordenada del mismo sin violentar principios universales del Derecho como el de irretroactividad de las normas punitivas o el de seguridad jurídica. Se nos antoja que sólo así se tutelará con eficacia el medio ambiente y nuestras sociedades redescubrirán, como dijo Guy Kouassigan en su obra *L'homme et la terre* que:

«...la terre appartient à une grande famille dont beaucoup de membres sont morts, quelques-uns sont vivants, et dont le plus grand nombre est encore à naître».

Referencias bibliográficas

- [1] LOSTE MADDOZ, J. A. (1998): «Responsabilidad civil por daños ambientales», en *Revista WinEmpresa*, número 17, octubre, páginas 32 a 40, donde se pone de manifiesto las dificultades de instrumentar un régimen de responsabilidad objetiva por daños al medio ambiente.
- [2] LOSTE MADDOZ, J. A. (1999): «Algunos instrumentos normativos de tutela ambiental: alternativas a políticas públicas ambientales punitivas», *La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, número 4792, de 10 de mayo, páginas 1 a 5.
- [3] NIELSEN, P. y BORONAT, J. (1999): «El desarrollo legislativo en la contaminación de los suelos: la experiencia danesa», *Revista Residuos*, número 50.
- [4] NIETO, A.: «Derecho administrativo sancionador», Ed. Tecnos, 2.ª edición, página 351.