



## **LA "RESTITUTIO IN PRISTINUM" COMO MECANISMO DESEABLE PARA LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS AL MEDIO AMBIENTE**

**Por Antonio José Sánchez Sáez.**  
**Becario F.P.I. Departamento Derecho Administrativo e Internacional público**  
**Facultad de Derecho**  
**Universidad de Sevilla**

**SUMARIO:** I. LA RESTITUTIO IN PRISTINUM.I.1. Introducción: Concepto y deslinde.I.2. Novedades normativas.I.3. Las características del denominado daño ambiental como elemento de partida de la restitutio in pristinum. La Doctrina y nuestra crítica. I.4. Otras técnicas de reparación del daño ambiental. Especial atención a los seguros y fondos de compensación.I.4.A. Los Fondos de compensación en España.I.5. La dialéctica individualismo-colectividad. Algunas aporías en torno a la restitutio in pristinum.II. COMENTARIO DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE EN MATERIA DE REPARACIÓN DE DAÑOS CAUSADOS AL MEDIO AMBIENTE.II.1. Jurisprudencia del TEDH.II.2. Jurisprudencia del T.C.II.3. Jurisprudencia civil.II.4. Jurisprudencia de lo contencioso administrativo. III. CONCLUSIÓN.

### **I. LA RESTITUTIO IN PRISTINUM**

#### **I.1. Introducción: Concepto y deslinde.**

Antes de pasar a abordar el tema con mayor profundidad, fijemos el concepto de lo que sea la restitutio in pristinum. Con este latinismo estamos haciendo referencia a la necesidad de devolver a su estado inicial las cosas, objetos o bienes en general de contenido medioambiental dañados con ocasión del actuar de un particular o, como en este caso, de las Administraciones públicas. Podemos usar también otros latinismos parecidos para expresar la misma idea, tales como la reparación in natura o la reparación quo ante, pero nos parece mejor esta expresión, más común en el derecho civil romano, donde se hablaba de in pristinum statum redire, o sea, de la devolución de los bienes dañados a su estado primario, mediando reparación a cargo del que lesionó. Tanto se usa esta expresión, que aún en derecho italiano se emplea el verbo ripristinare, con idéntico sentido. Pero debemos aclarar que la reparación in natura no es exactamente lo mismo que la restitutio in pristinum, ya que aquélla es un concepto más amplio. Efectivamente, con esa expresión hacemos alusión no solamente a la restitución de la cosa a su estado inicial tras una lesión a la misma, sino que engloba también la evitación de futuros daños a la misma gracias a la adopción de medidas correctoras. También diferente es la reparación (o recomposición, como se dice en el art. 41 de la Constitución argentina) de la restitutio in pristinum. Usamos la perífrasis latina porque, como en tantas otras ocasiones, el latín expresa más sencillamente lo que en español tendría que traducirse con una larga locución. Para abreviar, y por motivos de generalidad, las leyes y sentencias suelen usar el verbo reparar el daño causado, que es el genus dentro del que está la restitutio como species. La reparación del daño implica la obligación de dejar indemne al que lo recibe, pero deja abierto al aplicador del derecho la fijación de los Medios a usar: ya sea indemnización económica, valor de compensación, seguros, fondos de garantías, restitución en especie, valor de reposición, valor de equidad, valor de sustitución, etc... También diferente es la expresión latina restitutio in integrum, expresión esta que a veces la jurisprudencia confunde con la que estamos tratando y que no es más que la reparación integral del daño causado. Cuando así decimos nos estamos refiriendo a que la naturaleza específica de los bienes ambientales requieren muchas veces para satisfacer al lesionado no solamente proceder al pago de cantidades monetarias sino también a regenerar el terreno dañado, compensarle el lucro cesante, etc, hasta conseguir compensar el daño sufrido. Una vez deslindadas algunas figuras parecidas pero no idénticas, nos queda justificar las razones que explican el presente trabajo de doctorado. El Medio Ambiente requiere cada vez más de una intervención administrativa. Los poderes públicos no pueden mirar de soslayo los avances vertiginosos en el campo de la ciencia, de la técnica y de la economía, las telecomunicaciones y el cambio de nuestros hábitos de vida, con mayor incremento del tiempo de ocio. La necesidad de establecer un justo equilibrio entre los bienes públicos destinados al recreo y solaz y el derecho al desarrollo merecen la atención de las instancias oficiales

que desde hace algunas décadas están procediendo a una regulación cada vez mayor de los temas ambientales. No escapa a esa tendencia el derecho de reparación del daño causado al entorno por cualquiera de las actividades industriales o empresariales tan usuales. Hasta aquí todo es normal.

El factor diferenciador lo introduce la propia caracterización de los bienes ambientales como bienes fungibles, consumibles y no fácilmente reparables. El vector económico que tanto se usa en el derecho privado no puede servir con exclusividad para restaurar los daños ambientales, y se requieren técnicas de mayor imaginación para compensar los riesgos y lesiones causados. Pero comoquiera que la necesidad de restauración es uno de los principios fundamentales del Medio Ambiente, en contra de lo que muchos pretenden ficticiamente hacer pensar, nos hallamos en la obligación de intentar devolver el alma y el cuerpo de la naturaleza dañada a su anterior estado. Esta es la causa de la dificultad, y, a la vez, necesidad, de la restitutio in pristinum, una institución lábil, resbaladiza y difícil porque marca la frontera entre la lógica y la justicia en el mundo del Medio Ambiente.

## I.2. Novedades normativas

Hace relativamente poco tiempo la UE. ha tenido ocasión de emanar algunas normas relacionadas con esta materia. Así, el Libro Verde de la Comisión de las CC.EE. para la reparación del daño ecológico (1), o la propuesta modificada de Directiva relativa a la responsabilidad civil por los daños ocasionados al Medio Ambiente por residuos (1991), y el Convenio del Consejo de Europa sobre la responsabilidad civil por los daños ocasionados por actividades peligrosas para el Medio Ambiente, aprobado el 8 de marzo de 1993. Igualmente, el principio 13 de la Conferencia de la ONU. de Río de Janeiro recoge la recomendación a los Estados de desarrollo de la legislación nacional en materia de responsabilidad e indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños medioambientales. Una de las principales novedades en reparación de daños al Medio Ambiente la ha constituido, como hemos dicho, el Libro Verde de la Comisión de las CC.EE. sobre reparación de daños ecológicos, de 1993. Se trata de un documento que traza las líneas de la que habrá de ser una futura Directiva o Reglamento en esta materia. La UE es consciente de que existe una laguna legislativa común en los países miembros de la UE a la hora de afrontar de manera única todas las facetas que componen la reparación in integrum de los daños causados al Medio, y es por ello por lo que en el Libro se lanza el guante contra el principio de subsidiariedad de la UE, apoyándose una decidida iniciativa comunitaria como primera respuesta frente a la restauración de esos daños. Este cambio en el enfoque, esta revisión de la postura que ha de cumplir la UE. en el futuro, pasando de ser un agente subsidiario, a tomar la iniciativa, está apoyada en la Directiva 84/631/CEE, el V Programa de Acción, el principio 13 de la Declaración de Río y el nuevo artículo 3 K) del Tratado de la UE, que igualmente reivindican una actuación comunitaria en materia de responsabilidad por daños al Medio Ambiente. Su principal frente de acción es la potencialización de la responsabilidad civil por daños al Medio Ambiente, ya que la teoría de la internalización de los costes, aún considerándose la meta justa a conseguir, no es fácilmente realizable en estos momentos, dado que, como expusimos arriba, puede provocar una distorsión de la competencia. Para que ello no ocurra y para que por tanto el principio "quien contamina paga" no pierda virtualidad, se intenta que la UE. tome la iniciativa en esta materia, potenciando la responsabilidad civil y compensando sus carencias con las ventajas de los mecanismos de limitación (Libro Verde, ap. 4.2, pág. 28). Esta responsabilidad civil, respecto a las Administraciones públicas, como ahora nos interesa aquí en este trabajo, es del todo improbable, ya que la nueva Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa obliga a que toda reclamación de responsabilidad a las Administraciones se realice ante los Tribunales contenciosos. El Libro Verde afirma rotundamente que la reparación in natura es la única reparación deseable desde el punto de vista ecológico (ap.2.1.10, pág.11). Ésta deberá prevalecer siempre, dentro de los límites razonables. Nuestro artículo 45,3 CE recoge expresamente esta obligación, y no sólo él, pues como expone la STC 26 marzo de 1987, el artículo 33 CE, en cuanto a la función social de la propiedad, determina que cuando el particular perjudicado en su bien ambientalmente protegible prefiere la indemnización económica a la reparación ello no será posible, pues los valores ambientales de esa propiedad privada deben ser tutelados para la comunidad. Lo que el Libro Verde omite un tanto injustamente es qué ocurre, quién paga, cuando el actuar del individuo y de la Administración ha sido irreprochable y aun así se produce una lesión al Medio Ambiente. Pues, a nuestro modo de ver, la restitutio deberá producirse por otros mecanismos ajenos a la responsabilidad civil o patrimonial de las Administraciones públicas, tales como los seguros o los Fondos de Garantía, de los que luego hablaremos.

La restitutio está recogida también en el art. 130 R2 del Tratado de la UE., donde se habla del principio de corrección de los ataques al Medio Ambiente, preferentemente en la fuente misma. Sigue este artículo positivizando el principio pollueur-payeur, que supone una filosofía, a nuestro modo de ver, adecuada de enfocar el problema ambiental, si bien con un toque neoliberal que debe ser trascendido, y que, como ha dicho Jordano, supone, entre los diferentes mecanismos existentes de imputar y responder frente a los daños ambientales (sociedad-contaminador directo), optar por la individualización de los costes -Jordano- (2). Como decíamos, este viento liberal que impregna el Medio Ambiente tiene mucho de bueno, ya que el paternalismo estatal estaba relajando las obligaciones ambientales de las empresas, pero no podemos dejar que se perpetúen los daños que las empresas no puedan reparar por insolvencia, o aquéllos otros que por falta de suficiente nexo causal queden sin imputar a agente alguno, bien por desconocerse, bien por ser varios los concurrentes. En este punto debemos dejar actuar a las Administraciones públicas, que gracias al principio de subsidiariedad cierran los riesgos del sistema. Existe una propuesta de Directiva relativa a la responsabilidad civil por daños y perjuicios causados al Medio Ambiente originados por los residuos (3), que trataremos más adelante con ocasión de los fondos de compensación.

## I.3. Las características del denominado daño ambiental como elemento de partida de la restitutio in pristinum. La

## Doctrina y nuestra crítica.

Antes de hablar de lo que sean daños ambientales tenemos que empezar por delimitar lo que entendamos por Medio Ambiente. Nosotros propugnamos un concepto amplio del mismo, que englobe tanto a los bienes materiales como espirituales, Medio biótico, abiótico y patrimonio cultural humano (englobando también la salud y la calidad de vida) y natural (agua, aire, suelo, subsuelo...biosfera en general). Por tanto, dándole al Medio Ambiente la extensión adecuada, protegeremos a través de él un conjunto amplio de elementos interconexos y cuyas relaciones o sinergias deben ser afrontadas con un tratamiento único, si bien no igual. Es necesario dar un mismo enfoque al Medio Ambiente, aunque graduando la diversidad de naturaleza de sus componentes. La concepción de Medio Ambiente se ha venido ampliando en los últimos años, debido a la necesidad cada vez mayor de proteger mayores parcelas de nuestro mundo, ante la amenaza real que sufre, y debido también al descubrimiento de nuevas formas de agresión, como las emanaciones lumínicas, por ruidos, vibraciones, emanaciones, etc. Martín Mateo ha sido uno de los que ha cambiado tal concepción (4). Hemos de criticar, pues, abiertamente la postura que asume Loperena Rota respecto de la concepción de la gravedad de los daños causados al Medio Ambiente (5). Este autor mantiene una postura absolutamente antropocéntrica y quita importancia a los daños ambientales ecológicos (los que se producen sin daños a intereses patrimoniales de particulares) porque sólo en la medida en que afecten al hombre serán importantes, argumentando que para la Tierra las heridas enormes que se le infligen son "meras cosquillas", y que "no existe riesgo de acabar con el Planeta". Pero nosotros pensamos que hay que ser antropocentrista para las ciencias, para la explicación de los fenómenos, para la recreación del arte...en definitiva, para ordenar las cosas o explicarlas con parámetros humanos. Pero, ¿se puede predicar el antropocentrismo de algo no humano como el Medio Ambiente? Sería lo mismo que querer sustituir los paisajes, los olores de la naturaleza por cuadros o fotografías. A nuestro juicio habría que propugnar un naturocentrismo, pues la Naturaleza es el menos humano de los bienes. En él, el hombre está de más cuando lo contamina, y, por tanto, no debemos preocuparnos exclusivamente de las hipotéticas repercusiones económicas de la actividad humana, sino de sus repercusiones ambientales. Porque, ¿qué fue al principio? ¿Quién estaba primero? ¿El hombre o su Medio? No nos equivoquemos. Siguiendo esta egoísta forma de pensar, pasamos de un sano antropocentrismo a una odiosa antropomanía y llegaremos a cosificar el Medio Ambiente, cuando en realidad lo que hay que hacer es humanizarlo o, más aún, ambientalizar al hombre.

La jurisprudencia se ha pronunciado in extenso sobre el concepto de Medio Ambiente en la STS. 107/1995, de 26 de junio, con ocasión de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, sobre Conservación de los Espacios naturales y de la Flora y Fauna silvestres. Antes también procedió a hacerlo, de una manera menos amplia, en la STS (Sala 2ª), de 11 de marzo de 1992, donde se decía que sólo los bienes ambientales que tuvieran especial interés para el hombre podrían ser jurídicamente considerados como Medio Ambiente. Conceptos más amplios de Medio Ambiente recogen la Directiva de 27 de junio de 1985, de EIA que, en su art. 3, también recoge el patrimonio cultural (dejando traslucir las concepciones de algún autor italiano (Giannini)). En cambio, más estricta es la Directiva 90/313/CEE, de Acceso a la Información ambiental, de 7 de junio de 1990, al mencionar sólo los recursos naturales. Aun así, todas estas normas no incurren en el reduccionismo de la jurisprudencia civil y contenciosa del TS. español, que instituye un concepto patrimonialista de Medio Ambiente, de manera que sólo los bienes y derechos humanos pueden implorar la protección e indemnización a través del mecanismo de la responsabilidad administrativa. En esa línea de pensamiento, existen autores (Rescigno), que proclaman que el jurista debe liberarse de una visión económica de los daños que le haga ver que la pérdida de valor en que consiste la lesión puede ser futura y no estrictamente actual, como exigen las jurisprudencias civil y administrativa. Una paradoja que se está viviendo hoy día en nuestros tribunales es la aproximación fáctica que están sufriendo los mecanismos de responsabilidad civil y administrativa. La primera se está objetivando cada vez más y la segunda, a través de las cláusulas del estado del arte, fuerza mayor y antijuridicidad del daño, se acerca a la imputación por culpa o negligencia. Como más de una STS de la Sala 2ª ha dicho, la mera atribución de competencias en el campo ambiental a tal o cual Administración no conlleva su responsabilidad en última instancia ante cualquier agresión privada que se realice contra el entorno. La culpa in vigilando o in omittendo, tan útiles para impedir que atentados contra la naturaleza queden impunes, están dejando paso a la ola neoliberal del principio, con rango comunitario, de "quien contamina paga". Ello hace que pueda atribuírsele responsabilidad a un particular que ostente una licencia o concesión administrativa que contamine de todas formas. La respuesta, como ha dicho Jordano (6) o Guersi (7), se encuentra en el abuso del derecho del art. 7,2 C.C., en la violación del genérico aforismo de alterum non laedere. De todas formas, otro sector doctrinal proclama que la mera competencia para el otorgamiento de licencias no hace a la Administración responsable (8).

La reparación in natura -o principio de genus non perit-, y su concreción en la restitutio in pristinum, es la primera medida que el TS. declara que ha de procurarse cuando se produce un daño medioambiental, y sólo cuando ello no sea posible, por desaparición física del objeto o por pérdida de las cualidades que lo hacían reconocible, se procederá a la indemnización económica, si bien más de un autor civilista se queja de que aún ésta es la manera más usual de proceder en la Sala 1ª del TS. Es recomendable, como sugiere Gomis Catalá (9) que el demandante no se autolimita al pedir los medios de resarcimiento de los daños cifrándolo en una determinada cantidad económica, sino que pida que se le indemnice, de todas las maneras que sea posible, de los daños que se declaren en el juicio o en la ejecución de la sentencia. Aun así, en caso de que esto no hiciera, el TS. alguna vez ha ampliado el petitum del actor a la restitutio in pristinum, sin entender que con ello se incurría en incongruencia, por ser la reparación un principio consolidado del Derecho ambiental y favorecer, además, los intereses públicos que subyacen en todo bien medioambiental. La apuesta decidida por la restauración del elemento natural dañado no obsta para que pensemos con Pérez Moreno, Escribano Collado y López González (10) que muchas veces una intervención excesiva de las técnicas de reparación esconden defectos de la normativa vigente respecto de las técnicas de prevención. Entre estas medidas correctoras cifran estos

autores las sanciones, las limitaciones y las cargas administrativas. Dentro de éstas últimas, se integran las medidas de reparación de las lesiones causadas al Medio por acción o negligencia de las Administraciones públicas. El art. 45 CE. recoge la necesidad de reparar los daños causados al Medio Ambiente, y casa perfectamente con ese principio la adopción de medidas correctoras y de cese de la actividad contaminante, pues de nada nos serviría la restitutio si con posterioridad se sigue dañando el entorno, justificando así una especie de derecho a dañar indemnizando (Jordano) (11). La normativa comunitaria, nacional y autonómica están de acuerdo en que el principio de "quien contamina paga" requiere no sólo la restitutio in pristinum sino también la adopción

La normativa comunitaria, nacional y autonómica están de acuerdo en que el principio de "quien contamina paga" requiere no sólo la restitutio in pristinum sino también la adopción de las medidas necesarias preventivas para que no se reitere el daño en el futuro. El carácter difuso de los intereses ambientales juega a favor del perjudicado, de manera que si los gastos de la restitutio exceden del valor venal de la cosa es lícito concederlos, ya que el principio de proporcionalidad se relaja un tanto en defensa del Medio Ambiente. En caso de que el responsable (particular o Administración) no realizara efectivamente la restitutio o la corrección de su actividad, la potestad de autotutela de las Administraciones públicas con competencia sancionadora permitirá la ejecución del acto administrativo, persuadiéndole a través de multas coercitivas o ejecutando subsidiariamente a su costa, ya que pensamos que la regeneración de unos terrenos o la instalación de una depuradora de aguas residuales, p. ej., no son actos personalísimos que obliguen a una hipotética compulsión sobre las personas. Pero estos mecanismos clásicos, si nos fijamos un poco, incurren en el defecto de producirse a posteriori. Sería más conveniente y más acorde con el tipo de bienes que conforman el Medio Ambiente (complejos y delicados), proceder a una vigilancia antes y mientras dure el proceso de la restitutio in pristinum, para evitar que se realice ésta de manera defectuosa, lo que podría llevar a la imposibilidad de realizarla adecuadamente con posterioridad o incluso a achacar a la Administración que no le diera mejores y más precisas instrucciones para llevarla a cabo. Un buen ejemplo de esta necesidad de claridad de la acción administrativa la podemos encontrar en el art. 323 del Reglamento de Desarrollo de la Ley de Aguas, el art. 52 del Reglamento de desarrollo de la Ley de Residuos tóxicos y peligrosos y los arts. 16 y 17 de la Ley sobre Incendios forestales, en los que la Administración da instrucciones precisas sobre cómo reparar los daños (Gomis Catalá)(12). Dentro de la ejecución subsidiaria como medio administrativo de ejecución forzosa, podríamos llamar también a los científicos, personas concedoras del terreno degradado (habitantes de las cercanías, p. ej.), o incluso a asociaciones ecologistas o grupos de presión. Con ello se consigue integrar en el proceso de reparación de daños opiniones diversas, de las que ha de salir una más perfecta y verdadera.

Como ha destacado Gomis Catalá (13), habría que otorgar mayor protagonismo a la colectividad y no dárselo sólo al Estado, de manera que las asociaciones ambientales locales pudieran realizar esa ejecución subsidiaria de la restitutio in pristinum, ya que conocen tanto o mejor el terreno que las Administraciones públicas. Comoquiera que sea, los mecanismos civiles de restitución están más acostumbrados a actuar, ya que suelen ser particulares los que en mayor número infringen la normativa medioambiental, como dice el Libro Verde, superando los volúmenes de contaminación permitidos en las licencias o actuando desviadamente. Pero dice también, en hilo con lo dicho arriba, que si los particulares actúan correctamente y hubieran informado a las Administraciones públicas de que existe riesgo o daño efectivo al entorno en ese caso sería posible imputar la responsabilidad a los poderes públicos. Pero a pesar de estos mecanismos en cascada, debemos extraer la conclusión de que los daños ambientales no suelen tener un equivalente mercantil, y que de haberlo, en todo caso, sería una mera ficción o entelequia: ¿Cómo valorar la riqueza faunística, el silencio, el aire puro? Esto nos lleva, por analogía de ideas, a distinguir entre dos clases de daños al Medio Ambiente: - daños ambientales patrimoniales - daños ambientales ecológicos.

Los primeros son fácilmente indemnizables a través de la responsabilidad civil o administrativa, pues se dañan valores ambientales con dueño, que nunca podrán ser de gran valor pues los valiosos son inalienables e imprescriptibles, tales como son los ríos, bosques o paisajes en general. Los segundos se producen en bienes de dominio público y carecen, pues, del requisito de individualización del daño, y suelen ser más difíciles de determinar, al producirse en el tipo de bienes que hemos ejemplificado antes, de alto valor en todos los sentidos. ¿Quid iuris? Pues bien, en este segundo caso tenemos que hablar de la potestad sancionadora administrativa o de los ilícitos penales como última forma de proteger el Medio, ya que no cabe imputar responsabilidad sin nadie en particular que se entienda perjudicado. Otra cosa sería que se reconociese, como pedimos muchos, una acción pública en materia de Medio Ambiente, al estilo de la que existe en el urbanismo (bien, por cierto, de menos enjundia espiritual o cultural pero con más intereses económicos). Tenemos, por tanto, que siempre que se dañe al Medio Ambiente existe la obligación de devolver lo dañado a su estado inicial, y ello es compatible con la imposición de sanciones, con lo que el principio de "quien contamina paga" se vería en estos casos complementado como el principio de "quien contamina paga y pena" (Loperena)(14).

#### I.4. Otras técnicas de reparación del daño ambiental.

Especial atención a los seguros y fondos de compensación. Antes que nada, veamos cómo ha tratado el Tribunal Constitucional la reparación por daños al Medio Ambiente. El T.C. incluye la reparación dentro de las técnicas preventivas de protección ambiental. A éstas las clasifica en técnicas de defensa, promoción y restauración. Así lo expresa el F.J. 2º de la STC. 64/1982, de 4 de noviembre, donde dice expresamente que "la técnica de la restauración está, por tanto, expresamente reconocida en la Constitución". También el art. 4.3, d) de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, recoge como uno de los objetivos de los PORN. la aplicación de la promoción "de las medidas de conservación, restauración y mejora de los recursos naturales que lo precisen". No deja de tener importancia tampoco la vía penal de

protección del Medio Ambiente, dada la llamada eficacia a posteriori de las medidas represivas (Quintana López)(15), a pesar, a nuestro juicio, de la blandura de las penas que se imponen en el reciente C.P. por los delitos contra el Medio Ambiente, la fauna o la flora.

En la vía penal, el nuevo Código penal de 1995 ha añadido un artículo sobre la reparación de los daños causados al Medio Ambiente. Se trata del artículo 339, que dice literalmente que: Los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar la adopción, a cargo del autor del hecho, de medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados. Por tanto, cuando un funcionario incurra en cualquier delito de daños contra el Medio Ambiente, tendrá la Administración que proceder a realizar la restitutio in pristinum cuando el juez así lo decida, si bien los gastos podrá repetirlos después contra el funcionario, si actuó con dolo, culpa o negligencia grave (Sáinz-Cantero) Los daños a la salud san fácilmente reparables. Si consideramos la salud y la calidad de vida como Medio Ambiente (Pérez Moreno)(16 ) convendremos en que estos daños son aún más complejos de recomponer que los clásicos daños al entorno, por lo que muchas veces se recurre a la reparación del daño con criterios de equidad. Como decimos, otra manera de proceder a la reparación de los daños ambientales es la reparación en equidad. La teoría de la reparación en equidad es de creación italiana y surge como respuesta al alto grado de apreciación subjetiva que lleva consigo la sentencia y para integrar de alguna manera los daños que al particular no se le resarcían con los mecanismos clásicos.

Dice De Ángel Yágüez (17) que es el Medio Ambiente el campo más abonado para esta técnica de reparación, debido a las grandes magnitudes económicas que se manejan para restaurar o recomponer el entorno dañado y postergando así un tanto al principio de reparación íntegra. Así pasó, p.ej., en el caso Exxon Valdez, que supuso el vertido de más de 240.000 barriles de petróleo crudo al mar, con las inherentes complicaciones para valorar los daños reales producidos a los pescadores . En caso de que la restitutio fuera del todo imposible siempre podemos acogernos a nuevas formas de compensación, muy usadas en las medidas correctoras que fijan las EIA. Por ejemplo, cuando se daña irreversiblemente un arbolado, la Administración o empresa causante del daño puede acondicionar un área cercana y recrear el ecosistema perdido, replantando árboles del mismo tipo, reintroduciendo las mismas especies, etc. Tenemos que derrumbar el mito de que es imposible y muy difícil la reparación de los daños ambientales. Con medidas de este tipo, que han de dar mucho juego si existen jueces audaces capaces de estar a la altura, el Medio Ambiente podrá definitivamente protegerse en toda regla, y no verse paulatinamente sustituido por cantidades económicas que el perjudicado luego puede emplear en otros fines. Es por ello por lo que estamos con Loperena (18) cuando afirma que hay que derrumbar el mito de la irreparabilidad del Medio Ambiente, si bien matizando, como antes hemos hecho, que lo difícil es la restitutio in pristinum de aquello dañado, no ya tanto la reparación de ello. El llamado valor de sustitución da mucho juego: por ejemplo, cuando una empresa ha contaminado por emisiones excesivas a la atmósfera, podría repararlas aumentando la superficie de arbolado que circunda la empresa, o regenerando bosques que filtren ese gas. O cuando otra contamina un río, podría compensarse con un cierre de la empresa por el tiempo que se estime biológicamente que tardará ése en regenerarse. Aquí disentimos de lo afirmado por Loperena, pues él habla de la moratoria biológica en el río como medida compensatoria, no reparando en que se está con ello penando directamente a otras empresas que puedan vivir de la explotación del río y que en nada colaboraron a la contaminación del mismo. No hay que desplazar la carga del contaminador a los que son tolerantes con el Medio Ambiente. También son usuales en EE.UU. (el país más avanzado en estos casos), las reforestaciones obligadas a las empresas por la contaminación que vierten a la atmósfera, aunque se produzcan en sitios muy distantes. Así, si una empresa de Dallas que vertiera diariamente el equivalente en CO<sub>2</sub> que respiran 2.000 árboles de gran tamaño, deberá replantar (aunque sea en el Amazonas) esa cantidad de árboles, como justo valor de sustitución. Es necesario introducir la competencia ambiental en la empresa, el libre comercio, claro está, con las matizaciones pertinentes (19).

Los seguros son una extraordinaria manera de revertir en las empresas el coste del daño que producen en el Medio Ambiente. Nosotros abogamos por una ley general del Medio Ambiente, como considera también parte de la doctrina (Pérez Moreno, Escribano Collado y López González, lo han tratado exhaustivamente ) en la que, entre otras cosas, podría prescribirse que cada empresa se viera incentivada a suscribir un seguro ambiental cuando su actividad fuera lo suficientemente arriesgada. Decimos incentivada porque nos parece más natural que dicho seguro fuera voluntario, como son también las ecoetiquetas o las ecoauditorías, pues un seguro obligatorio perjudicaría a las PYMES, que muchas veces no tendrían capacidad económica para afrontar el elevado coste que estos seguros alcanzarían. El mercado se encargaría de premiar, gracias a la cada vez mayor sensibilidad de los consumidores, a las empresas que así lo hagan, en un efecto en cadena como el que se está produciendo con muy buenos resultados con las ecoetiquetas, p. ej. El problema que tienen estos seguros, aparte su alto precio, sería que muchos riesgos no contemplados en el contrato no podrían cubrirse, pues se incrementaría el precio hasta límites insostenibles. Lo ideal sería que el Estado ayudara a las empresas que lo suscribieran con rebajas fiscales, de manera que con el tiempo, cada vez mayor tipo de riesgos, incluso mediando la fuerza mayor, se vieran protegidos. Otro problema que presentan los seguros a la hora de afrontar la restitutio in pristinum puede ser que no todos los daños pueden verse cubiertos por el mismo, en la medida en que se careciera de un elemento esencial para que funcione, como la ausencia de riesgo o conocimiento de la actividad contaminante por parte del empresario asegurado (Alonso Soto)(20) . Por ello, en EE.UU. funciona la cláusula del all risks para los seguros ambientales: se entenderán cubiertos todos los riesgos que no estén expresamente excluidos. Otra medida muy por explotar sería la posibilidad de que cada empresa se autoasegure, guardando una determinada cantidad del ejercicio anual para afrontar posibles incidentes medioambientales. Esto, afrontando la realidad, sólo puede pedirse, por ahora, en los países altamente civilizados y con mayor historia y tradición de ahorro. Pero es cierto y sería además de justicia, que entre los riesgos inherentes de poner en marcha una empresa debe estar este tipo de riesgos ambientales. Respecto a los fondos de compensación, se trata de una medida

novedosa, que sin embargo existen ya en gran parte de los países de nuestro entorno. Es un instituto ambiental para el resarcimiento de los daños una vez producidos estos, lo que se contrapone en cierta manera con los principios de mercado que existen en el campo medioambiental. Así, por ejemplo, es opuesto a la filosofía del principio "quien contamina paga", pues aquí se socializa el daño, se colectiviza, pero de una manera subsidiaria, cuando por cualquier motivo no se ha encontrado a los causantes de la lesión, o cuando sabido quien es el potencial contaminador no ha podido imputársele el daño por debilidad del nexo causal. Por tanto, en sí mismo no tiene un carácter frontalmente opuesto al principio *pollueur-payeur*, pues éste actúa siempre en primera instancia. Suelen constituirse con fondos de carácter público y privado: por ejemplo, se pueden nutrir de un porcentaje de las tasas ambientales por contaminar el aire o el agua, más una parte de los presupuestos de determinadas Administraciones, más una parte de las sanciones impuestas por la disciplina ambiental administrativa. Además, se autoalimenta con los réditos producidos por la acumulación y gestión de su propio capital. Por tanto, podemos decir que es un mecanismo socializador al estilo de los patrimonios interpuestos de la Seguridad Social, que también pudiera parecer fuera de sitio junto a los principios de *pollueur-payeur* o de subsidiariedad. Pero la contradicción aquí también es aparente. Curiosamente, uno de los países que más ha usado de este tipo de fondos, EE.UU., no tiene, precisamente, marchamo de socialista. Su principal aplicación, es, precisamente, para permitir la restitución *in pristinum*. Cuando, por ejemplo, el responsable del daño ha podido pagar la multa correspondiente pero se declara insolvente para desembolsar las grandes cantidades que suele conllevar la regeneración de los terrenos o atmósfera dañada, siempre queda el recurso al Fondo, como garantía final de reparación. El más conocido es el Superfund norteamericano, creado por el CERCLA (1980)(21), que se ha revelado, empero, poco efectivo, quizá por las dificultades procesales que presenta más que por su eficiencia de hecho. Tiene carácter subsidiario. En Holanda aparece un fondo para la compensación de los daños acarreados a la atmósfera. Existe igualmente un fondo sueco, japonés y francés. La propuesta de Directiva relativa a la responsabilidad civil por daños y perjuicios causados al Medio Ambiente originados por los residuos (ya citada), prevé, en su art. 11.2, la creación de uno de estos fondos para reparar los daños causados al Medio Ambiente por los residuos indebidos. Igualmente, el artículo 18 de esa propuesta de Directiva empuja a que los Estados miembros de la UE. creen fondos para cubrir los gastos para la gestión posterior de los vertederos clausurados y que cubran los gastos de la eliminación de residuos, caso de que los mismos no pudieran recuperarse o pagarse a través de cualquier técnica aseguradora. Se crearán gracias a las contribuciones de las entidades explotadoras de vertederos en función del tipo de vertederos y tonelaje de los residuos depositados. Cabanillas Sánchez (22)aboga también por la institucionalización de estos mecanismos de compensación colectivos, al estilo de los fondos de garantía, ya que la elevada cuantía de la restitución y la dificultad de imputar a un tercero la contaminación por sinergia pueden hacer que la Naturaleza sea la que pague con la indolencia de los responsables. El Libro Verde apuesta también por este objetivo, haciendo recaer gran parte de la carga de su mantenimiento en el sector industrial que crea el riesgo contaminador. La principal cortapisa que tienen estos fondos es la difícil determinación de las cuotas a pagar para su conformación y los costes burocráticos de su mantenimiento.

#### I.4.A. Los Fondos de compensación en España.

En nuestro país, desgraciadamente aún no existe un fondo de similares características a nivel estatal, aunque podemos felicitarnos de la institución de dos de ellos por parte de sendas leyes de las la Comunidades Autónomas de Galicia y Madrid. La primera de ellas es la Ley 10/1997, de gestión de Residuos sólidos urbanos de Galicia, de 22 de agosto. Como anticipa la Exposición de Motivos de la misma, será objetivo prioritario de la presente ley la regeneración de espacios degradados como consecuencia de un inadecuado vertido de los residuos, problema de especial incidencia en Galicia por la proliferación de vertederos incontrolados. El artículo 35 de la ley recoge el llamado Fondo de Restauración de espacios degradados, que se organiza como una forma más de colaboración económica de la Xunta con los Municipios gallegos, al objeto de participar a través de él en inversiones para la reparación de los daños que puedan causar los vertidos incontrolados. Se prevé, además, que sea desarrollado por disposiciones reglamentarias. Estará alimentado por cantidades aportadas por: la propia Xunta, a cargo de sus presupuestos; participaciones que correspondan a la CA. de Galicia en la legislación estatal de residuos y embalajes; subvenciones del Estado o de la UE; donaciones de particulares o empresas; el importe recaudado por las sanciones impuestas por la Xunta en materia de gestión de residuos sólidos urbanos, una vez descontados los gastos de gestión; un porcentaje por determinar del canon de gestión de residuos sólidos urbanos. La segunda de ellas es la Ley 16/1995, de la C.A. de Madrid, forestal y de protección de la naturaleza, de 4 de mayo. En su artículo 82 se prevé la creación de Fondos de Mejora, de titularidad privada de cada Municipio madrileño que posea bosques propios, y que serán parte importante del Plan de Mejoras de la Comunidad. Esos fondos se alimentarán con al menos un 15% de los aprovechamientos que cada Municipio obtenga de la explotación de sus bosques. Además, prevé la ley, que puedan verse incrementados con las aportaciones que estimen convenientes las Entidades Locales. Para la gestión de cada Fondo se creará una Comisión mixta Comunidad-Municipio, con la composición que el reglamento se encargue de establecer. Sus funciones respecto a la reparación de daños son un tanto más indirectas, pero pueden citarse, entre otras, su participación en la reforestación, trabajos selvícolas y fitosanitarios, conservación de infraestructuras, conservación en general y obligaciones generales derivadas de leyes (dentro de las que cabría recoger la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento en caso de dañar el mismo los bosques, según se desprende de la propia ley 30/1992, de RJAP. y PAC.). Por último, anotar que existe a nivel mundial el Fondo para el Medio Ambiente Mundial Reestructurado, aprobado experimentalmente por Resolución de 14 de mayo de 1991 por el Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo (BIRD.), al que luego se sumó el Instrumento constitutivo del Fondo para el Medio Ambiente Reestructurado", por parte de 73 Estados miembros, entre ellos España, el 16 de marzo de 1994. En España, por Ley 9/1997, de 24 de mayo, se autorizó a la participación de España en el FMAM Reestructurado, al que contribuyó con 12,36 millones de dólares. Hoy, a fecha de 27 de abril de 1999, existe un proyecto de ley en el Congreso de los

Diputados para que España participe con un monto de 12,03 millones en la segunda reposición de recursos del FMAM(23) . Las principales funciones de este fondo son financiar proyectos y actividades que tengan por objeto reducir las emisiones de gases, preservar la diversidad biológica, detener la contaminación de las aguas y proteger la capa de ozono. También, luchar contra la desertificación, deforestación y degradación de las tierras, lo que a España le concierne especialmente como avanzadilla de Europa en África. Si observamos con atención, esas funciones son especialmente de protección o prevención de la contaminación, lo cual, a priori, no se conecta con las técnicas de reparación in natura del daño que estamos estudiando. Pero comoquiera que la reparatio in natura no sólo implica devolver el Medio dañado a su estado anterior a la producción del perjuicio sino establecer las medidas correctoras y preventivas posteriores para que un daño similar no vuelva a producirse, no vemos por qué no puede este fondo subvenir a las necesidades reparatorias por daños extremadamente costosos causados por particulares y/o Administraciones al Medio Ambiente. Puede ser una excelente medida para repartir los gastos de protección ambiental entre todos los países miembros del Fondo, a manera de enorme paraguas o seguro ambiental mundial.

#### 1.5. La dialéctica individualismo-colectividad. Algunas aporías en torno a la restitutio in pristinum.

Hemos hablado ya de la importancia de internalizar los costes ambientales inherentes a la empresa y el empuje que a esta política ha dado la positivización del principio pollueur-payeur en el Tratado de Maastrich. La Declaración de Río de Janeiro también recoge en su número 16 esta recomendación a las autoridades nacionales, si bien con dos límites concretos: tanto la internalización de los costes ambientales, como la obligación de que el que contamine pague, habrán de realizarse teniendo debidamente en cuenta el interés público sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales. Quiere esto decir que los Estados o bloques políticos mundiales (Europa, EE.UU., Mercosur, Asia, Japón) deberían llevar a cabo esta política empresarial al unísono y de la mano, para que no se creen obstáculos a la libre competencia y al librecambismo, y ello es lógico ya que los costes ambientales repercuten directamente en el precio final del producto haciendo que las empresas pierdan competitividad frente a las empresas extranjeras que quizá no tengan que soportar esta carga. Esta matización, aplicada a nuestro tema de la reparación de los daños ambientales puede conllevar una seria demora en la aplicación efectiva de la idea, y puede mostrarse en la reticencia de las PYMES a contratar seguros de responsabilidad civil por daños al Medio Ambiente, a aportar cantidades para Fondos de Compensación o a internalizar los riesgos ambientales que generen. Tanto es así que en España este sistema que podríamos llamar de tutela empresarial del Medio Ambiente aún está en ciernes, estando como están las empresas constreñidas por una maraña de normas y mandatos legales sancionadores y los consumidores poco aleccionados o concienciados para premiar a las empresas respetuosas con el medio. De todas formas, como señala Leeson (24), el principio "quien contamina paga" implica cuatro obligaciones complejas para el empresario contaminador: pagar las multas, cesar en sus emisiones o cambiar su política ambiental, costear las medidas preventivas (y correctoras, añadiríamos nosotros), y finalmente reparar los daños e indemnizar los perjuicios causados. Un caso ejemplar de esta nueva filosofía se recoge en el artículo 28 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, donde se expresa la posibilidad de que los que dañaron o vertieron residuos que contaminaron un suelo lo reparen por vía convencional, bien suscribiendo acuerdos voluntarios entre ellos, bien a través de convenios de colaboración firmados con las Administraciones públicas interesadas. Los acuerdos voluntarios (accords volontaires, voluntary agreements, accordi volontari, o los Verainbaungs alemanes, estos últimos destacados por Pérez Moreno )(25) son una medida excelente para liberar a la empresa de las ataduras reglamentarias que desde las instancias administrativas se les imponen, de manera que no les queda margen de maniobra alguna. Gracias a los acuerdos voluntarios, muchas PYMES pueden querer verse implicadas en los temas ambientales, ya que estos instrumentos les permiten adaptar o suavizar la obligación de reparar a la escala, tamaño o posibilidades económicas de su empresa. Los llamados acuerdos de ramo (accords de branche), firmados entre determinados sectores contaminantes y las Administraciones públicas, consiguen que se establezcan calendarios progresivos de descontaminación, de manera que todas las empresas puedan marcarse un ritmo programado para ir aumentando su compromiso con el Medio Ambiente o, lo que es lo mismo, ir rebajando sus emisiones contaminantes. Estos acuerdos voluntarios que se vienen usando desde hace años en EE.UU., Holanda y Alemania (entre otros), con buenos resultados, están inicialmente concebidos como técnicas de reducción o control de la contaminación, pero también podrían servir perfectamente para involucrar a las empresas paulatinamente en una mayor internalización de los costes de reparación del entorno que dañen. Es todo un vasto campo el que tiene por delante este tipo de reglamentación voluntaria o autorregulación que de seguro conllevará un giro copernicano, un cambio a mejor, en la manera de concebir la tutela ambiental. El art. 14 del fallido proyecto de Ley General de Medio Ambiente(26) introducía con carácter básico la figura de los acuerdos voluntarios, fomentados por la Administración, para los diferentes sectores económicos y cualquier agente económico. Lástima que se malograra este proyecto, que, aparte la virtud de enfocar al Medio Ambiente con una norma única para evitar descoordinaciones entre Estado-CC.AA., ponía en valor una figura ya muy empleada en otros países, y que hubiera sido de extremada utilidad en cuanto significan normas de relación más que de acción (Pérez Moreno)(27) . La Ley 30/1992, de RJAP. y PAC., ya recogía y recoge aún en su art. 130,2 la compatibilidad entre las sanciones que pudieran imponerse al infractor (de una normativa reglamentaria ambiental, verbigracia), con la exigencia al infractor de que reponga las cosas alteradas por él mismo a su estado originario (en suma, restitutio in pristinum). Esta afirmación parece estar encaminada directamente a la reparación de los daños ambientales, pero se toma como elemento de valor para cualquier otra lesión a bien o cosa cualquiera. Vemos pues que la restitutio es una figura que opera siempre que se produzca una lesión al Medio Ambiente, y está al margen de la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Entre otros muchos preceptos, la legislación ambiental española recoge la obligación de la reparación de los daños causados en las siguientes normas: art. 110 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas; art. 37 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres; art.10 del RDL. 1302/1986, de 28 de junio, de EIA; art. 70 de la Ley 3/1993, de 9 de diciembre, de la Generalitat

valenciana, forestal; art. 15 de la Ley 3/1989, de 2 de mayo, de actividades calificadas; art. 79 de la Ley 2/1992, de 15 de junio, Forestal de Andalucía. A pesar de la pacífica opinión sobre la bondad y necesidad de proceder a la reparación in natura como primera medida de reparación de los daños causados al Medio, existen inequívocas aporías que a veces la complican hasta incluso llegar a imposibilitarla y teniéndose que recurrir a indemnizaciones u otras medidas de reparación. Esas dificultades son: El relativismo de toda reparación in natura, debido a que al particular que restaura siempre le queda un margen de maniobra sobre la manera de hacerlo, o incluso a la Administración que la lleva a cabo subsidiariamente no le dejarán de llover las críticas sobre los modos utilizados (miremos el reciente caso Doñana, donde la retirada masiva, poco cuidadosa e indiscriminada de lodos con grandes bulldozers y sin apenas personal de campo a pié está siendo muy criticada). La complejidad de encontrar los criterios científicos correctos para acertar con el restablecimiento del entorno. Cuando hablamos de daños a la fauna o flora es extremadamente difícil conocer el estadio previo en que se encontraban, el número de ejemplares, su edad media, la biomasa que necesitaban para alimentarse, etc.

A veces es mejor dejar que la Naturaleza se regenere por su cuenta, si los daños no son excesivos. Si lo fueran, siempre es mejor dotar los terrenos dañados de los elementos necesarios y básicos para que lo haga, sin necesidad de proceder a una exhaustiva, carísima y fallida reparación. Abundando en este último adjetivo, lo normal es que la restituió in pristinum exija el desembolso de elevadas cantidades de dinero. Esto nos llevaría a la necesidad de realizar con carácter previo a ella una ponderación costes-beneficios, donde el principio de proporcionalidad tendría mucho que decir. Pero para realizar esa ponderación tenemos que partir que los intereses ambientales son de superior tutela, por lo que en muy contadas ocasiones un elevado coste habría de enervar la reparación in natura. Si el que ha de indemnizar fuera una Administración pública, estaremos entonces en un dilema complicado: defender los intereses públicos ambientales o los intereses públicos presupuestarios. Aquí tendríamos que estudiar y cuantificar a qué número de personas beneficia la restauración del entorno: si se tratara de un paisaje de escaso valor ambiental o pequeño, cedería ese bien a proteger por la integridad de las arcas públicas, de un Municipio, por ejemplo. Pero sólo en casos contados, repetimos, tendría el Medio Ambiente que ceder ante la economía, tanto más cuanto existen subvenciones y fondos internacionales o comunitarios para ello (caso Doñana, p.ej. también sobre este polémico asunto, hace poco se han hecho públicas, con ocasión del aniversario del vertido, las cantidades que la Junta y el Estado han desembolsado para reparar los daños producidos por la rotura de la balsa de Boliden-Apirsa: unas 1500 pesetas costará a cada español, y se prevé que dicha cifra aumente en lo sucesivo). El art. 37 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, p.ej., introducen el principio de proporcionalidad en ese extremo "lograr, en la medida de lo posible, la restauración del Medio natural al ser y estado previos al hecho de producirse la agresión".

## II. COMENTARIO DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE EN MATERIA DE REPARACIÓN DE DAÑOS CAUSADOS AL MEDIO AMBIENTE.

Es escaso el corpus de pronunciamientos forenses en materia de reparación de daños producidos con ocasión de actividades lesivas para el Medio Ambiente. Algún autor, como Jordano (28) se ha aventurado a explicarlo aludiendo a tres tipos de causas: el alto grado de justicia de las resoluciones ad casum de la Administración y de los Tribunales contenciosos inferiores (que harían innecesario el recurso al T.S.); la alta sensibilidad ambiental de la actuación administrativa, poco dañina, en general, para el Medio Ambiente; por último, la ignorancia por parte de los ciudadanos y, lo que es más grave, de sus abogados, de la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas .

Cualquiera de las tres causas, tomadas demasiado en serio, puede llevar a más de uno a una crisis de fe de derecho administrativo, si bien es cierto que en gran parte estos motivos están en la base de la sequía de sentencias de los tribunales de lo contencioso en materia de responsabilidad administrativa por daños causados al Medio Ambiente.

Nosotros justificaremos también este hecho a través de la endémica tendencia, seguida a lo largo de nuestra historia legislativa y judicial, a ventilar esta responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por las vías civil y penal. No tenemos más que recordar que la anhelada unificación de fueros en materia de responsabilidad se produjo con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Ni la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa de 1956, ni la LRJAE. de 1957 ni la Ley de Procedimiento administrativo de 1958 excluían a la jurisdicción civil de su competencia para juzgar a la Administración en casos determinados. La primera, en su art. 3, b) la atribuía a la jurisdicción contenciosa pero no vetaba a la civil. La segunda, en su art. 40, permitía bien plantear la acción aquiliana de responsabilidad extracontractual, bien hacerlo por la vía contenciosa. La tercera abundaba en la vía administrativa, pero sin excluir tampoco la interpretación civil. Se podría decir que el derecho civil seguía siendo aún derecho común y el derecho administrativo derecho especial. A ello se ha unido la interpretación jurisprudencial prolongada seguida por la Sala 1ª del T.S., que se ha arrogado a sí misma competencia en estos asuntos, al socaire de la vis atractiva de la jurisdicción civil (como se recoge, entre otros, en el art. 9, 2 LOPJ.).

Uno de los hechos que ha motivado una mayor probabilidad de lesiones al Medio Ambiente por parte de las Administraciones ha sido la cada vez mayor intervención de los poderes públicos en las actividades mercantiles e industriales, aconsejable, por otra parte (Pedro De Miguel) ( 29). En aras de la protección del Medio Ambiente, generalmente afectado por las especiales potestades que sobre los bienes de dominio público detentan las Administraciones públicas, recoge Argullol la opinión inequívoca del Consejo de Estado francés, que ya en 1962 establecía claramente la obligación que tiene la Administración de conservar el dominio público de forma que satisfaga su afectación. Esta obligación protege al dominio frente a la misma Administración y sus eventuales negligencias (CE.,



4 de abril de 1962) (30). Sin embargo, las sentencias que han tratado la responsabilidad administrativa por daños al Medio Ambiente han sido siempre excepcionales. Ya en 1976, Martín Rebollo declaraba no encontrar ni siquiera un supuesto directo, sino casos de daños a bienes que indirectamente podían tener algo que ver con el Medio Ambiente, como cultivos, p.ej. (31)

Como hemos dicho arriba, fue en 1992 cuando el Legislador recogió en el artículo 144 de la Ley de Procedimiento administrativo la exclusividad de la jurisdicción contenciosa para conocer de las causas de responsabilidad entabladas contra las Administraciones públicas. Allí se decía que en caso de que la Administración actuara sometida a relaciones de derecho privado se la demandaría igualmente por la vía de los arts. 142 o 143, o sea, por vía contenciosa. Pero este paso adelante se ha visto varias veces traicionado por la rebelde Sala 1ª del T.S., que en una aptitud recalcitrante ha seguido entendiendo de estas materias esta vez con argumentos más de caridad que de derecho: evitar el "largo peregrinaje" del particular de tribunal en tribunal para ver satisfechas sus pretensiones. En esta línea véase por todas la STS 22-11-1996, Sala de lo civil. Esperemos que el artículo 2, e) de la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso administrativa enderece el entuerto, ya que allí se aclara explícitamente que en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones no puede demandarse a aquéllas en sede civil o social. A este artículo se ha sumado el art. 144 redactado conforme a la nueva ley 4/1999, de 13 de enero, de reforma de la ley de procedimiento administrativo, que reafirma más contundentemente lo que decía su antecesor en 1992. Además, la Disposición Adicional 12ª de esta nueva reforma también unifica el fuero para exigir responsabilidades sanitarias de las Administraciones en la jurisdicción contenciosa en todo caso. Está por ver que realmente surtan efecto estas medidas en el futuro, si bien mucho nos tememos que hasta que los magistrados de la Sala de lo civil del T.S. no asuman en su fuero interno esta súplica velada que se recoge en el espíritu de estas dos nuevas leyes no habrá mandato legal alguno que les haga cambiar de idea. Esperemos pues.

## II. 1. Jurisprudencia del TEDH.

El TEDH., en las sentencias Airey vs. Irlanda, de 09-10-1979, López Ostra contra España, de 09-12-1994 y Guerra y otros contra Italia, de 19-02-1998, como casos paradigmáticos, ha tenido también ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza de los daños causados al Medio Ambiente. Dejaremos sin comentar el caso López Ostra, de sobra por todos conocido, y en el que se abrió la posibilidad de tutelar el Medio a través del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (el derecho a la vida familiar, a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio).

En el caso Guerra y otros contra la República de Italia, interesante por lo reciente, varios trabajadores de una empresa textil y agrícola situada en Foggia murieron de cáncer y varios más gravemente afectados a causa de las emanaciones de gas tóxico que producía la empresa "Enichem Agricultura". Comoquiera que las Administraciones nada hicieron para corregir la contaminación se procede por el tribunal a dictar las siguientes medidas de reparación: saneamiento de toda la zona industrial en cuestión (restitutio in pristinum), realización de un estudio epidemiológico del territorio y de la población afectada e indemnización económica (10.000.000 liras a cada afectado). Vemos ya aquí como se acoge de lleno una jurisprudencia artesanalmente elaborada a lo largo de los pronunciamientos en los casos Zanghi contra Italia, Demicoli contra Malta y Yagci y Sargin contra Turquía, que vienen a expresar que el Estado debe emplear todos los medios a su alcance para ajustarse a las resoluciones del Convenio y para corregir una situación probada que haya supuesto una violación del mismo, como en este caso. Hay que felicitar al TEDH. por el avance tan significativo que se ha venido produciendo en materia de restauración y reparación de daños, pasando de la mera indemnización pecuniaria a una restitutio in integrum, de la que forma parte, por supuesto, la restitutio in pristinum o devolución de las cosas a su estado inicial. No fue, sin embargo, suficientemente valiente como para entender también vulnerado el art. 2 del Convenio, relativo al carácter absoluto del derecho a la vida, que aquí se ve afectado en la medida en que las emanaciones de azufre y cloro continuadas provocaron tumores que llevaron a la muerte a varios trabajadores de la fábrica.

## II.2. Jurisprudencia del T.C.

Han sido escasas las sentencias que tratan el tema de la reparación de daños ocasionados al Medio Ambiente, y ninguno, para ser claros, que trate el difícil tema de la devolución a su antiguo estado de las cosas o sitios perjudicadas. Todas ellas recogen la obligación de indemnizar con cantidades el daño ecológico ocasionado. En esta dirección podemos citar la STC.28-02-1994, que en la resolución de un recurso de amparo condena a la Junta de Galicia a indemnizar económicamente a la empresa Agrofis, dedicada a la piscifactoría, como responsable civil por culpa in vigilando del daño que otra empresa ocasionó en una ría al realizar vertidos incontrolados.

También la STC. de 03-12-1996 recoge la posibilidad de condena al Delegado Provincial de Industria en La Coruña como responsable subsidiario de otro delito ecológico, causados por una refinería de petróleo, que se desestima. Sin embargo sí se estima en otra sentencia, la STC. 127/1990. Observamos como norma general que se resuelven por la vía civil o penal las demandas de resarcimiento de los perjudicados, y ello, como ha dicho la penúltima STC. citada, porque la denuncia de un delito ecológico no prejuzga el derecho a obtener resarcimiento de la Administración por los daños causados a los vecinos de la refinería, que encontraría su adecuada reparación en la vía civil correspondiente.

El fundamento genérico de las condenas a las Administraciones como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos con daños en el Medio Ambiente se concreta con base en la responsabilidad por culpa in vigilando o in omittendo. Ejemplo temprano es la sentencia que comenta Jiménez-Blanco (32), STS. de 28 de junio de 1983, donde unas obras realizadas por una empresa constructora con licencia otorgada por el Ayuntamiento

modifica un colector de aguas residuales de manera que se reduce sustancialmente su capacidad para conducir las aguas pluviales. Unas precipitaciones normales fueron suficientes para que se produjera una inundación que anegó fincas y bienes de particulares, los cuales fueron resarcidos adecuadamente. La razón fue la culpa in vigilando, por inactividad de la Administración, que debió inspeccionar las obras realizadas por la constructora. El TS. declara que no existe fuerza mayor por el hecho de que la Administración otorgara licencia y que la causa directa de las inundaciones no fueran propias del Ayuntamiento sino de la empresa, ya que ello no le exime del deber de comprobar la corrección de las obras realizadas. Para evitar que esta jurisprudencia acabe por desangrar las arcas públicas, la Sentencia deja a salvo la posibilidad de la Administración de repetir contra el causante del daño.

### II.3. Jurisprudencia Civil.

Ya advertimos anteriormente que las sentencias civiles en materia de daños al Medio Ambiente se han venido dictando con cierta regularidad, al entenderse esta jurisdicción competente para juzgar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones. Así ocurre, por ejemplo en la STS. 21-02-1997, en que la Sala 1ª condena al Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones, y a su contratista Dragados y Construcciones al pago de cantidades económicas a una comunidad de vecinos, con motivo del hundimiento de un terreno por obras en el metropolitano de Valencia que afectó al edificio (medio ambiente urbano) donde aquéllos habitaban. Hubiera sido un caso ejemplar para haber condenado a la Administración a realizar las obras correspondientes para devolver el edificio a su estado inicial, pero se obvia este extremo y se indemniza con cantidades a cada comunero. ¿Falta de progreso de la Jurisprudencia? ¿Inercia civilística, que casi siempre trata de cantidades más que de bienes jurídicos? ¿Desconocimiento de la JP. del TEDH. en lo tocante a reparación de daños ocasionados por responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas? Se reitera la forma de reparar producida en la 1ª instancia y en la apelación, cuando el Supremo pudiera haber innovado y permitir la restitutio in pristinum, como es de justicia. Además, se trata de uno de esos pronunciamientos que no tienen por qué ser juzgados por la vía civil, ya que se trata de un caso de responsabilidad enteramente administrativa.

Existen casos de corresponsabilidad entre la Administración y particulares donde era más clara la jurisdicción ordinaria, pero aquí estamos en presencia de la actividad de una Administración y de su contratista. Clama al cielo, que además contradiga su propia jurisprudencia, pues la STS. 20-06-1994 (Sala 1ª), expresó esto mismo hacía 3 años.

Algo más acertada está la sala de lo civil en la STS. 23-10-1997, pues aquí reenvía a la jurisdicción contencioso administrativa un pleito, al ser la conducta de la Administración el único agente causal interviniente, y aplicar la unidad de fuero de la Ley 30/1992. Se trata de uno de esos casos clásicos de accidente de tráfico, en que suelen actuar un particular junto con la Administración en el mecanismo conformador de la relación causal. Sólo que aquí la Administración fue la causa necesaria y suficiente al no señalar un badén en el que cayó el ahora reclamante de responsabilidad. Sin embargo, en un obiter dicta, esta sentencia afirma tajantemente que la responsabilidad administrativa de Derecho público se halla ínsita en la responsabilidad civil con carácter previo a la Ley 30/1992. A nuestro entender una cosa es reconocer que la responsabilidad civil aquiliana está en el origen de la responsabilidad administrativa y que ambas responsabilidades sean extracontractuales y otra bien diferente es tratar a la administrativa como un genus de la civil. Ni la relación de causalidad (determinada por el funcionamiento de los servicios públicos, normal o anormal), ni la conducta moral (subjetiva en lo civil, objetiva aunque con matices en lo administrativo) ni la antijuridicidad del daño (determinada por el estado de la técnica), hacen suponer tal afirmación. Más que una creencia jurídica parece que tal aserto va encaminado a justificar aquéllos otros pronunciamientos civiles del Supremo en que se ventila la causa por esta jurisdicción. Del mismo estilo, o sea, respetuosa con la jurisdicción contenciosa, es la STS. 02-03-1995.

Existe un cuerpo jurisprudencial civil reciente del que se extrae una conclusión esperanzadora. Si leemos atentamente sentencias como la de 26-09-1997 llegaremos a la creencia de que quizá no fuera tan mala idea mantener la jurisdicción civil para aquéllos casos de responsabilidad administrativa con daños a particulares. Ello porque aparte de servir como natural válvula de escape del colapso de la jurisdicción contenciosa, el artículo 1902 C.C. en su lacónico tenor es más avanzado en cuanto a los medios de reparación de los daños. En efecto, allí se dice textualmente que "el que por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

La expresión "reparar el daño causado" no concreta los medios a usar para llevar a cabo esa reparación. Más aún, el verbo reparar reconoce implícitamente la necesidad primera de devolverle al lesionado sus bienes en la manera en que estaban antes de ser dañados. En cambio, en los artículos 139 y 141 de la Ley 30/1992 reformada se habla sólo de indemnización, lo que limita el medio al resarcimiento económico. Sólo el artículo 141,4 recoge la posibilidad de sustituir la indemnización por una compensación en especie, lo cual no es exactamente lo mismo que una reparación in natura, donde parece que se insiste en la idea de que se devuelva la ontología, pero no la identidad del mismo objeto dañado, no la misma cosa al fin. El artículo 112.1 de la LEF habla también de indemnización.

Como decía, esta idea general de reparación ha sido acogida por la sentencia citada arriba. Se trata de una sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva (sección 2ª), en relación con un accidente de circulación motivado por la falta de identificación de un peligro por parte de la Diputación Provincial. Se reconoce el derecho del lesionado a una reparación íntegra (restitutio in integrum), si bien confunden este latinismo y habla el magistrado erróneamente de restitutio in pristinum. Efectivamente, continúa bien el magistrado, no puede obligarse al lesionado a contentarse con el valor venal del objeto lesionado, y ello, añadimos nosotros, porque el valor sentimental, el apego a la cosa, la

reparación de la que habla el art. 1902, a fin de cuentas, la economía y la lógica imponen devolver lo dañado, cuando es reparable, claro está. Es por ello que el juez declara irreparable el coche del perjudicado (que quedó machacado en el accidente) y pasa a adjudicarle el valor de reposición del mismo. Pero vemos ya como en la mente del juez está la reparación antes que la indemnización, argumento que extrapolado al Medio Ambiente sería todo un acierto, dada la naturaleza de los bienes ambientales, cuyo valor propiamente es su estado como son, y cuya reparación es siempre lo deseado pues son sus cualidades estéticas, de forma o de fondo, culturales o espirituales las que les hacen valiosos para el disfrute de la colectividad. De nada serviría sustituir un palacio dañado por un monto económico, o un río truchero, etc...

Igual calado tiene una sentencia anterior, la STS 15-03-1993, donde igualmente se exige por parte del magistrado, la reparación y regeneración de su finca de naranjos, rechazándose la indemnización tal cual, debido a la naturaleza del bien dañado (árboles frutales que por su calidad y antigüedad se prefieren a una mera cantidad). Aquí el TS. exige la "total reparación" de los daños y secuelas de la finca, aunque el actor no pidiera tal cosa en su demanda.

#### II.4. Jurisprudencia contencioso- administrativa.

Como ya advertimos al inicio de esta sección, la jurisprudencia contenciosa sobre responsabilidad administrativa con ocasión de daños al Medio Ambiente es muy escasa, por las razones que ya se apuntaron arriba. No existe una línea clara, además, de la manera en que se han de reparar los daños al Medio Ambiente, si bien parece que se va acogiendo la idea de la reparabilidad como principio rector del Medio Ambiente.

No obstante esto, una gran cantidad de sentencias en la materia acaban condenando a la Administración al pago de una cantidad pecuniaria. Dentro de este género reparatorio tenemos que distinguir, por un lado, aquellos bienes que son irreparables tras la lesión, que quedan inservibles y que por tanto requieren una compensación por un valor de sustitución, meramente económico. Y por otro, la de aquéllos que sí son regenerables y que por cualquier causa el magistrado se contenta con la simple indemnización, cuando lo más avanzado hubiera sido la restitutio in pristinum. A este segundo género, que dice poco del conocimiento del tema ambiental por parte de los magistrados contenciosos, pertenecen las sentencias siguientes: STS. 09-07-1994 (daños en cosechas), o en la STS. 03-07-1997 (daños en el río Júcar).

A otro apartado pertenecen medidas diferentes a la indemnización, como el cierre de las instalaciones contaminantes. Por ejemplo, la clausura de un horno de cremación que emitía humos negros contaminantes para la atmósfera (STS. 23-03-1998).

Generalmente, cuando se enjuicia la responsabilidad de la Administración por daños al Medio Ambiente el magistrado correspondiente debe proponerse la ponderación de los intereses ambientales por un lado y los económicos por otro (STS. 11-02-1995 o STS. 14-05-1996), pero existe algún caso en que se ponderan bienes ambientales por ambos lados, sólo que de diferente enjundia. Así se trataba en el caso de la STS. 18-06-1997, caso interesantísimo en que los vecinos de una urbanización a orillas del río Segura piden la suspensión de la licencia que permitía funcionar a una depuradora de aguas, si bien el tribunal le da la razón a la Mancomunidad de depuración de Aguas residuales. Los vecinos se entendían defensores de esa determinada parte del Medio Ambiente de la ribera del Júcar en que se asentó la depuradora, y la Mancomunidad de la totalidad del río, pues la suspensión del funcionamiento de la misma dañaría irreversiblemente a toda la fauna y flora del mismo. En este caso el tribunal entendió que por motivos de proporcionalidad, debería sacrificarse una parte del Medio Ambiente por la totalidad del río. La reparación aquí debiera ser la regeneración mediante un plan de vigilancia o unas adecuadas medidas correctoras de la contaminación concreta, pero nada se dijo.

Existen otros pronunciamientos del T.S. relativos a daños ocasionados por Decretos o Reglamentos administrativos, o por Planes de ordenación, como los PRUG., pero en este caso no se está ante un funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, a no ser que en aplicación de los mismos se incurra en responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Para ello se suele requerir a las Administraciones pidiendo indemnizaciones o ejerciendo el derecho de petición, que, al ser desatendido, podría generar, ya sí, una hipotética responsabilidad administrativa. En estos casos no suele haber lugar a la responsabilidad administrativa, pues se trae causa de una disposición general, y es un daño que los administrados tienen la obligación de soportar, por lo que al no ser antijurídico, no suele generar derecho a la indemnización. Vid. STS. 30-05-1994 o STS. 11-06-1994.

Otras sentencias del T.S. tratan de recursos planteados contra autos de suspensión de actos administrativos que trascienden en el Medio Ambiente. Por ejemplo, las STS. de 15-12-1994 y 09-06-98. En la primera de ellas el TS. declara no haber lugar a la suspensión de la licencia de obras concedida para la construcción de un centro de tratamiento de residuos sólidos en Alcaraz (Albacete). Ello porque la no ejecución de esta obra causaría en los acuíferos de la zona perjuicios de imposible o difícil reparación. En la segunda sentencia citada, se estima que ha lugar a la suspensión de la demolición de una obra porque el mantenimiento de la misma no causaría daños graves e irreparables al Medio Ambiente. Como vemos, la protección del bien jurídico Medio Ambiente puede usarse en uno u otro sentido. Pero tras leer varias de estas sentencias sobre la suspensión o ejecutividad de actos administrativos con trasfondo medioambiental a uno le surge la idea de que no casa bien el régimen general de la suspensión con la actividad administrativa potencialmente dañosa del entorno. Y ello porque si el criterio para suspender la eficacia de un acto es la posibilidad de producir perjuicios de difícil o imposible reparación, casi siempre se va a dar este caso cuando tratemos de daños medioambientales, dada su especial naturaleza. Por tanto, ¿no sería mejor establecer legislativa o

reglamentariamente un régimen especial para la suspensión de actos administrativos cuando se afecte al Medio Ambiente? Y yendo aún más lejos, teniendo presente las características propias del Medio Ambiente y de la actividad administrativa relacionada con él, ¿no sería más idóneo recrear todo un nuevo régimen administrativo para el Medio Ambiente?. Estaríamos hablando de regular un procedimiento administrativo con mayores y mejores participaciones, del ciudadano y de las Administraciones con competencias concurrentes (ya que se trata de una competencia horizontal que por fuerza implica a varias Administraciones). Se trataría también de ampliar la legitimación activa para impetrar la ayuda de los tribunales contenciosos, llegando a la ideal acción popular. Se llegaría, además, a la necesidad de suspender siempre los actos administrativos que puedan afectar al Medio Ambiente, haciendo recaer la carga de la prueba en el contrario, teniendo en mente la difícil reparabilidad de los mismos. Hablaríamos, por ende, de una responsabilidad objetiva de primera calidad, que no tenga en cuenta el criterio de la individualización del daño para entenderse producida, debido a que el Medio Ambiente es un bien en sí mismo, y así no sería necesario afectar a bienes patrimoniales propios de los ciudadanos para hablar de responsabilidad administrativa con daños al Medio Ambiente. Estaríamos hablando, además, de nuevas formas de reparación del daño, superando las indemnizaciones para llegar a seguros, medidas correctoras, fondos de garantía, valores de sustitución, intercambiabilidad de compensaciones, regeneración, etc... Tendríamos también que dejar de concebir la protección y fomento del Medio Ambiente como un simple principio rector de la política social y económica para pasar a considerarlo sin miedos ni ambages como todo un auténtico derecho fundamental (33), con todo lo que ello implica (posibilidad de amparo constitucional y aplicación directa entre otras cosas). Si la responsabilidad administrativa por daños al Medio Ambiente se produjera sin necesidad del requisito de individualización del daño se tutelaría realmente al Medio Ambiente, y no la propiedad, como única filosofía posible. Y siguiéndola en pura lógica, llegaremos a la conclusión de que cualquier lesión objetiva a ese Medio Ambiente tan amplia e importantemente considerado, que traiga causa de un actuar u omitir administrativo, será encuadrado en la figura de responsabilidad patrimonial de las Administraciones, aunque no afecte a derechos o intereses patrimoniales de los particulares. Es sangrante comprobar cómo la STS. de 20-12-1995 (Sala 2ª) entiende que no hay tal responsabilidad porque la autorización de extracción masiva de áridos en la ribera del río Tajo no afectó a ninguna finca particular, aunque sí a los propios márgenes del río, a su flora y a su fauna. Por favor, dejemos el homocentrismo para la Bolsa o para la ciencia, y metámonos en la cabeza de una vez que el Medio Ambiente lo formamos todos, hasta las piedras del campo. Es cómico leer en la STS. 01-12-1986 que la incorrecta gestión de un vertedero por el municipio de Aldaya (Valencia), sólo generó responsabilidad de la Administración por cuanto dañó los árboles frutales de una finca vecina, a pesar de que como se recoge en la sentencia apelada, que ratifica, dicho vertedero alteraba el microclima, provocaba una densa humareda que impedía la penetración de los rayos del Sol, alteraba profundamente la atmósfera, con presencia de roedores y demás formas parásitas, con foco infeccioso de microorganismos, como insectos, muchos de ellos fitopatógenos, con grave perjuicio y debilitamiento del arbolado, etc... Si seguimos por esta senda llegaremos a un punto en que no habrá responsabilidad administrativa alguna porque dejará de haber hombres o actividades humanas a las que afectar. He ahí la paradoja. En igual tozudez incurre la STS. de 25-05-1988, si bien aquí enuncia la teoría general de lo que debe ser una correcta reparación de los daños ocasionados por las Administraciones o particulares al entorno: "la indemnización debe dejar indemne al perjudicado, debe producir una reparación integral del detrimento que dicho daño ha supuesto para su patrimonio, debe cubrir, por tanto, todos los daños y perjuicios sufridos en cualquiera de sus bienes o derechos, principio capital de indemnidad o de reparación integral que supone la cobertura de aquéllos de modo que la reparación ha de atender los objetivos totalizadores e integrales, aunque siempre referida, por la exigencia de un nexo causal directo e inmediato entre el actuar imputable a la Administración y la lesión ocasionada, a un daño real y no a meras especulaciones sobre perjuicios o pérdidas contingentes o dudosas". A lo que nosotros añadiríamos, claro está que sería reparable cualquier daño objetivo al Medio Ambiente (entendido lato sensu), y no sólo a los bienes o derechos de los particulares que lo integren, pues si no, estaríamos reduciendo Medio Ambiente a un contenido obscenamente ridículo. Luego también existen sentencias que nos reconcilian con el Tribunal Supremo. A ellas debemos añadir, como rara avis del paraíso forense español, las STS. 29-12-1995 y STS. de 15-06-1994. La primera, por aventurarse a incluir como posible medida reparatoria a "cualquier otro medio de fomento", referido esto a cualquier otra actividad que al dañado le sirva para ganarse la vida cuando una actuación administrativa prohibiéndole arar, descorchar, etc, dentro de un recién declarado parque natural le impide seguir viviendo de lo que tradicionalmente lo hacía, en una mala concepción de lo que ha de ser Medio Ambiente: ni con el hombre, ni sin el hombre el Medio Ambiente deja de ser tal. La segunda porque recoge expresamente la obligación de la restitutio in pristinum (devolver las cosas a su estado original), cuando una actuación administrativa que incurre en responsabilidad patrimonial daña a un particular y al Medio Ambiente. Se trataba aquí de rellenar una zanja cavada por el Ayuntamiento de Laredo (Santander) para tapar residuos sólidos que afectaban al entorno, cosa que se dejó de hacer. El TS. condena a esa Administración a restituir ese terreno a su estado original. Otra singularidad relevante que coadyuvaría a una normativa específica en procedimiento administrativo o contencioso en materia de Medio Ambiente sería lo aconsejable de reducir las cauciones impuestas a asociaciones ecologistas cuando éstas requieren la adopción de medidas cautelares (Jordano)(34).

Incluso no sería descabellado a nuestro juicio establecer una quinta jurisdicción, nacida de la contenciosa, que tratara exclusivamente de asuntos medioambientales, públicos o privados. ¿Por qué tratar con igual régimen materias tan desiguales?

La sensibilidad de nuestro mundo exige una protección cada vez mayor de los bienes que nos traen un poco de paz en una sociedad competitiva y egoísta: el Medio Ambiente nos recuerda nuestra humanidad, nuestros orígenes, nos devuelve al mono primitivo que fuimos un día y nos redime.

De todas formas, mientras el régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas siga siendo

uno, será más fácil pedir la suspensión de un acto administrativo que pedir la indemnización con base en la responsabilidad patrimonial administrativa, ya que en el primer caso basta con probar la existencia de esos perjuicios probables, y en el segundo haría falta aclarar el difícil nexo causal, auténtica probatio diabolica en muchos casos.

Superar la identificación entre reparación e indemnización supondría superar también la concepción de la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa como un seguro de cobertura general para todos los ciudadanos, como una derivación del estado social de derecho que más bien llega al paroxismo de un auténtico estado paternalista o providencialista (cosa que critica ya la misma jurisprudencia: STS. 07-02-1998 y STS. 06-03-1998, por ejemplo).

Por tanto, habría que hacer descansar más en las empresas o particulares causantes del daño inicial la carga de compensarlos o repararlos, no repercutiéndolos como hasta ahora, por vía indirecta en la colectividad, a través de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado o la responsabilidad patrimonial administrativa solidaria por culpa in vigilando o in omittendo. No podemos llegar a creer que por el mero hecho de que la Administración X tenga competencias en ejecución del Medio Ambiente o en policía de aguas todas las lesiones producidas en el Medio Ambiente o en los ríos dependen siempre en última instancia de las Administraciones. Con ello no estamos más que relajando el celo de las empresas a la hora de cuidar su entorno, ya que se aprovechan del mismo explotándolo, pero no cargan con su reparación al dañarlo. En nuestra opinión, es de total aplicación el adagio ubi emolumentum, ubi onus (quien se aprovecha, debe también responder): habría que internalizar los costes ambientales a priori, y no pretender que la Administración pague a posteriori como mal menor. Tenemos que introducir al Medio Ambiente entre las res commercium, dejar entrar al mercado en el Medio Ambiente. Desengañémonos: desgraciadamente, sólo cuando nos tocan el bolsillo empezamos a preocuparnos seriamente por algo. La filantropía, como tantas otras virtudes personales, está reñida con los negocios. Sólo así los particulares se entenderán efectivamente concernidos por él como una obligación, más que como una simple meta o aspiración filosófica, como ocurre hoy. Abundando en una idea ya apuntada arriba, sería necesario cambiar la concepción de lo que entendamos por Medio Ambiente. Si entendemos que se trata de todo un derecho fundamental y además tenemos miras amplias entorno a los bienes que pueden formar parte de él (naturaleza, patrimonio cultural, silencio, paz, belleza, calidad de vida, salud...), por fuerza, tendremos que tener más cuidado en proteger esos bienes, tan fundamentales en una sociedad en decadencia, y, por tanto, las posibles maneras de reparar sus lesiones habrán de ser más imaginativas, menos guiadas por el patrón dólar y más por la persecución de la restitutio in pristinum de los mismos. Es toda una filosofía de vida la que subyace en esta forma de pensar.

### III. Conclusión.

La restitutio in pristinum es la idealización del Medio Ambiente por el derecho. Con ella se parte de una concepción vital del mismo, como parte integrante ya de nuestras vidas, ya de nuestro ocio. Es por ello por lo que es total trascendencia asegurar que penetra en la jurisprudencia civil y administrativa, aún un tanto remisas a abandonar los criterios monetarios de indemnización. Esta filosofía ambiental de la restitutio se debate hoy en día entre los mecanismos individuales y colectivos de reposición de los elementos naturales dañados. Pero tal contradicción es más aparente que real, en la medida en que lo lógico sería establecer una prioridad en las medidas a usar para la reparación, dejando en primer lugar a las técnicas liberales del principio "quien contamina paga" y de los seguros civiles suscritos por las empresas contaminantes y dejando entrar a posteriori a los fondos de compensación o a la responsabilidad administrativa por culpa in vigilando o in omittendo. Como ha dicho certeramente Jordano, el verdadero mecanismo que puede usar la Administración para preservar el Medio Ambiente no es la figura de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones, ya que el resarcimiento de los daños sufridos en bienes particulares poco tiene que ver con el Medio Ambiente, sino la posibilidad de instituir medidas tendentes a la cesación del daño, con base en los arts. que a tal efecto existen en la nueva de la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa (35).

Así, el art. 71 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción contenciosa, recoge los pronunciamientos posibles de la sentencia cuando se estima el recurso contencioso administrativo. En el apartado b) dice que "se adoptarán cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento" de la situación jurídica individualizada. Este párrafo reconoce expresamente mayor margen para la reparación que la propia Ley de procedimiento administrativo. El apartado d) expone que si fuera estimada una pretensión de resarcir daños y perjuicios, se declarará en todo caso el derecho a la reparación, señalando quién viene obligado a indemnizar, la cuantía si lo pide expresamente el demandante o las bases para su determinación si nada dice, quedando su definición para el momento de ejecución de la sentencia. La ley del 56 recogía en su DA. 6ª la aplicabilidad de los arts. 923 y 924 de la LEC que son los que facultan a los tribunales civiles a imponer medidas tendentes a la cesación del daño. A pesar de que tal pronunciamiento no se recoge en la ley del 98, parece aplicable en virtud de la DF. 11 de esta ley, en la que se establece la supletoriedad de la LEC. en lo no previsto por la ley. En suma, estudiando la aplicación práctica de esta técnica en el Ordenamiento español, podemos colegir que se trata más de una aspiración que de una realidad jurídica, pues si bien cada vez son más las legislaciones sectoriales que la recogen como primera vía de reparación de los daños ecológicos, existen barreras que la hacen perder su virtualidad. Afortunadamente la relajación del principio de proporcionalidad y la afirmación progresiva del derecho a un Medio Ambiente adecuado, están cambiando paulatinamente el manierismo indemnizatorio del Foro por una sensibilidad mayor a la hora de reparar las lesiones causadas al medio. El tratamiento diferenciado que ofrece la reparación de los daños ambientales nos sirve de excusa para proclamar la especialidad de tratamiento que este tipo de bienes deberían tener dentro de la protección que le otorga el Derecho administrativo. Un enfoque coherente de sus características nos llevarían a construir una Teoría del

Derecho ambiental separado de todas las disciplinas que sectorialmente tocan el tema: derecho administrativo -principalmente-, civil, penal y Filosofía del Derecho. Siendo como es el Medio Ambiente una categoría que constituye una competencia horizontal para las Administraciones públicas, la dispersión de normas y mandatos de todo tipo no hacen más que encorsetar el Medio Ambiente, remendando apresuradamente un traje hecho de harapos, como si se tratara de un cliente que no tiene aún dinero para hacerse un modelo nuevo. Hora es ya de que la importancia de este bien jurídico goce de su propia disciplina de estudio, de sus procedimientos administrativos especiales, y hasta de su propia jurisdicción (que podría verse aliviada por la ayuda de los arbitrajes, muy posibles y practicables a la hora de devolver el bien ambiental dañado a su antiguo estado). Dentro de esta Teoría especial del Medio Ambiente, la *restitutio in integrum* sería un elemento más a estudiar, erigiéndose en pieza fundamental de su protección integral. Tenemos una doble labor de futuro que realizar, a largo plazo: por un lado, ir haciendo ver a los empresarios que pasaron ya los tiempos en que se tiraban los residuos con nocturnidad con camiones en cualquier sitio, o se inyectaban las aguas contaminantes en el subsuelo. No podemos seguir pensando que el Medio Ambiente es una res nullius cuya protección es lo suficientemente lábil como para que a nadie le interese lo suficiente. Incluso la imagen de pasotismo que dan las Administraciones sancionando poco y mal, o las pocas condenas por delitos contra el Medio Ambiente, no ayudan en nada. Por este camino, se llega a la entropía más absoluta. Las empresas deben pagar por el desgaste de aquello que lesionan, deben dejar el entorno al que afectan en el mismo estado en el que se encontraba antes de su concurso. Y hacer de esta ilusión un riesgo empresarial más y que se vea con normalidad por las empresas, es tarea, sobre todo, del Legislador (¿para cuándo una Ley General sobre Medio Ambiente...!), y de los Tribunales. Por otro lado, mejorar la calidad de nuestras normas: apostar por la pactación, por la individualización de la protección ambiental, por la reducción de la escala de incertidumbre, por el traje a medida hecho a conciencia más que por la ancha bata de andar por casa, es necesario para involucrar a las PYMES y a las Administraciones en el camino correcto. La regeneración de los terrenos y la recuperación de los hábitats con males ambientales endémicos puede afrontarse a través de acuerdos voluntarios, de ramo o de sector. Lo importante, en síntesis, es tener la voluntad de hacerlo. El resto es sólo demagogia.

#### Notas

1. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo y al Comité Económico y Social: Libro Verde sobre Reparación del daño ecológico [COM (93) 47 final, 14 de mayo de 1993] (LCEur 1993, 2313).
2. Jordano Fraga, Jesús, *La Protección del Derecho a un Medio Ambiente adecuado*, Ed. José María Bosch, Barcelona, 1995., pág. 137.
3. La primera propuesta es de 4 de octubre de 1989. La última, presentada por la Comisión, es de 10 de marzo de 1997 (DOCE C 156 de 24 de mayo de 1997, págs. 10 y ss.).
4. En Tratado de Derecho Ambiental I, Madrid, 1991, pág. 86, incluye dentro del ambiente aquellos elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas: agua, aire, vehículos básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del hombre en la Tierra. Luego, en Manual de Derecho Ambiental, Editorial Trivium, 2ª Edición, Madrid, 1998, pág. 36, expresamente se acoge a la definición amplia de Medio Ambiente de la STS. 107/1995, de 26 de junio, sobre la Ley 4/1989.
5. Loperena Rota, Demetrio, *Los Principios del Derecho ambiental*, IVAP-Civitas, 1998. Vid. pág. 31.
6. Jordano Fraga, Jesús, *La Protección del Derecho a un Medio Ambiente adecuado*, opus cit.
7. Ghersi, Carlos Alberto, *Teoría general de la reparación de daños*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997.
8. Por ejemplo, apoyándose en jurisprudencia, Cordero Lobato, Encarna, *Derecho de Daños y Medio Ambiente*, Madrid, 1998.
9. Gomis Catalá, Lucía, *Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998.
10. Pérez Moreno, Alfonso; Escribano Collado, Pedro y López González, José Ignacio; *Constitución y Medio Ambiente. Bases para un programa legislativo*, Instituto de Desarrollo Regional, nº. 23, Sevilla, 1982. Vid. pág. 72.
11. Jordano Fraga, Jesús, *La Responsabilidad de la Administración con ocasión de los daños al Medio Ambiente*, RDU., nº. 116, pág. 809 (109).
12. Gomis Catalá, Lucía, opus cit., pág. 257.
14. Opus cit., pág. 66.
15. Quintana López, Tomás, *Tratamiento jurídico de la repercusión de las actividades mineras en el Medio Ambiente*, Servicio de publicaciones de la Universidad de León, León, 1986, pág. 15.
16. Pérez Moreno, Alfonso, *Las Bases de un derecho ambiental europeo*, en Libro Homenaje a Villar Palasí, págs. 1007 y 1008.
17. De Ángel Yágüez, Ricardo, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a*

la reparación del daño), Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 59

18. Opus cit. págs. 73 y 74.

19. Muy bien desarrollado en criterios de eficiencia energética por Ulrich von Weizsäcker, E, Hunter Lovins, L y Lovins, A.B., Factor 4, Informe al Club de Roma, Círculo de Lectores, 1997, págs. 367 y ss.

20. Alonso Soto, Ricardo, La Contaminación ambiental y el Suelo, en la Monografía Derecho y Medio Ambiente, CEOTMA, Madrid, pág. 330.

21. Muy estudiado por la doctrina extranjera. En España, ver, a modo de ejemplo, Gomis Catalá, Lucía, opus cit. pág. 294 y ss. Ver también Cabanillas Sánchez, Antonio, La Reparación de los Daños al Medio Ambiente, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 300-301.

22. Cabanillas Sánchez, Antonio, La Responsabilidad por Inmisiones y Daños ambientales: el problema de la relación de causalidad, en Revista de Derecho Ambiental, nº. 15, pág. 49.

23. Proyecto de Ley 167-1, Documento 121/000167. Congreso de los Diputados. Proyecto de Ley por la que se autoriza la participación de España en la segunda reposición de recursos del Fondo para el Medio Ambiente Mundial Reestructurado.. Accesible por Internet en <http://www.congreso.es>

24. Leeson, J., Derecho, Environmental Law, Pitman Pub., Londres, 1995, págs. 35 y ss.

25. Pérez Moreno, Alfonso, La Cuestión medioambiental, factor prioritario en la regulación de las obras y servicios públicos, RDU., nº. 159, pág. 166.

26. BOCG., Congreso, 18 julio 1995

27. Pérez Moreno, Alfonso, Las Bases de un derecho ambiental europeo, en Libro Homenaje a Villar Palasí, pág. 1010.

28. Jordano Fraga, Jesús, en su artículo en la RDU., págs. 806 y 807.

29. De Miguel, Pedro, El Medio Ambiente y la Administración del Estado: aspectos estructurales, en la Monografía Derecho y Medio Ambiente, CEOTMA, pág. 86.

30. Argullol Margadas, Enrique, Conservación del Dominio público y responsabilidad administrativa, en Libro Homenaje a Villar Palasí, pág. 63

31. Martín Rebollo, Luis, Medio Ambiente y responsabilidad de la Administración, en REDA, nº. 8, 1976, pág. 648.

32. Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, Antonio, Responsabilidad administrativa por culpa "in vigilando" o "in omittendo", págs. 904 y ss., en Gobierno y Administración en la Constitución, Ed. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, IEF., Volumen I.

33. Tesis mantenida por Jordano Fraga, Jesús, en su obra "La protección del derecho a un Medio Ambiente adecuado", opus cit., libro de obligada referencia sobre el tema.

34. Jordano Fraga, Jesús, en El proceso de afirmación del medio ambiente como interés público prevalente o la tutela cautelar afectiva: La suspensión de los actos administrativos por razón de la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del TS., en RAP., nº. 145, abril 1998.

35. Jordano Fraga, Jesús, en su artículo en RDU., opus cit., pág. 114.